



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**LAILA BRAGA NINA**

**ANÁLISE DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELAS TURMAS CRIMINAIS DO TJDF  
PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE**

**BRASÍLIA  
2020**

**LAILA BRAGA NINA**

**ANÁLISE DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA EXASPERAÇÃO DA PENA BASE**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor George Lopes Leite

**BRASÍLIA  
2020**

**LAILA BRAGA NINA**

**ANÁLISE DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA EXASPERAÇÃO DA PENA BASE**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor George Lopes Leite

**BRASÍLIA, DIA MÊS 2020**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor George Lopes Leite (Orientador)**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de análise os critérios utilizados para exasperação da pena-base pelas Turmas Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Para tanto, inicialmente expõe a evolução histórica dos ideais de pena até a concepção atual de sanção criminal, bem como seu conceito. Posteriormente, são abordadas as teorias acerca das finalidades da pena, indicando qual delas é adotada pelo Código Penal brasileiro. Em seguida, após o referido embasamento teórico, adentra ao estudo da dosimetria da pena, passando pelo sistema bifásico de Lyra e o método trifásico de Hungria. Nessa oportunidade, expõe a prática jurisprudencial das Turmas Criminais quando da valoração negativa das circunstâncias judiciais, com o estudo crítico dos procedimentos realizados por esses colegiados. A metodologia utilizada é a análise do discurso, por meio do levantamento jurisprudencial e bibliográfico do tema, a fim de examinar os com vistas a extrair a fundamentação lógica de cada um desses critérios exasperadores da punição.

**Palavras-chave:** Dosimetria da pena. Teoria da Pena. Finalidades da pena. Individualização da pena. Circunstâncias judiciais. Código Penal.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

<b>TJDFT</b>	<b>Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios</b>
<b>Art.</b>	<b>Artigo</b>
<b>CP</b>	<b>Código Penal</b>

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
1. DAS PENAS .....	11
1.1 Evolução histórica das ideias de pena .....	11
1.2 Concepção atual de pena.....	18
1.3 Finalidades da pena .....	20
2. DOSIMETRIA DA PENA .....	29
2.1 Método trifásico .....	29
2.2 Fases da dosimetria da pena .....	32
2.3 Exasperação da pena-base .....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS.. .....	46
REFERÊNCIAS.....	48

## INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso tem como tema a análise dos critérios utilizados pelos julgadores para exasperar a pena-base de um condenado em sede de dosimetria penal. Inicialmente, insta esclarecer que o Código Penal estabelece, em seu art. 68, a adoção o método trifásico para aplicação da pena<sup>1</sup>.

Tal procedimento determina que, para determinar o *quantum* de pena a ser concretamente aplicado ao condenado, o julgador seguirá as seguintes etapas: 1) análise das circunstâncias judiciais constantes do art. 59, do referido diploma legal; 2) apreciação de circunstâncias agravantes e atenuantes; e 3) exame das causas de aumento e de diminuição de pena<sup>2</sup>.

Assim, na primeira fase desse sistema procede-se à análise das circunstâncias judiciais, quais sejam: 1) culpabilidade do apenado; 2) antecedentes penais; 3) conduta social; 4) personalidade do agente; 5) motivos do crime; 6) consequências do fato; 7) circunstâncias fáticas do delito; e 8) comportamento da vítima.

Desse modo, para atender ao princípio da individualização da pena, atentando-se às peculiaridades do caso concreto, o magistrado poderá valorar negativamente tais circunstâncias. Caso entenda isso como fundamental para que a reprimenda fixada seja suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime analisado, conforme estabelece a teoria mista no que tange às finalidades da pena.<sup>3</sup>

O Código Penal não determina, nesses casos, qual o parâmetro a ser seguido para se promover a exasperação da pena-base, em razão da avaliação negativa de uma ou mais das circunstâncias judiciais mencionadas. Assim, há, em construções jurisprudenciais, critérios estabelecidos como praxe para a realização desse

---

<sup>1</sup> FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

<sup>2</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

<sup>3</sup> VIANI, Silvano. **Técnica de aplicação da pena**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007

procedimento. Dentre esses, dois têm se destacado e vêm sendo adotados pelas Turmas Criminais do TJDF, os quais serão o foco de análise desse trabalho.

O primeiro critério consiste em extrair o intervalo entre as penas máxima e mínima cominadas abstratamente ao delito, o resultado desse cálculo deve ser dividido por oito (número de circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do aludido diploma repressivo), que corresponderá ao *quantum* acrescido à pena mínima para cada uma dessas particularidades que deva ser majorada.

Por outro lado, presente a prática de aplicar a fração de até 1/6 (um sexto) sobre a sanção mínima cominada no preceito secundário do tipo penal em análise. Em razão da ausência de previsão normativa, ambos os métodos podem ser utilizados, desde que o órgão jurisdicional fundamente sua decisão, sob pena de nulidade da decisão.<sup>4</sup> As referidas práticas são adotadas pela Turmas Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF.

No entanto, verifica-se que a adoção de determinado critério a outro, por razões matemáticas, pode acarretar disparidades na quantidade de punição a ser acrescida, a depender do valor das reprimendas mínima e máxima cominadas em abstrato no preceito secundário do tipo penal<sup>5</sup>. Imperioso analisar se o uso de critérios meramente matemáticos e padronizados para mensurar comportamentos humanos distintos não iria de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena<sup>6</sup>.

Nesse contexto, o objetivo geral desta monografia é analisar, de forma aprofundada, os dois principais critérios adotados usualmente pelos órgãos fracionários do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para exasperar a pena-base, na primeira fase da dosimetria penal; bem como estudar a insegurança jurídica acarretada por essa prática.

---

<sup>4</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

<sup>5</sup> NUCCI, G. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>6</sup> VIANI, Silvano. **Técnica de aplicação da pena**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007



Tal temática mostra-se relevante para o debate acadêmico atual, uma vez que a adoção de determinado parâmetro pode gerar grande impacto na vida ao apenado, que, por mero “azar”, tiver seu processo distribuído a um órgão jurisdicional que adota o primeiro critério anteriormente exposto, considerado como o mais rígido.

Ilustrando: o crime de homicídio simples (artigo 121, caput, do Código Penal<sup>7</sup>), tem-se que: o intervalo entre a pena máxima abstrata (20 anos) e a pena mínima (6 anos), corresponde a 14 (catorze) anos. Ao dividir-se 14 anos por 8 (número de circunstâncias judiciais), tem-se 1 (um) ano e 9 (nove) meses como a medida a ser acrescida à pena-base para cada circunstância avaliada negativamente.

Ao mesmo exemplo, em se adotando o critério distinto, consta que sobre a pena mínima do homicídio simples (6 anos), incidirá valor correspondente a até 1/6 (um sexto). Nesse caso, o máximo a ser majorado na reprimenda será 1 (um) ano. Ora, constata-se, que, pode ocorrer a variação de, no mínimo, 9 (nove meses) de pena a ser cumprida; situação manifesta de insegurança jurídica.

Isso significa dizer que serão mais 9 (nove) meses que o condenado terá seu direito fundamental à liberdade, dentre outros, restringido. É nessa perspectiva que a situação de divergência jurisprudencial acerca de qual posicionamento seguir acarreta insegurança jurídica ao sistema<sup>8</sup>; mormente quando não é pressuposto que o réu tenha que contar com a sorte para obter um julgamento que lhe seja mais benéfico.

Para clarificar o debate, cite-se dois julgados das 2ª e 3ª Turmas Criminais do TJDF, ambos do dia 22 de agosto de 2019. A 2ª Turma Criminal, em seu Acórdão nº 1196200<sup>9</sup>, utilizou o parâmetro de acréscimo de até 1/6 (um sexto) da pena mínima.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940

<sup>8</sup> PIETRO, Maria Sylvania di. **O STJ e o princípio da segurança jurídica**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica> . Acesso em: 02 ago. 2019.

<sup>9</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20150111015480/DF**. Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos, 22 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 28 de agosto de 2019

Por outro lado, a 3ª Turma Criminal, em seu Acórdão nº 1196242<sup>10</sup>, empregou o distinto procedimento. Demonstra-se, pois, a contemporaneidade do desacordo sobre o assunto, razão pela qual será abordado no presente trabalho.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20180110369514/DF**. Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 22 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 29 de agosto de 2019.

## 1. DAS PENAS

Como outrora exposto, esse projeto de pesquisa tem como objetivo analisar os critérios utilizados pelas Turmas Criminais do TJDF, na dosimetria penal, para exasperar a pena-base do indivíduo. Isto é, como definir o *quantum* a ser aumentado na reprimenda em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado.

No entanto, antes de adentrar ao mérito dessa discussão, faz-se necessário tecer algumas considerações de cunho teórico acerca da matéria a fim de embasar conceitualmente o debate. Dentre essas: o conceito de pena, a evolução histórica das ideias de pena, a concepção atual de pena e, por fim, as finalidades da pena.

### 1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS IDEIAS DE PENA

Magalhães Noronha, ao discorrer sobre a evolução histórica das concepções de pena, indica que esta surgiu em tempos primitivos como uma vingança pura e simples do ofendido para com o ofensor. Em sua origem, não havia preocupação com a proporcionalidade entre revide e agressão. Para o autor, é possível apontar cinco fases no cenário histórico da pena: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública, o período humanitário e o período criminológico<sup>11</sup>.

A fase inicial da ideia de reprimenda ao agressor é a fase da vingança privada. Nesse contexto, Noronha ensina que a pena era a punição pessoal do ofendido em face do ofensor, traduzindo-se em uma reação à agressão sofrida; sem que aquela necessariamente guardasse equivalência com esta. Diante desse cenário, os conflitos começaram a extrapolar vítima e agressor, gerando disputas entre suas famílias.

Desse modo, entendeu-se como necessária a prévia fixação de qual seria o castigo aplicado. Nas lições de Bittencourt, o revide deveria ser proporcional à ofensa,

---

<sup>11</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

a fim de evitar os violentos confrontos entre clãs, que terminavam por debilitar o conjunto social como um todo. Com o intuito de aplicar tal concepção de justa retribuição à violência sofrida, surgiu a Lei de Talião<sup>12</sup>.

Esse regramento foi adotado em legislações antigas como o Código de Hamurabi, datado do século XXIII, a.C; e pode bem ser ilustrado pelo brocardo: “olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé.”<sup>13</sup>. Nota-se, portanto, a imensa preocupação em reprimir a prática da retaliação arbitrária e desmedida; nesse sentido: aquele que quebrasse o osso de outrem, do mesmo modo teria um osso quebrado.

Desse período histórico originou-se a composição, que se transformaria na concepção atual da ideia de indenização da vítima ou multa<sup>14</sup>. À época, configurava hipótese em que o ofensor compraria o direito de represália do ofendido, de modo que sua impunidade restaria assegurada. Tal transação poderia ocorrer por valores em moeda, gado, armas, vestes, etc.

De acordo com as nobres lições de Noronha, a fase da vingança divina, a seu turno, consistia em reprimir o infrator, não unicamente por ter descumprido as normas de conduta social, mas porque sua conduta representava ofensa à uma divindade. Desse modo, a extensão do castigo deveria ser proporcional à magnitude do mártir religioso em questão. Nesse norte, a finalidade da punição seria a satisfação do deus ofendido, para além da purificação da alma do ofensor através da sanção a ele atribuída pelos sacerdotes locais.

Na Grécia revela-se o movimento de transição do período da vingança divina para o período da vingança pública, impulsionado por filósofos e pensadores como Aristóteles e Platão. O delito que até então se caracterizava como ofensa à alguma divindade, passa a ser visto como ofensa ao Estado. Nessa perspectiva, vê-se a tendência de deslocar a atribuição de punir do sacerdote para o ente público. Como

---

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>13</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>14</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, v. 3, 3. ed, São Paulo: Forense, 1967.

preleciona Aníbal Bruno, os historiadores situam, em geral, nesse momento histórico as origens do Direito Penal<sup>15</sup>.

Essa época ostenta relevante particularidade: pela primeira vez, tem-se que a pena não se presta apenas a punir o criminoso, mas também a inibir a prática de novos crimes pelos demais membros da sociedade. Com precisão, Noronha cita as lições de Platão nesse sentido: “Já com Platão, nas Leis, se antevê a pena como meio de defesa social, pela intimidação – com seu rigor – aos outros, advertindo-os de não delinquirem.”<sup>16</sup>.

Em Roma, inicialmente houve a combinação entre as fases de vingança pública e vingança privada, evidenciada pela separação dos delitos entre públicos, como os crimes contra a segurança da cidade; e privados, a exemplo do furto. A punição desses seria atribuição do próprio ofendido, enquanto a reprimenda daqueles correria a cargo do Estado. Diacronicamente, diversas espécies de delitos privados foram incorporadas aos delitos públicos, podendo-se inferir que a pena tornou-se, em regra, pública<sup>17</sup>.

Relevante salientar a atenção dada pelos romanos ao elemento subjetivo do crime para fins de quantificação da pena. Nesse viés, estudaram a distinção entre erro, culpa leve, acaso, dolo simples, *dolus malus*, além de outros institutos. Quanto aos fins da pena, corroboraram o entendimento grego, qual seja: punição do criminoso e intimidação social; razão pela qual o direito penal romano tem caráter social e público - por ser, via de regra, a reprimenda de atribuição estatal<sup>18</sup>.

Igualmente necessário apontar a importância da contribuição do direito canônico para a construção histórica da ideia de pena, já que, cumpria aos sacerdotes aplicarem a sanção àquele que ofendeu determinada divindade, como outrora

---

<sup>15</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, v. 3, 3. ed, São Paulo: Forense, 1967.

<sup>16</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>17</sup> PRADO, Luiz Regis. **Evolução histórica: o Direito Penal Romano**. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/02/21/evolucao-historica-direito-penal-romano/> . Acesso em: 23 jun. 2020.

<sup>18</sup> PRADO, L. **Evolução histórica: o Direito Penal Romano**, fev. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/02/21/evolucao-historica-direito-penal-romano/> . Acesso em: 18 jun. 2020.

exposto. Assim, ao instituiu nova finalidade à pena: que o próprio condenado se arrependa do ato praticado de modo que não volte a delinquir. Com maestria, Noronha corrobora: “a finalidade que empresta à pena, objetivando a regeneração ou emenda do criminoso, pelo arrependimento ou purgação da culpa”<sup>19</sup>.

Constata-se que anteriormente não havia o entendimento de que era oportuno trabalhar o arrependimento do condenado como forma de prevenção ao cometimento de novos crimes. Em se tratando da perspectiva do ofensor, a pena era utilizada apenas como uma forma de castigo puro e simples, isto é, impor-lhe um sofrimento, seja ele moral ou físico, em razão de ter praticado um ato tido reprovável àquele tempo.

A fase da vingança pública traduz-se como uma fase de fortalecimento do poder estatal, tendo em vista que o Estado passa a figurar como ente competente para punir seus cidadãos transgressores e que a infração praticada, que antes repercutia apenas no âmbito privado - na vida do ofendido -, passa a ser de interesse público. Noronha esclarece que esse período era marcado por demasiada arbitrariedade judicial, no sentido de a classe social do condenado ser determinante para a designação de sua punição. Nas palavras do autor:

“ A preocupação era a defesa do soberano e dos favorecidos. Predominavam o arbítrio judicial, a desigualdade de classes perante a punição, a desumanidade das penas [...], o sigilo do processo, os meios inquisitoriais, tudo isso aliado a leis imprecisas, lacunosas e imperfeitas, favorecendo o absolutismo monárquico e postergando os direitos da criatura humana.” (NORONHA, 1995, p. 24)

O período humanitário surge em contraposição ao cenário judicial acima retratado, tendo como foco o ser humano apenado. Característico de tal momento é o anseio de promover mudanças no direito repressivo com vistas a torná-lo menos discricionário e, portanto, mais justo. Célebre pensador dessa época foi o italiano Cesare Bonesana - Marquês de Beccaria, sobretudo sua obra “*Dei delitti e delle pene*”<sup>20</sup>, de 1764. Seu livro, fundamentalmente, busca defender os indivíduos do arbítrio e, nas palavras do autor, do “servilismo aos mais fortes” da justiça de então.

---

<sup>19</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>20</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

Bonesana, influenciado por ideais iluministas, preconizava que o Estado deve estar lastreado no contrato social, de modo que as vantagens sociais deveriam ser equitativamente distribuídas entre os cidadãos, contrariamente ao que acontecia à época. Discorrendo sobre o tema, o italiano, com acerto, propunha que as leis fossem editadas na língua comum, para que todos pudessem compreender o que ali estava disposto, tendo em vista que a praxe era a redação das leis em latim.

Assim, brilhantemente, entendia que tal entrave linguístico possibilitava a arbitrariedade dos magistrados ao interpretarem os predicados legais e aplicá-los ao caso concreto, sob o fundamento de estarem em busca da vontade do legislador. O marquês defendia que as leis deveriam ser taxativas, de tal forma que não fosse necessário qualquer exercício de exegese pelo juiz, pois a ele não era dado o poder de criar normas legais por meio da interpretação, mas tão somente empregá-las ao caso concreto.

Nesse norte, de maneira intocável, o escritor aponta que os crimes e suas respectivas sanções devem estar previamente definidos em lei e que esta só pode ser editada pelo legislador, enquanto legítimo representante do povo em um regime democrático de direito.<sup>21</sup> Tais ponderações sobre a indispensabilidade da anterioridade e taxatividade da lei figuram como desdobramentos do princípio da legalidade adotado pela atual Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”<sup>22</sup>

Nas palavras do estudioso:

“É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada em lei<sup>23</sup>.”

---

<sup>21</sup> RODRIGUES, Ticiano. **A atuação do legislador**. 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5709/A-atuacao-do-legislador> . Acesso em: 23 jun. 2020.

<sup>22</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) . Acesso em: 1 ago. 2019.

<sup>23</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

Beccaria sustentou que a reprimenda deveria ser proporcional ao delito praticado; a fim de garantir que o indivíduo não seja castigado de forma desarrazoada como acontecia àquele tempo. Aliado a isso, ao que se percebe, o lapso temporal entre o fato delituoso e o início do cumprimento da pena deveria ser o menor possível; de forma que a punição fosse igualmente útil para prevenção social à prática delitiva, porquanto o Estado se mostraria eficaz em reprimir infratores e isto desmotivaria os demais a delinquirem.

A obra de Bonesana foi deveras acolhida pela sociedade da época, haja vista que repudiava a diferenciação de tratamento entre condenados com base em suas riquezas e a crueldade das penas. Isto é, em suma, pregava a igualdade perante a lei e a humanização do Direito - levar em consideração que o condenado é um ser humano detentor de direitos<sup>24</sup>. Tamanha foi sua importância que suas lições estiveram presentes na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; e, posteriormente, repercutiram no ordenamento jurídico de diferentes países,<sup>25</sup> dentre eles, o Brasil, como já apontado.

Nesse norte, de maneira irretocável, Magalhães Noronha discorre sobre a doutrina de Beccaria:

“seu sucesso, sua grande repercussão (penetrando na Declaração dos Direitos do Homem, traduzido em vários idiomas e aceito por Códigos, como o francês de 1791), deve-se ao momento em que veio à luz; era o livro que a sociedade esperava.”<sup>26</sup>

Para encerrar a abordagem histórica, pertinente tecer algumas considerações sobre o período criminológico. Nessa fase, o foco do estudo do direito penal é a pessoa do criminoso e as razões que o levaram a delinquir, isto é, a explicação causal do delito<sup>27</sup>. Importante intérprete desse pensamento é o italiano César Lombroso. Para

---

<sup>24</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

<sup>25</sup> BOSCO, Gian. **Direitos humanos e a humanização das penas**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52045/direitos-humanos-e-a-humanizacao-das-penas> . Acesso em: 19 jun. 2020.

<sup>26</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>27</sup> MENEZES, Rodolfo. **A teoria do delito e o significado da ação**. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-teoria-do-delito-e-o-significado-da-acao/> . Acesso em: 24 jun. 2019.



ele, a pena deve ser individualizada de acordo com a personalidade do agente e em consonância com os motivos que o levaram a cometer o crime.

Isso porque entendia, à semelhança dos gregos, que, para além de seu papel meramente punitivo, a reprimenda igualmente deveria ter cunho preventivo. A prevenção deveria realizar-se em face da sociedade como um todo, no sentido de inibir os demais sujeitos a praticarem crimes por meio da punição do condenado. Também deveria materializar-se sob a perspectiva do condenado, pretendendo que este não volte a infringir a lei. Nesse ponto, necessária a análise singularizada da pessoa do delinquente para que a punição fixada seja a mais adequada para tal propósito.

Com distinção, lembrando as lições de Lombroso, Noronha esclarece:

“A pena não possui fim exclusivamente retributivo, mas, sobretudo, de defesa social e recuperação do criminoso, necessitando, então, ser individualizada, o que evidentemente supõe o conhecimento da personalidade daquele a quem será aplicada.”<sup>28</sup>

O italiano inovou quando propôs o estudo do criminoso enquanto indivíduo, razão pela qual é considerado um dos criadores da antropologia criminal.<sup>29</sup> Para tal ramo científico, o delinquente deve deixar de ser considerado em abstrato, analisando-se as circunstâncias que o motivaram a agir, que podem não serem as mesmas que impeliram a conduta de distinto infrator. Denota-se que de nada serviria, tampouco seria justa, uma pena padronizada à gravidade do delito, caso esta não fosse adaptada às peculiaridades do caso concreto.

Nos dizeres de Nucci:

“Sob outro aspecto, de nada resolveria a fixação proporcional das penas, conforme a gravidade do delito, se elas fossem padronizadas. Ilustrando, a cada furto, 5 anos; a cada roubo, 10; para homicídio, 30.

---

<sup>28</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>29</sup> LEITE, Gisele. **Breve relato sobre a história da Criminologia**. 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/breve-relato-sobre-a-historia-da-criminologia/>. Acesso em: 23 jun. 2020.

As pessoas são diferentes em inúmeros aspectos, não apenas na aparência física.”<sup>30</sup>

Assim, pode-se deduzir, como acontece com o princípio da legalidade, que há no período criminológico origens do princípio da individualização da pena, cuja concepção reflete hodiernamente, consagrada na prescrição da atual Carta Magna em seu art. 5º, XLVI: “a lei regulará a individualização da pena (...)”.<sup>31</sup> Tal é sua relevância que o direito a uma punição individualizada figura entre os direitos fundamentais do indivíduo, que ostentam condição de cláusula pétrea na Lei Maior.<sup>32</sup>

Beccaria e Lombroso, aquele buscando punições prévias, justas e taxativas - dispostas em leis compreensíveis à maioria da população; e este abordando a importância de se estudar a pessoa do delinquente<sup>33</sup>, foram pensadores fundamentais no âmbito do estudo do crime e da pena. O suíço Ernst Hafter, acertadamente, sintetizou as ideias desses dois autores nas seguintes assertivas. Enquanto Beccaria diria: “Homem, conheça a justiça!”; Lombroso diria: “Justiça, conheça o homem!”.<sup>34</sup>

## 1.2. CONCEPÇÃO ATUAL DE PENA

Como exposto, as diferentes concepções de pena ao longo da história demonstram a imprescindibilidade desse instituto enquanto instrumento de defesa social, que é de onde extrai sua legitimidade: confere estabilidade às comunidades humanas.<sup>35</sup> Atualmente, o Estado é o responsável por aplicar sanções aos cidadãos,

---

<sup>30</sup> NUCCI, Guilherme. **O Princípio Constitucional da Individualização da Pena e sua aplicação concreta pelo Supremo Tribunal Federal no caso Mensalão**. 2014. Disponível em: <https://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/o-principio-constitucional-da-individualizacao-da-pena-e-sua-aplicacao-concreta-pelo-supremo-tribunal-federal-caso-mensalao> . Acesso em: 22 jun. 2020

<sup>31</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) . Acesso em: 1 ago. 2019.

<sup>32</sup> ROMANO, Rogério. **PROGRESSÃO E REGRESSÃO DE REGIME DA PENA DIANTE DE PROPOSTA APRESENTADA**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69982/progressao-e-regressao-de-regime-da-pena-diante-de-proposta-apresentada> . Acesso em: 24 jun. 2020.

<sup>33</sup> RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. **O homem delinquente de Cesare Lombroso**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4314, 24 abr. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32773> . Acesso em: 22 jun. 2020.

<sup>34</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995

<sup>35</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

impedindo confrontos arbitrários e violentos entre os indivíduos, característicos do período histórico da vingança privada.

Aníbal Bruno, com precisão, assevera:

“Na realidade, o Direito Penal moderno está fazendo da pena o meio juridicamente instituído pelo qual o Estado procura promover a defesa social contra a agressão a bens jurídicos fundamentais, definida na lei como crime, atuando psicologicamente sobre a coletividade ou pelos processos convenientes de ajustamento social sobre o criminoso.” (BRUNO, 1967, p. 25)

Pena é a sanção consistente na privação de determinados bens jurídicos, imposta pelo Estado em decorrência da prática de um fato definido na lei como crime. Para Noronha, tal punição confere equilíbrio entre os distintos interesses presentes na sociedade, porquanto disciplina os comportamentos tidos como inaceitáveis no meio social<sup>36</sup>.

Por todos, confira-se a lição de Guilherme Nucci, doutrinador mais atual, ao conceituar pena: “É a sanção imposta pelo Estado, por meio da ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”<sup>37</sup>. Pode-se complementar esse conceito com a definição dada, com autoridade, por Rogério Greco, penalista igualmente atual:

“A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”<sup>38</sup>.

Desse modo, tem-se a faceta pública da pena. Trata-se de atribuição estatal a escolha daqueles bens jurídicos que serão objetos da norma penal, assim dizendo, aqueles bens ou interesses que demandam maior proteção. Nesse contexto, a aplicação da sanção reafirma a importância da norma penal, demonstrando seu viés imperativo em face dos cidadãos. Discorrendo sobre o tema, Bruno complementa:

---

<sup>36</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral - arts. 1ª a 120 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

<sup>38</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016

“Esta sanção, que é a pena, exprime a reprovação que a ordem do Direito faz pesar sobre o fato e reafirma a vontade do Estado de assegurar a validade do preceito. É o complemento necessário da norma, para assegurar-lhe toda a sua força coativa.”<sup>39</sup>

### 1.3. FINALIDADES DA PENA

Após analisar a evolução histórica acerca das concepções da punição daquele que pratica conduta criminosa, cumpre passar ao estudo das teorias que discorrem sobre finalidades da pena. Isso porque, adiante, quando proceder-se à análise dos métodos utilizados para exasperar a punição do condenado, será relevante considerar se aqueles satisfazem os fins para os quais se destina a reprimenda.

Vilarins ressalta a pertinência de se evidenciar as teorias da finalidade da pena e como elas se relacionam com a evolução histórica das concepções de pena já abordada. Nesse sentido são os dizeres da autora: “A concepção de pena está vinculada à sua finalidade e função, por isso a necessidade do estudo de suas teorias e seu reflexo aos efeitos sociais buscados, bem como sua relação com os efeitos sociais produzidos<sup>40</sup>.”

O doutrinador clássico Aníbal Bruno faz notar três correntes ideológicas que se prestam a justificar a sanção penal, de modo a elucidar sua essência. São elas: teorias absolutas, teorias relativas e teorias mistas – que buscam associar as duas primeiras. Citando Binding, o penalista esclarece que, embora diverso, todas as teorias atribuem um fim à medida punitiva. Essa distinção está pautada, sobretudo, em se considerar a conduta criminosa como pressuposto e razão de ser da reprimenda, ou tão somente pressuposto.<sup>41</sup>

A teoria absoluta é pautada, fundamentalmente, na ideia de justiça através da retribuição. Isto é, a reprimenda figuraria como meio de impor sofrimento ao condenado tal qual este impôs à vítima de sua prática criminosa; daí o pretense senso

---

<sup>39</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, v. 3, 3. ed, São Paulo: Forense, 1967.

<sup>40</sup> VILARINS, J. Política Criminal e a Função Social da Pena, jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/politica-criminal-e-a-funcao-social-da-pena/>. Acesso em: 23 jun. 2020.

<sup>41</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, v. 3, 3. ed, São Paulo: Forense, 1967.

de justiça que aduz. Tal corrente ideológica considera que a razão de ser da punição de alguém é um ato pretérito: o crime praticado. Nesse sentido, o crime seria pressuposto para apenar o indivíduo e o próprio delito justificaria a sanção, em outras palavras: a pena seria um fim em si mesma – mera expiação.<sup>42</sup>

Desta feita, pode-se relacionar o posicionamento absolutista aos pretéritos períodos da vingança privada, vingança divina e estágio inicial do período de vingança pública. Cumpre rememorar que, naqueles tempos, a pena se traduzia em revide do ofendido (ora pessoa do povo, ora divindade, ora o próprio Estado) em face do ofensor. Aí estão os traços retributivos de tais períodos, posto que não se buscava distinta função para o castigo que não simplesmente punir o condenado.

Para os adeptos desse pensamento, a sanção penal torna-se justificável na medida em que impõe um mal ao infrator, porquanto este tenha infligido um mal à vítima. Pertinente ressaltar que a Lei de Talião, outrora abordada, bem traduz essa ideia retributiva, haja vista a imposição do “dente por dente”<sup>43</sup>. Assim dizendo: o criminoso padecendo o exato sofrimento que deu causa, como forma de redenção.

Dois grandes representantes das teorias absolutas foram os filósofos alemães Kant e Hegel<sup>44</sup>. Para Kant, a pena decorreria da prática criminosa, como sua consequência e se fundamentaria com base na satisfação do imperativo de justiça: o mal justo da reprimenda opondo-se ao mal injusto do crime, devendo-se guardar proporcionalidade entre eles, pois, em sua concepção, “só o que é igual é justo”.

Nesse sentido:

“Kant, conseqüente com o rigor moralista do seu sistema, faz da pena um imperativo categórico, que uma imposição absoluta de justiça justifica, dando-lhe tamanha rigidez que só o talião, o mal retribuído por mal equivalente, poderia satisfazer” (BRUNO, 1967, p. 39)

Hegel designou como jurídica<sup>45</sup> a natureza da retribuição imposta pelo Estado, posto que o apenado seria aquele que tivesse descumprido os preceitos legais daquela época. Assim, a conduta criminosa seria a negação do Direito –

---

<sup>42</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>43</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral - arts. 1<sup>a</sup> a 120 do código penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>44</sup> ROSSETTO, E. **Teoria e aplicação da pena**, São Paulo: Atlas, 2014

<sup>45</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

estabelecedor da norma – e o castigo serviria para reafirmar a supremacia da ordem jurídica. Pessiana esclarece o pensamento do alemão: “a pena deve negar a negação do Direito contida no crime, isto é, anular a desordem expressa na aparição do delito, reafirmando a soberania do Direito sobre o indivíduo.”. (PESSIANA apud NORONHA, 1995, p. 28)

Precisas são as palavras de Aníbal Bruno ao abordar a temática: “Ao crime devia, então, o Direito contrapor a retribuição da medida penal, satisfação concedida à exigência universal de justiça”<sup>46</sup>. Citando Maggiore, o autor complementa:

“(...) retribuição jurídica como o verdadeiro e único fundamento e único fundamento da pena, entende-se esta como essencialmente afluente, meio de repressão, não de prevenção, sendo tudo o que se refere a defesa, prevenção, intimidação coisa peculiar ao Direito Administrativo, estranha ao Direito Penal verdadeiro e próprio” (BRUNO, 1967, p. 24)

Noronha, de modo intocável, esclarece que as teorias absolutas negam fins utilitários à pena, tendo em vista que são baseadas na exigência de justiça por meio da medida punitiva. Isto é, à exceção da busca pelo justo, em mais nada seria útil apenas o infrator. Nesse cenário, o fato de o indivíduo, em virtude de estar encarcerado, ser, pois, impedido de novamente delinquir é uma questão acessória.

Tal decorrência de cunho preventivo, para os defensores das teorias absolutas, não tem o condão de figurar como justificativa do castigo. Em contrapartida, para as teorias relativas ou utilitárias, é salutar atribuir à pena um fim prático: a prevenção geral ou especial, com o propósito de evitar o surgimento de novos delitos. Para os que corroboram esse entendimento, o crime é apenas um requisito para a ocorrência o fenômeno da pena, enquanto para os adeptos da corrente absolutista o crime é, concomitantemente, o pressuposto e a própria razão de ser da pena<sup>47</sup>.

Conforme as sábias lições de Bruno<sup>48</sup>: “Nas teorias relativas, o crime é apenas um pressuposto; a razão de ser da pena está no fim que se atribua – prevenção geral, pela intimidação; prevenção especial, pela emenda ou segregação do condenado”. Caráter utilitário ostentava a obra “Protágoras” de Platão quando aduz:

---

<sup>46</sup> BRUNO, A. **Direito Penal**, v. 3, 3. ed, São Paulo: Forense, 1967.

<sup>47</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>48</sup> BRUNO, A. **Direito Penal**, v. 3, 3. ed, São Paulo: Forense, 1967.

“ (...) em todos os povos o princípio da punição assenta na consideração de que o seu motivo não é tirar vingança do injusto passado, uma vez que não se poderia fazer que não se tenha realizado o que já se realizou, mas o que se tem em vista é o futuro, para que se evitem novas injustiças.”<sup>49</sup>

Enquanto as absolutas se ocupam de eventos passados - práticas delitivas já sucedidas - as relativas pautam-se no futuro, no sentido de promover a defesa da sociedade, mediante a prevenção de novas condutas criminosas. Isso significa dizer que não se sustentam por um ideal de justiça, mas por uma necessidade social, porque, como lembra Feuerbach – doutrinador utilitário – o Estado deve promover a convivência humana harmônica.<sup>50</sup>

Assim, para essa corrente, a medida punitiva tem como fim a prevenção, que se subdivide em prevenção geral e especial, figurando a medida punitiva como instrumento de luta contra a criminalidade. É chamada de relativa ou utilitarista, justamente buscar outro fim à punição que não seja a expiação, isto é, fazer-lhe útil para o próprio apenado e também para a sociedade. A prevenção geral se manifesta perante a sociedade, enquanto a especial recai como em face do condenado. (BRUNO, 1967, p. 44).

Há ainda a subdivisão das prevenções geral e especial em negativas e positivas. Como bem aponta Rossetto:

“essas doutrinas passaram a ser distinguidas conforme os critérios geral e especial, que combinados resultaram em quatro doutrinas: (a) doutrinas de prevenção especial positiva ou de correção do réu; (b) doutrinas de prevenção especial negativa ou de neutralização do réu; (c) doutrinas da prevenção geral positiva ou de integração, que têm a função positiva de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; (d) doutrinas da prevenção geral negativa ou de intimidação, que tem função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça da pena”<sup>51</sup>

A prevenção geral negativa consiste na intimidação da sociedade com vistas a reprimir a prática de novos crimes e transparece desde a feitura da norma pelo legislador<sup>52</sup>. Assim, ao indicar que tal comportamento é visto como reprovável pela

<sup>49</sup> BRUNO, A. **Direito Penal**, v. 3, 3. ed, São Paulo: Forense, 1967.

<sup>50</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>51</sup> ROSSETTO, Enio. **Teoria e aplicação da pena**, São Paulo: Atlas, 2014

<sup>52</sup> NUCCI, G. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

sociedade, um indivíduo não irá almejar ser visto perante seus pares como um infrator da norma, que configura manifestação da vontade social<sup>53</sup>. Para além do temor de ser taxado como criminoso, entende-se que outro motivo que desestimularia a população seria o receio da aplicação da punição cominada na lei.

Em suma, o cunho negativo da prevenção especial manifesta-se quando o infrator em potencial entende que será exemplarmente punido pelo Estado, isto é, não sairá ileso do ato ilícito perpetrado; e, por isso, sinta-se coagido a não agir daquela forma. Nesse ponto, presente a “coação psicológica” entre os membros da comunidade, traduzida pelas consequências sociais, a exemplo do preconceito social contra os apenados; bem como pelas consequências morais: ter noção de que violou uma regra que reflete a vontade de seus pares.<sup>54</sup>

A seu turno, o viés positivo da prevenção geral traduz-se na afirmação da ordem jurídica enquanto instrumento regulador da conduta dos indivíduos, assim dizendo, ressaltar a validade da lei e evidenciar seu papel de “normalizar as relações sociais, garantindo a ordem através da estabilização das expectativas da sociedade”.<sup>55</sup> Paulo Queiroz, de maneira impecável, ensina a essência desse caráter positivo: “infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social.”.<sup>56</sup>

Já a prevenção especial é aquela que age sobre a pessoa do condenado e se caracteriza, fundamentalmente, por dois fatores: emenda do criminoso – prevenção geral positiva - e segregação – prevenção especial negativa. O cunho positivo da prevenção especial diz respeito à reeducação do detento durante o período do

---

<sup>53</sup> ITO, Marina. **Lei é a forma como povo expressa sua vontade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-16/lei-forma-povo-expressa-vontade-antonin-scalia#:~:text=A%20democracia%20s%C3%B3%20%C3%A9%20poss%C3%ADvel,leis%20e%20n%C3%A3o%20por%20ju%C3%ADzes.&text=Segundo%20o%20ministro%2C%20a%20distin%C3%A7%C3%A3o,das%20normas%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20novidade> .. Acesso em: 02 ago. 2020.

<sup>54</sup> ROSSETTO, Enio. **Teoria e aplicação da pena**, São Paulo: Atlas, 2014

<sup>55</sup> DIETER, Maurício Stegemann. **Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs**. 2008. Disponível em: <http://criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=525> . Acesso em: 02 set. 2020

<sup>56</sup> BRUNO, A. **Direito Penal**, v. 3, 3. ed. São Paulo: Forense, 1967.



cárcere, oferecendo-lhe condições ideais para voltar ao convívio social sem mais cometer crimes<sup>57</sup>. Nucci, com maestria, assevera:

Pretende-se, então, com sua reeducação, tornar a prevenção eficiente e definitiva (prevenção especial positiva). É a busca da reeducação e da ressocialização do condenado, afinal, é o expressamente disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos: 'As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados' (art. 5º, 6). " (NUCCI, 2019, p. 11)

Igualmente pertinente à prevenção especial é a impossibilidade material de o apenado voltar a delinquir, uma vez que estará aprisionado: este é o seu viés negativo, qual seja, de defesa social. Dessa forma, a sociedade estará liberta, ao menos, do cometimento novos crimes de autoria daquele encarcerado. Essas são decorrências da segregação do indivíduo, nos dizeres de Aníbal Bruno:

"Cumpre, assim, a segregação, antes de tudo, uma função imediata de segurança, praticamente garantida à sociedade pela ausência do elemento ameaçador. [...] A segregação permite ainda que se submeta o condenado a um processo que crie ou restaure a sua idoneidade moral." (BRUNO, 1967, p. 49)

Rogério Greco, de modo ímpar, sintetizou os cernes das teorias absolutas e relativas:

Em conclusão, podemos dizer que as teorias absolutas, que consideram a pena com um fim em si mesmo, voltam ao passado e procuram responder à seguinte indagação: 'Por que punir?' Por outro lado, as teorias relativas, de cunho utilitarista, ou seja, com o raciocínio de que a aplicação da pena deve ser útil a fim de prevenir a comissão de delitos, tem seus olhos voltados, para o futuro e buscam responder à seguinte pergunta: 'Para que punir?' (GRECO, 2016, p. 586)

Por fim, as teorias mistas ou unificadoras<sup>58</sup> fixam à pena tanto a função de retribuição como a função de prevenção, especial e geral. Os que compactuam com esse entendimento não negam a necessidade de se buscar pela justiça através da expiação, todavia, do mesmo modo indicam a necessidade de usar a medida penal

---

<sup>57</sup> VIANI, S. **Técnica de aplicação da pena**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007

<sup>58</sup> ROSSETTO, E. **Teoria e aplicação da pena**, São Paulo: Atlas, 2014

como mecanismo de defesa social, assegurando a função estatal de promover a convivência harmônica entre os cidadãos.

Importante não se olvidar do aspecto retributivo da reprimenda por força do sentimento de injustiça sofrido pelo ofendido. Caso o ofendido não se sinta confiante na punição que será aplicada pelo Estado, poderá sentir a necessidade de ele próprio ser o aplicador do castigo. Nessa toada, tratar-se-ia de retrocesso ao período de vingança privada, notadamente, aos conflitos desarrazoados entre os membros da sociedade e que comprometiam a paz social, como visto oportunamente.

Igualmente indispensável é atribuir à pena um caráter socialmente útil: prevenção à prática de novos crimes. Tanto em seu aspecto geral, quanto especial; tanto suas vertentes positivas, quanto as negativas. Boschi partilha desse entendimento, pois, segundo ele, a essência da pena é retributiva – carrega um aspecto moral, porém seu objetivo maior é a reeducação do criminoso e a intimidação geral. Pode-se falar em caráter retributivo e em função utilitária, sem que um exclua o outro.<sup>59</sup>

Nesse sentido são as lições de Nucci quando explica tal corrente doutrinária: “no atual estágio, possa-se conjugar a função da punição a outros objetivos úteis, como a função de prevenção em todas as suas facetas.”<sup>60</sup> Greco, invocando as lições de Mir Puig, de modo igualmente preciso, ensina: “a retribuição, a prevenção geral e especial são distintos aspectos de um fenômeno complexo da pena.”<sup>61</sup>

A teoria mista ou unificadora foi a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Consagrada não só no Código Penal, como também na Lei de Execução Penal, isto é, deve pautar o julgador tanto na fixação da pena concreta, quanto na execução desta.<sup>62</sup> O Código Penal, em seu art. 59, prescreve que o juiz estabelecerá a penalidade, *in fine*: “ (...) conforme seja necessário e suficiente para reprovação e

---

<sup>59</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 250.

<sup>60</sup> NUCCI, G. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>62</sup> ROSSETO, E. **Teoria e aplicação da pena**, São Paulo: Atlas, 2014

prevenção do crime”<sup>63</sup>. Por óbvio, se o legislador indicou que a pena tem como fins a reprovação (retribuição) e a prevenção do delito, verifica-se a adesão à referida corrente doutrinária.

Cumprido esclarecer que, em certos dispositivos legais, pode-se notar que ora o enfoque está no fim punitivo, ora no fim preventivo da pena; o que demonstra, de fato, que ambas as finalidades estão presentes na legislação pátria.<sup>64</sup> Ilustrando, o Código Penal em seu artigo 121 (crime de homicídio), parágrafo 5º dispõe: “na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção se torne desnecessária”.<sup>65</sup>

Aqui pode-se verificar a afirmação do viés retributivo da sanção, uma vez que foi estabelecida hipótese de perdão judicial<sup>66</sup>, quando o próprio fato culposo infringir tamanho sofrimento ao agente que não haveria razão em apená-lo novamente. Exemplificando, uma mãe que, culposamente, causa a morte de seu filho terá que lidar com tal sofrimento de perda e de culpa o resto da vida, ou seja, já foi penalizada suficientemente de forma natural, não sendo razoável se pensar em aplicação de pena.<sup>67</sup>

Sob outra perspectiva, não é demais transcrever o artigo 10, caput da Lei de Execução Penal, que demonstra o cunho prevencionista da reprimenda: “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência harmônica em sociedade”.<sup>68</sup> Ressalte-se que cumpre ao órgão

---

<sup>63</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

<sup>64</sup> NUCCI, G. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>65</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

<sup>66</sup> ZAMATARO, Yves. **Do cabimento do perdão judicial em caso de homicídio culposo decorrente de acidente de trânsito**. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/206982/do-cabimento-do-perdao-judicial-em-caso-de-homicidio-culposo-decorrente-de-acidente-de-transito>. Acesso em: 24 set. 2020.

<sup>67</sup> NUCCI, G. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>68</sup> BRASIL, *Lei de Execuções Penais, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 22 jun. 2020

julgador efetivar esses dois traços da sanção penal no procedimento de dosimetria da pena, caso contrário, o ajuste castigo aplicado ao caso pode ser inadequado. Por esse motivo, a dosimetria penal é o próximo assunto a ser abordado neste trabalho.

## **2. DOSIMETRIA DA PENA**

A dosimetria da pena consiste na aplicação prática da garantia constitucional da individualização da pena, historicamente preconizada por Lombroso, que serve como uma limitação ao poder de punitivo do Estado<sup>69</sup>. Em outras palavras, dosar a

---

<sup>69</sup> NUCCI, G. **Individualização da pena**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 189

reprimenda do condenado significa definir a extensão de seu castigo, levando-se em conta as circunstâncias atinentes àquele determinado evento delituoso, e as características pessoais e legais (que singularizam aquele criminoso.

Viani, com excelência, ressalta a relevância do estudo da dosimetria da pena:

“A tarefa de se aplicar não é tão simples como a realização de um cálculo aritmético. É, sem dúvida, um dos momentos mais importantes da sentença condenatória. A dosagem da pena adequada ao réu, com a rigorosa observância do princípio da individualização da reprimenda exige muito cuidado, atendimento de diversas regras e consideração de muitas circunstâncias.”<sup>70</sup>

## 2.1 MÉTODO TRIFÁSICO

O Código Penal, em sua redação atual, adota o método trifásico para se fixar a pena do indivíduo, positivado em seu art. 68, desde a reforma da parte geral do diploma legal, em 1984<sup>71</sup>. Tal procedimento consiste em realizar três etapas para se aferir qual deve ser a quantidade de punição concretamente aplicada ao condenado, em observância ao princípio da individualização da pena, para que a sanção penal seja justa e eficiente para aquele indivíduo, atendendo a ambas as finalidades da pena: retribuição e prevenção.

Nelson Hungria, idealizador desse método de aplicação da pena, assim o estipulou: 1) na primeira etapa, para fixar a pena-base, o juiz seguirá as diretivas do artigo 59, do mencionado certame repressivo; 2) em seguida, na segunda etapa, o magistrado analisará as agravantes e atenuantes; 3) por fim, no terceiro momento, examinará as causas de aumento e de diminuição de pena, se houver.<sup>72</sup>

O modelo de Hungria veio em contraposição ao modelo bifásico, adotado na redação original do Código Penal. Tal método, idealizado por Roberto Lyra, consistia em tão somente duas etapas: 1) análise conjunta das circunstâncias judiciais e circunstâncias agravantes e atenuantes; 2) exame das causas de aumento e de

---

<sup>70</sup> VIANI, S. Técnica de aplicação da pena, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007

<sup>71</sup> VIANI, S. Técnica de aplicação da pena, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007

<sup>72</sup> ROSSETTO, E. **Teoria e aplicação da pena**, São Paulo: Atlas, 2014

diminuição de pena, se houver. Assim, não há distinção da etapa de análise das circunstâncias judiciais e da análise de circunstâncias legais.<sup>73</sup>

Importante ressaltar que, para Lyra, o julgador não estava adstrito às circunstâncias previstas no Código. Segundo o jurista, o objeto de análise da primeira etapa do procedimento não estava submetido ao princípio da legalidade, ou seja, o magistrado poderia criar, até mesmo por meio de analogia ou de interpretação extensiva, o que caracterizava imenso arbítrio judicial. Esse sistema foi criticado por, ao unificar o exame das circunstâncias em só uma etapa, não deixar claro o juízo de valor exercido sobre cada uma delas, bem como sua influência na fixação da sanção em concreto, para além de conferir extrema liberdade criativa ao juiz.<sup>74</sup>

Conveniente invocar o ensinamento de Azevedo sobre a tese bifásica:

“a amalgamação de todas as circunstâncias, judiciais e legais, no instante de fixação da pena-base provoca a perda de qualidade de quaisquer circunstâncias, demorando na intimidade do julgador aqueles elementos circunstanciais que operaram seu convencimento”.<sup>75</sup>

Em contrapartida, o sistema trifásico impõe que, a cada etapa percorrida, o magistrado exponha os motivos pelos quais agiu daquela forma, dando mais transparência à decisão. Ademais, apenas as circunstâncias já dispostas na lei podem ser objeto de análise durante o exercício de quantificação da pena: “Estabelece Nelson Hungria critérios para a concretização da pena, cujo objetivo é duplo de justa reprovação e de defesa social. Esses critérios, achados na própria lei, vinculam controlam, modelam, modulam e limitam o arbitrium judicis.”<sup>76</sup>

Em 1943 na 1ª Conferência de Desembargadores, marcou-se a prevalência jurisprudencial do método trifásico em relação ao bifásico para o cálculo da pena, a mudança legislativa, no entanto, só ocorreu em 1894, com a Reforma da Parte Geral

---

<sup>73</sup> FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

<sup>74</sup> VIANI, S. **Técnica de aplicação da pena**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007

<sup>75</sup> AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

<sup>76</sup> AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

do Código<sup>77</sup>. O procedimento idealizado por Hungria ainda é adotado atualmente e está consagrado no artigo 68, do referido diploma repressivo: “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>78</sup>

A dosimetria da pena, segundo Nucci, consiste na aplicação prática do princípio da individualização da pena, já preconizado por Lombroso. Isso porque dosar a pena significa torná-la adequada àquele caso concreto, levando-se em consideração as peculiaridades do fato, bem como do agente criminoso. Precipuamente, trata-se do momento do ajuste individual da punição ao ser humano em julgamento. Nos dizeres do autor:

“princípio da individualização da pena: significa que, para cada delinquente, o Estado-juiz deve fixar a pena exata e merecida, evitando-se a pena-padrão, nos termos estabelecidos pela Constituição (art. 5º, XLIX). Individualizar a pena é fazer justiça, o que, nas palavras de Godoffredo Telles Júnior, significa ‘dar a cada um o que é seu’”.<sup>79</sup>

O modelo de aplicação da pena de Hungria é tido como uma discricionariedade juridicamente vinculada. Fala-se em discricionariedade porque não há prévia fixação legal do quantitativo de pena que deve ser aplicado a cada caso, tão somente dos limites mínimo e máximo abstratamente cominados àquele tipo penal. Assim, o julgador pode, em observância a esses extremos, determinar a extensão da punição que entender como adequada ao fato sob julgamento<sup>80</sup>.

Para legitimar sua decisão, o magistrado deve, para tanto, motivá-la: expor de maneira lógica, racional e coesa as razões que o levaram a decidir daquela forma. Daí a característica de estar juridicamente vinculado: para exercer seu livre

---

<sup>77</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica**. 2015. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.117.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.14.PDF). Acesso em: 23 ago. 2020.

<sup>78</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

<sup>79</sup> NUCCI, G. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>80</sup> ROSSETTO, Enio. **Teoria e aplicação da pena**, São Paulo: Atlas, 2014

convencimento, dentro dos limites legais – diferencial para o modelo bifásico, imprescindível fundamentar seu veredito. Oportuno transcrever as lições de Nucci sobre o tema: “Desde 1940, o legislador atribuiu ao juiz imensa discricionariedade na fixação da pena, determinando-lhe alguns parâmetros dos quais não deve se furtar.”

81

## 2.2 FASES DA DOSIMETRIA DA PENA

Faz-se indispensável a abordagem mais detalhada do sistema trifásico de cálculo da pena, adotado pelo artigo 68 do Código Penal, já antes integralmente reproduzido. Diz o legislador que, no momento inicial do procedimento (primeira fase), a fim de fixar a pena-base, o julgador deve reportar-se ao critério do artigo 59 daquela lei. De antemão, torna-se imprescindível, pois, elucidar qual é o critério a que o texto legal se refere.

Determina o artigo 59 quais os parâmetros que devem ser avaliados pelo órgão julgador para que a sanção ao caso reste adequada à hipótese em testilha, fase denominada por Frederico Marques de “individualização legislativa”<sup>82</sup>. Por razões de pertinência temática, essa etapa será abordada com mais detalhamento. Ressalte-se que não há nenhuma menção à quantidade de pena que deva ser aumentada caso o juiz se depare com uma dessas particularidades que seja desfavorável ao réu.

Vide o texto trazido pelo Código Penal na referida norma:

“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>83</sup>

Tais características são denominadas de judiciais, pois o seu reconhecimento depende do arbítrio do juiz: são extraídas da análise do juiz a partir dos elementos

---

<sup>81</sup> NUCCI, G. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>82</sup> MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997.

<sup>83</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.



probatórios e fáticos constantes nos autos do processo.<sup>84</sup> Ferreira, com precisão, ensina: “Na verdade, os critérios estabelecidos no art. 59 – todos eles – se destinam a apurar qual o grau de reprovabilidade, representado por certa quantidade de pena, que o fato praticado está a merecer.”<sup>85</sup>

Esses critérios dizem respeito ao agente, à vítima e ao fato. As circunstâncias atinentes ao fato e à vítima são denominadas de objetivas, já as relacionadas ao agente são chamadas subjetivas.<sup>86</sup> Pode-se destacar neste ponto a influência de Lombroso no que tange ao estudo da pessoa do condenado, como já anteriormente indicado, mormente por haver circunstâncias que se prestam a avaliar o réu enquanto ser humano: sua culpabilidade, seus antecedentes, sua conduta social e sua personalidade.

Azevedo, de modo pertinente, invoca as brilhantes lições de Miguel Reale Júnior:

“Em síntese, as circunstâncias do crime são elementos não essenciais à figura típica, localizados à volta do tipo penal, a qualificar a conduta ou o fato enquanto expressão de desvalor destes e da diferenciada culpabilidade do agente. As circunstâncias qualificam o injusto ou a culpabilidade, gerando uma maior ou menor gravidade entitativa do delito ou uma menor ou maior reprovabilidade da conduta”<sup>87</sup>

Para averiguar as particularidades concernentes ao fato, tem-se os motivos, as consequências e as circunstâncias do crime. Já em relação à vítima, cabe ao juiz analisar a influência de seu comportamento para a prática do crime. Em verdade, esses parâmetros são tidos como residuais, Nucci bem ilustra essa situação:

“Exemplo: no homicídio, o motivo fútil materializa uma qualificadora (art. 121, §2º, II, CP), logo, não pode ser considerado no item motivos, previsto igualmente no art. 59. E também não pode ser levado em conta na análise das agravantes, que envolvem o motivo fútil (art. 61, II, a, CP)”<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> NUCCI, G. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>85</sup> FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995

<sup>86</sup> JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Parte Geral. 21.ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

<sup>87</sup> AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

<sup>88</sup> NUCCI, G. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

Rogério Greco, com precisão, ensina: a culpabilidade é o juízo de reprovação social da conduta criminosa praticada pelo agente; os antecedentes estão intimamente ligados à folha de registros penais do acusado e dizem respeito, portanto, às condenações transitadas em julgado anteriormente ao julgamento do delito pelo qual o réu está sendo processado.<sup>89</sup>

A conduta social é traduzida como o comportamento do condenado perante a sociedade e abrange seu meio de sustento, bem como sua atitude no ambiente familiar<sup>90</sup>. A personalidade do agente são as características psíquicas próprias daquele indivíduo e que, nos dizeres de Carvalho Neto, formam o “conjunto de qualidades morais do agente”. Viani, com maestria, invocando as lições de Hungria acrescenta:

“O juiz deve ter em atenção a boa ou má índole do delinquente, seu modo ordinário de se sentir, de agir, ou reagir, a sua maior ou menor irritabilidade, o seu maior ou menor grau de entendimento e senso moral. Deve retrair-lhe o perfil psíquico.”<sup>91</sup>

Os motivos são equivalentes às razões que levaram o acusado ao cometimento do crime. Essas razões, segundo Schmitt, podem ser em conformidade ou desconformidade com as exigências sociais. Assim, a depender do porquê o agente recorreu à conduta criminosa, esta pode passar a ser bem mais ou bem menos criminosa.<sup>92</sup> A seu turno, as circunstâncias se traduzem como as peculiaridades da dinâmica fática do delito e correspondem, segundo os ensinamentos de Luiz Regis Prado: aos “fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais.”<sup>93</sup>

As consequências dizem respeito aos desdobramentos daquela infração penal no mundo exterior e que não estejam abrangidos pelo próprio tipo penal, a contrário

---

<sup>89</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

<sup>90</sup> VIANI, S. **Técnica de aplicação da pena**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007

<sup>91</sup> VIANI, S. **Técnica de aplicação da pena**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007

<sup>92</sup> SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática**. 8. Ed. Salvador: Juspodvum, 2013, p. 133

<sup>93</sup> PRADO, Luiz Regis. et al. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 428

da morte em um crime de homicídio<sup>94</sup> ou de um prejuízo financeiro em um crime de furto, por exemplo.

O comportamento da vítima ostenta singular característica: só pode ser utilizado para abrandar a pena do réu. Isso porque esse critério se manifesta quando a vítima contribui de forma decisiva para o cometimento do delito<sup>95</sup>. Invocando os dizeres de Gilberto Ferreira, aduz-se que quanto maior a contribuição do ofendido para a ocorrência do crime, menor é a reprovabilidade deste<sup>96</sup>.

Desse modo, no cálculo da punição deve-se analisar cada um dos critérios isoladamente, com o intuito de aferir se houve ou não extrapolação ao já estava previsto no tipo penal e, que, portanto, mereça maior repreensão.<sup>97</sup> Nesse sentido, tome-se como exemplo o crime de homicídio de um pai responsável por sustentar toda a família.

Para além da perda afetiva, verifica-se a dependência financeira da família para com a vítima, de modo que as consequências desse fato extrapolam o resultado dito como inerente ao crime de homicídio: a morte. Assim, as consequências do crime devem ser valoradas negativamente.<sup>98</sup>

O que se questiona nesse trabalho é justamente o quanto deverá ser acrescido à pena para cada circunstância judicial considerada de maneira desfavorável ao condenado, como ilustrado. Igualmente necessário é esclarecer o conceito de pena-base, mencionado no artigo 69 do certame repressivo. De acordo com os ensinamentos de Gilberto Ferreira, a pena-sabe é o produto da análise das circunstâncias judiciais, obedecendo aos limites mínimo e máximos estabelecidos.<sup>99</sup>

---

<sup>94</sup> NUCCI, G. **Individualização da pena**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 189

<sup>95</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. HC-255.231/MG. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo –DPSP. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurelio Bellizze. Brasília, 26, de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23070276/habeas-corpus-hc-255231-mg-2012-0202363-3-stj/inteiro-teor-23070277> . Acesso em: 22 jun. 2020

<sup>96</sup> FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995

<sup>97</sup> SANCHES, Rogério. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/12/05/teses-stj-sobre-aplicacao-da-pena-circunstancias-judiciais-1a-parte/> . Acesso em: 27 nov. 2019

<sup>98</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016

<sup>99</sup> FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Dessa forma, é sobre esse quantum de pena que recairá a aplicação das circunstâncias atenuantes e agravantes da pena, na fase seguinte da dosimetria. Seguindo a “política da pena mínima”<sup>100</sup>, largamente adotada pelos magistrados, a valoração das circunstâncias judiciais será realizada sobre o patamar mínimo punitivo estipulado pelo legislador no preceito secundário do tipo penal. No capítulo seguinte, serão expostos os critérios utilizados pelas Turmas Criminais do TJDFT ao valorarem as referidas circunstâncias.

A segunda fase da dosimetria penal consiste em verificar se há atenuantes ou agravantes incidentes sobre o caso concreto, também denominadas circunstâncias legais, isso porque, a contrário senso das judiciais, já estão previstas pela lei e, portanto, não estão condicionadas à discricionariedade do juiz, são obrigatórias. Elas incidem sobre a pena-base e, segundo os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, não podem diminuir a pena aquém do mínimo legal ou acrescê-la acima do patamar máximo estabelecido pelo legislador.<sup>101</sup>

As circunstâncias agravantes, como o próprio nome indica, aumentam a sanção criminal e estão dispostas nos artigos 61 a 64 do Código Penal. Listando as que constam do artigo 61: 1) reincidência; 2) cometer o crime: a) por motivo fútil ou torpe, b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime, c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum.<sup>102</sup>

Ainda no que tange ao cometimento do crime: e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a

---

<sup>100</sup> SILVA, Marcos Antonio Duarte. **A política da pena mínima: um padrão no cenário nacional**. 2018. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/3962/a-politica-pena-minima-padroao-cenario-nacional>. Acesso em: 24 jun. 2020.

<sup>101</sup> FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

<sup>102</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

mulher na forma da lei específica, g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão, h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida, i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade, j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgracia particular do ofendido e i) em estado de embriaguez preordenada.<sup>103</sup>

Por fim, há o rol de atenuantes do artigo 62, aplicáveis aos casos de infrações cometidas em concurso de pessoas. Elas incidirão ao agente que: 1) promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; 2) coage ou induz outrem à execução material do crime; 3) instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; 4) executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa<sup>104</sup>.

As atenuantes, a seu turno, diminuem a reprimenda do agente e estão dispostas no artigo 65, do mesmo diploma legal. São elas: 1) ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; 2) o desconhecimento da lei; 3) ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano<sup>105</sup>.

Prossegue o dispositivo legal sobre o agente: c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

---

<sup>103</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

<sup>104</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

<sup>105</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

Há ainda a figura da “atenuante inominada”, constante do artigo 66, do Código Penal que estabelece que se houver outra circunstância relevante, que não essas anteriormente citadas, a sanção igualmente poderá ser abrandada. Rogério Greco, a título de exemplo, menciona a hipótese de um condenado que tenha crescido em um ambiente que o tenha influenciado no cometimento do delito. Nesse cenário, segundo o autor, o sentenciante poderia, na segunda fase da dosimetria atenuar a pena desse indivíduo<sup>106</sup>.

Por derradeiro, na terceira etapa do método de Hungria, o julgador irá analisar se há incidência de causas de aumento ou de diminuição de pena àquele fato. Nesse momento, Azevedo ensina que o juiz pode ultrapassar as penas máxima e mínima estabelecidas no tipo penal<sup>107</sup>. As causas de aumento (majorantes) e de diminuição (minorantes) já têm as quantidades de aumento ou de diminuição pré-estabelecidas pelo legislador, como: aumento de um terço da pena (quantidade fixa); diminuição de um terço a dois terços (quantidade variável). Estão presentes na parte geral do código, como a tentativa (artigo 14, CP); bem como na parte especial, a exemplo da restrição de liberdade no crime de roubo (artigo 157, §2º, V, CP).

### **2.3 EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE**

Como antes exposto, a pena-base é o produto da primeira fase da dosimetria da pena, isto é, a determinação da reprimenda, respeitando os limites legais e procedendo-se à análise de cada uma das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal. Assim, fala-se em exasperar a pena-base quando, pelo menos um desses critérios é desfavorável ao réu, demandando maior repreensão por parte do julgador e, portanto, elevando sua sanção penal. Remeta-se ao exemplo da vítima de homicídio que era provedora financeira da família, motivo esse que, teoricamente, poderia ensejar a valoração negativa das consequências do crime.

---

<sup>106</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016

<sup>107</sup> AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

O ponto que gera controvérsia em termos de prática forense é a quantidade de pena a ser acrescida por ocasião da presença de uma ou mais circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado. O Código Penal não estabelece qual deve ser o parâmetro a ser seguido nessas hipóteses. Desse modo, abriu-se espaço para a construção jurisprudencial, uma vez que o juiz não pode deixar de decidir alegando omissão ou lacuna na lei<sup>108</sup>. Assim, tendo como foco a atuação das Turmas Criminais do TJDFR em agosto de 2019, abordar-se-ão os métodos adotados por esses órgãos fracionários para precisar o valor a ser incorporado na sanção criminal.

O primeiro critério, denominado de aritmético<sup>109</sup>, considera as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito e que não há hierarquia entre as circunstâncias previstas no artigo 59, do aludido certame legal. Desta feita, o sentenciante deve extrair o intervalo de tempo entre a maior e a menor pena expressas no preceito secundário do tipo penal. Desse resultado, tendo em vista o igual valor entre as particularidades em comento, o valor do intervalo deverá ser dividido por 8 (oito), já que esse é o número de características estipuladas pelo legislador. Nesse cenário, não haverá valor fixo atribuído, uma vez que será variável o intervalo de tempo entre as sanções máxima e mínima de cada infração penal.<sup>110</sup>

Nesse sentido são os dizeres de Rosseto:

“Outro critério na fixação da pena-base é o aritmético, o juiz encontra o peso de cada circunstância judicial dividindo por 1/8 – fração correspondente ao número de oito circunstâncias judiciais do art. 59 do CP – o intervalo de tempo entre a pena mínima e a pena máxima. Por exemplo: o intervalo entre a pena mínima (quatro anos) e a máxima (doze anos) é oito anos; esse intervalo de oito anos é dividido pela fração 1/8 e cada circunstância judicial tem o valor de um ano.”<sup>111</sup>

Bem assim se posiciona a 1ª Turma Criminal do TJDFR, cujo entendimento pode ser extraído, a título de exemplo, de trechos de seus acórdãos de números

---

<sup>108</sup> BRASIL. Decreto Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*, 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 27 novembro 2019

<sup>109</sup> JORGE, Mario Helton. **A quantificação da pena em face das circunstâncias**. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5095/a-quantificacao-da-pena-em-face-das-circunstancias>. Acesso em: 26 jun. 2020.

<sup>110</sup> SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória** – Teoria e Prática. 8. Ed. Salvador: Juspodvum, 2013, p. 133

<sup>111</sup> ROSSETO, E. **Teoria e aplicação da pena**, São Paulo: Atlas, 2014.

1196191; 1194636 e 1195823, todos do mês de agosto de 2019. Note-se, respectivamente: “A jurisprudência admite ser razoável, para cada circunstância judicial negativa, o aumento da pena-base na fração de 1/8 sobre a diferença entre as penas máxima e mínima previstas no tipo penal<sup>112</sup>”; “Para aumentar a pena-base, adequada a aplicação da fração de 1/8 da diferença entre as penas mínima e máxima previstas no tipo penal, para cada circunstância judicial negativa.”<sup>113</sup> e, por fim:

“A jurisprudência tem firmado entendimento no sentido da possibilidade de aplicação, como regra, da fração 1/8 (um oitavo) da diferença entre o mínimo e máximo da pena em abstrato para cada circunstância judicial desfavorável. Precedentes do TJDFT.”<sup>114</sup>

Igual posicionamento adota a 3ª Turma Criminal do TJDFT, aqui ilustrado por trechos de acórdãos de números 1196153; 1191791 e 1195418, todos datados do referido marco temporal. São eles, respectivamente:

“Considerando a ausência de critério legal, a jurisprudência sedimentou o entendimento de que é adequada a aplicação de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre os limites mínimo e máximo abstratamente cominados no tipo legal, para aumento da pena-base em razão da análise desfavorável de cada uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.”<sup>115</sup> ;

“Embora não se disponha de critérios legais previamente definidos para a fixação da pena-base, a jurisprudência tem norteado a valoração de cada circunstância judicial, prevista no artigo 59 do Código Penal, adotando-se o coeficiente imaginário de 1/8 (um oitavo), cuja quantidade de pena é obtida com sua aplicação sobre o intervalo de tempo existente entre as penas mínima e máxima cominadas ao tipo penal, o que se mostra adequado para a reprovação e prevenção do crime. Merece adequação a pena-base exasperada acima da quantidade que se adotaria em caso de aplicação do coeficiente

---

<sup>112</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20170810040714/DF**. Relator: Des. George Lopes, 30 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 30 de agosto de 2019.

<sup>113</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20170410083052/DF**. Relator: Des. George Lopes, 08 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 26 de agosto de 2019.

<sup>114</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20181510043282/DF**. Relator: Des. Carlos Pires Soares Neto, 15 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 27 de agosto de 2019.

<sup>115</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20170710065623/DF**. Relator: Des. Nilsoni de Freitas Custódio, 22 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 27 de agosto de 2019.



imaginário supracitado sem que houvesse motivação que justificasse”.<sup>116</sup>;

“Decorre da aplicação do critério subjetivo-objetivo, adotado pela jurisprudência pátria, o acréscimo relativo a 1/8 (um oitavo) à quantidade de meses obtidos entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao crime, para cada circunstância judicial valorada negativamente na fixação da pena-base.”<sup>117</sup>.

Noutro sentido é o entendimento da 2ª Turma Criminal. Para os membros desse colegiado, para cada circunstância judicial valorada negativamente, deve-se incidir a fração de um sexto sobre o valor da pena mínima constante do tipo penal, método esse acatado pelo Superior Tribunal de Justiça à época em análise. Do mesmo modo, a fim de explicitar tal cenário jurisprudencial, serão citados trechos de três acórdãos proferidos por esse órgão fracionário (1190688; 1192698 e 1196200).

São eles: “O colendo Superior Tribunal de Justiça passou a considerar proporcional a fração de 1/6 (um sexto) de aumento, a partir da pena mínima em abstrato, salvo se houver fundamento para a elevação em fração superior.”<sup>118</sup>; “Em julgados recentes, o colendo Superior Tribunal de Justiça passou a considerar proporcional a fração de 1/6 (um sexto) para a exasperação, a partir da pena mínima em abstrato, salvo se houver fundamento para a elevação em fração superior.”<sup>119</sup>. Por fim:

“Segundo entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, considera-se proporcional a fração de 1/6 (um sexto) de aumento, a partir da pena mínima em abstrato, para exasperação da reprimenda na primeira e na segunda etapa da dosimetria, salvo se

---

<sup>116</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20170710065623/DF**. Relator: Des. Demetrius Gomes Cavalcanti, 01 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 06 de agosto de 2019.

<sup>117</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20161010035048/DF**. Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 15 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 23 de agosto de 2019.

<sup>118</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20180110293093/DF**. Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos, 01 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 07 de agosto de 2019.

<sup>119</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20170310120454/DF**. Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos, 08 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 14 de agosto de 2019

houver fundamento para a elevação em fração superior, sendo recomendável observá-la.”<sup>120</sup>

Nesse contexto, pode-se inferir que, dentro de um mesmo tribunal, não há segurança jurídica para o jurisdicionado, isso porque o método adotado pelas 1ª e 3ª Turmas (critério de um oitavo) e o parâmetro utilizado pela 2ª Turma (critério de um sexto) não têm a mesma base de cálculo. A propósito, oportuno destacar os acórdãos de números 1196200<sup>121</sup>, julgado pela 2ª Turma Criminal e 1196242<sup>122</sup>, julgado pela 3ª Turma Criminal. O intrigante é que ambos foram julgados no mesmo dia, 22 de agosto de 2019; cada órgão adotando aquele método que compreende como mais adequado, demonstrando o referido cenário de insegurança jurídica.

Nessa perspectiva, por questões matemáticas, o agente que tenha praticado um crime e que haja a avaliação negativa de uma circunstância judicial, a depender de para qual turma tenha seu recurso distribuído, pode ter um resultado mais benéfico. Frise-se, apenas com base na distribuição processual, o que pode ser comparado, *mutatis mutandis*, a um jogo de azar. Gilmar Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal, corrobora esse pensamento.

O ministro declarou que a situação de insegurança jurídica pode ser comparada a um “pandemônio” e à “loteria”. Justificou seu ponto de vista: “a depender do juiz, do desembargador ou do ministro a quem venha a ser distribuída a impetração, o resultado da prestação jurisdicional será diferente.”. O ministro do STJ Rogério Schietti corroborou o posicionamento de Gilmar Mendes, acrescentando que o cenário de insegurança jurídica reflete em falta de isonomia aos jurisdicionados, uma vez que

---

<sup>120</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20150111015480/DF**. Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos, 22 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 28 de agosto de 2019

<sup>121</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20150111015480/DF**. Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos, 22 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 28 de agosto de 2019

<sup>122</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20180110369514/DF**. Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 22 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 29 de agosto de 2019.

podem receber prestações jurisdicionais distintas por força da distribuição de seus processos.<sup>123</sup>

Ilustrando a relevância de se ter segurança jurídica, como muito bem indicado pelos ministros, tome-se como exemplo o crime de homicídio simples, previsto no artigo 121, caput do Código Penal. Esse delito tem como pena mínima 6 anos de reclusão e como punição máxima 20 anos de reclusão.<sup>124</sup> Assim, aplicando-se o primeiro método, deve-se extrair o intervalo entre 20 anos e 6 anos, ou seja, 14 anos. Sobre esse resultado (14 anos) incidirá a fração de um oitavo (em razão de serem oito as circunstâncias do artigo 59 do CP). Dividindo catorze por oito, chega-se ao quociente de 1 ano e 9 meses, que será acrescido à pena de seis anos.

Aplicando o procedimento diverso ao crime de homicídio, tem-se que a fração de um sexto irá incidir sobre a pena mínima cominada ao delito, qual seja, 6 anos. Dessa forma, dividindo-se seis anos por seis, obtém-se o quociente de 1 ano. Ou seja, nesse caso, há diferença de nove meses apenas pela aplicação de um critério a outro. Da análise dos referidos julgados, pode-se influir que a praxe é a adoção de tais critérios matemáticos, que para além de não conferirem segurança jurídica ao jurisdicionado, vão de encontro ao princípio da individualização da pena.

Isso porque ao aplicar indistintamente critérios meramente matemáticos, os órgãos julgadores deixam de analisar, com cautela e isoladamente, as peculiaridades de cada caso concreto e de cada agente. Ficando presos a critérios pré-definidos como esses, deixa-se de lado a intenção do legislador em promover a discricionariedade ao juiz de valorar cada circunstância do artigo 59 com vistas a garantir a prevenção e a retribuição do crime, como já abordado nesse trabalho.

Há que se ressaltar que ao não se ater à individualização da pena, ambas as finalidades almejadas com a sanção criminal, nos moldes da teoria mista dos fins da pena, podem restar prejudicadas. Ora, um indivíduo não é igual a outro para terem,

---

<sup>123</sup> **FOLHA DE SÃO PAULO.** São Paulo, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/07/gilmar-mendes-e-ministro-rogerio-schiatti-do-stj-discutem-habeas-corpus-em-live.shtml>. Acesso em: 21 jul. 2020.

<sup>124</sup> BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

indistintamente, o mesmo critério matemático para valoração das circunstâncias judiciais. Dessa forma, como garantir que a sanção será adequada tanto ao objetivo de retribuição quanto para o objetivo de prevenção de futuros crimes, se não se pode afirmar que essa punição foi fixada unicamente para aquele apenado?

Por esse motivo, entende-se como mais acertado o posicionamento seguido pelo Supremo Tribunal Federal, em seus informativos de jurisprudência números 719<sup>125</sup> e 721<sup>126</sup>; também adotado pelo doutrinador Enio Rossetto<sup>127</sup>. Sob essa perspectiva, não é adequado lançar mão de fórmulas matemáticas para mensurar o comportamento humano. Assim, a cada magistrado, desde que atendendo ao requisito de fundamentar sua decisão, é dada a discricionariedade de sopesar como melhor entender cada uma dessas peculiaridades. Razão pela qual aos tribunais, em grau de recurso, caberia a reforma de decisões teratológicas e manifestamente arbitrárias.

Como visto, era essa a intenção de Hungria e da Reforma da Parte Geral de 1984 que positivou o sistema trifásico de dosimetria da pena. Eis o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes e arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.”<sup>128</sup>

Nesse mesmo sentido, com acerto, Rossetto preceitua:

“o juiz é livre na fixação da pena-base não podendo ultrapassar o máximo em abstrato. A discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. Por isso, o juiz tem obrigação de motivar o

---

<sup>125</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 718. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo719.htm>. Acesso em: 17 ago. 2020.

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 721. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo721.htm>. Acesso em: 17 ago. 2020.

<sup>127</sup> ROSSETTO, Enio. **Teoria e aplicação da pena**, São Paulo: Atlas, 2014

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC no 117.024-MS* Primeira Turma. Relator: ministra Rosa Weber. Brasília, 10, setembro, de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur242776/false>.

exercício do poder discricionário que lhe foi conferido. É mister que o julgador deixe dito como e por que chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença; como e por que reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e por que segue este caminho ou o outro distinto.”<sup>129</sup>

Guilherme Nucci, de maneira ilustre, invoca a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal a fim de atestar que o modelo de aplicação da pena de Hungria tem como pressuposto que o juiz exerça sua discricionariedade ao se deparar com o caso concreto: a sentença deve ser motivada.

“Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do livre convencimento, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou demais vícios de julgamento.”<sup>130</sup>

Oportuno é fazer referência à análise crítica feita por Roig<sup>131</sup> à dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no País. O autor aponta que o Código Penal de 1940 rompeu com o “predicado aritmético de quantificação da pena privativa de liberdade” da codificação precedente. Para embasar seu argumento, faz menção à Exposição de Motivos do Código Penal, que estabelece que o código de 1940 trouxe extenso arbítrio ao julgador na “identificação ético-social visando o ajustamento das medidas de reação e defesa social ao indivíduo”. Consta da Exposição:

“o projeto assume um sentido marcadamente individualizador. O juiz, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas suas circunstâncias objetivas e consequências, mas também o delinquente, a sua personalidade, seus antecedentes (...)”<sup>132</sup>.

---

<sup>129</sup> ROSSETTO, Enio. **Teoria e aplicação da pena**, São Paulo: Atlas, 2014

<sup>130</sup> NUCCI, G. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

<sup>131</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica**. 2015. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.117.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.14.PDF) . Acesso em: 23 ago. 2020.

<sup>132</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica**. 2015. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.117.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.14.PDF) . Acesso em: 23 ago. 2020.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, entende-se que, em observância ao princípio da individualização da pena, da segurança jurídica e bem como à essência do sistema trifásico de Hungria para dosar a pena, dever-se-ia abandonar a prática de usar indistintamente critérios matemáticos para valorar o comportamento humano. Isso com o escopo maior de alcançar as finalidades estabelecidas no Código Penal: prevenção e retribuição do crime, tanto em seus aspectos geral e especial, quanto em suas facetas negativa e positiva.

Destarte, aos julgadores cabe o exercício de um atencioso juízo de valor sobre a dinâmica fática e sobre o agente enquanto pessoa, tendo em vista que situações que, embora se assemelhem, podem demandar valorações punitivas distintas. É por esse motivo que é salutar individualizar a pena do indivíduo, tornando-a suficiente e necessária tanto à repreensão do fato praticado quanto ao cometimento de novos crimes.

Ainda que não se extinga, de vez, o hábito de empregar critérios aritméticos, sustenta-se que, por força do princípio do favor rei, ao menos, o órgão julgador utilize aquele que for mais favorável ao réu. Essa medida se prestaria a evitar que o condenado, enquanto parte mais frágil no processo penal, suporte uma maior reprimenda como consequência unicamente da distribuição processual. Em suma, o que não se pode aceitar é que o sistema recursal se assemelhe a uma loteria, como bem indicado pelos ministros Gilmar Mendes e Rogério Schietti.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 250.
- BOSCO, Gian. **Direitos humanos e a humanização das penas**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52045/direitos-humanos-e-a-humanizacao-das-penas> . Acesso em: 19 jun. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) . Acesso em: 1 ago. 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Decreto Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*, 1942. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 27 novembro 2019
- BRASIL, *Lei de Execuções Penais, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm) . Acesso em: 22 jun. 2020
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 718. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo719.htm> . Acesso em: 17 ago. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20150111015480/DF**. Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos, 22 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 28 de agosto de 2019
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20180110369514/DF**. Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 22 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 29 de agosto de 2019
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20170810040714/DF**. Relator: Des. George Lopes, 30 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 30 de agosto de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20170410083052/DF**. Relator: Des. George Lopes, 08 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 26 de agosto de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20181510043282/DF**. Relator: Des. Carlos Pires Soares Neto, 15 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 27 de agosto de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20170710065623/DF**. Relator: Des. Demetrius Gomes Cavalcanti, 01 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 06 de agosto de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20161010035048/DF**. Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 15 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 23 de agosto de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20180110293093/DF**. Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos, 01 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 07 de agosto de 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20170310120454/DF**. Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos, 08 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 14 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 14 de agosto de 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20150111015480/DF**. Relator: Des. Silvanio Barbosa dos Santos, 22 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 28 de agosto de 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (3. Turma Criminal). **Apelação Criminal 20180110369514/DF**. Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, 22 de agosto de 2019. Lex: Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Data de Publicação: DJe 29 de agosto de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus. HC-255.231/MG**. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo –DPSP. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurelio Bellizze. Brasília, 26, de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23070276/habeas-corpus-hc-255231-mg-2012-0202363-3-stj/inteiro-teor-23070277> . Acesso em: 22 jun. 2020



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 718. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo719.htm> . Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 721. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo721.htm> . Acesso em: 17 ago. 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, v. 3, 3. ed, São Paulo: Forense, 1967.

DIETER, Maurício Stegemann. **Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs**. 2008. Disponível em: <http://criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=525>. Acesso em: 02 set. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

ITO, Marina. **Lei é a forma como povo expressa sua vontade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-16/lei-forma-povo-expressa-vontade-antonin-scalia#:~:text=A%20democracia%20s%C3%B3%20%C3%A9%20poss%C3%ADvel,leis%20e%20n%C3%A3o%20por%20ju%C3%ADzes.&text=Segundo%20o%20ministro%20C%20a%20distin%C3%A7%C3%A3o,das%20normas%20n%C3%A3o%20C%3%A9%20novidade> .. Acesso em: 02 ago. 2020.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Parte Geral. 21.ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

JORGE, Mario Helton. **A quantificação da pena em face das circunstâncias**. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5095/a-quantificacao-da-pena-em-face-das-circunstancias> . Acesso em: 26 jun. 2020.

LEITE, Gisele. **Breve relato sobre a história da Criminologia**. 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/breve-relato-sobre-a-historia-da-criminologia/> . Acesso em: 23 jun. 2020.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v. 2. Campinas: Bookseller, 1997.

MENEZES, Rodolfo. **A teoria do delito e o significado da ação**. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-teoria-do-delito-e-o-significado-da-acao/> . Acesso em: 24 jun. 2019.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, v. 1, 31. ed, São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, G. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** – 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

NUCCI, G. **Individualização da pena**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 189

NUCCI, G. **O Princípio Constitucional da Individualização da Pena e sua aplicação concreta pelo Supremo Tribunal Federal no caso Mensalão**. 2014. Disponível em: <https://www.guilhermenucci.com.br/sem-categoria/o-principio->

[constitucional-da-individualizacao-da-pena-e-sua-aplicacao-concreta-pelo-supremo-tribunal-federal-caso-mensalao](#) . Acesso em: 22 jun. 2020

PIETRO, Maria Sylvia di. **O STJ e o princípio da segurança jurídica**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica> . Acesso em: 02 ago. 2019.

PRADO, Luiz Regis. et al. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 428BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus**. HC-255.231/MG. Quinta Turma. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo –DPSP. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurelio Bellizze. Brasília, 26, de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23070276/habeas-corpus-hc-255231-mg-2012-0202363-3-stj/inteiro-teor-23070277> . Acesso em: 22 jun. 2020

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. **O homem delinquente de Cesare Lombroso**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4314, 24 abr. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32773> . Acesso em: 22 jun. 2020.

RODRIGUES, Ticiano. **A atuação do legislador**. 2010. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5709/A-atuacao-do-legislador> . Acesso em: 23 jun. 2020

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica**. 2015. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RBCCrim\\_n.117.14.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.14.PDF) . Acesso em: 23 ago. 2020.

ROMANO, Rogério. **PROGRESSÃO E REGRESSÃO DE REGIME DA PENA DIANTE DE PROPOSTA APRESENTADA**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69982/progressao-e-regressao-de-regime-da-pena-diante-de-proposta-apresentada> . Acesso em: 24 jun. 2020

ROSSETTO, E. **Teoria e aplicação da pena**, São Paulo: Atlas, 2014

SANCHES, Rogério. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/12/05/teses-stj-sobre-aplicacao-da-pena-circunstancias-judiciais-1a-parte/> . Acesso em: 27 nov. 2019

SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória** – Teoria e Prática. 8. Ed. Salvador: Juspodvum, 2013, p. 133

SILVA, Marcos Antonio Duarte. **A política da pena mínima: um padrão no cenário nacional**. 2018. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito->

penal/3962/a-politica-pena-minima-padrao-cenario-nacional. Acesso em: 24 jun. 2020.

VILARINS, J. Política Criminal e a Função Social da Pena, jul. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/politica-criminal-e-a-funcao-social-da-pena/> . Acesso em: 23 jun. 2020.

ZAMATARO, Yves. **Do cabimento do perdão judicial em caso de homicídio culposo decorrente de acidente de trânsito**. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/206982/do-cabimento-do-perdao-judicial-em-caso-de-homicidio-culposo-decorrente-de-acidente-de-transito>. Acesso em: 24 set. 2020

VIANI, S. **Técnica de aplicação da pena**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007