

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho, apesar de não ser novidade no mundo acadêmico jurídico, ainda é objeto de muitas discussões e pesquisas, principalmente por se tratar de assunto extremamente complexo, tendo em vista a subjetividade e a discricionariedade que o envolvem.

Constantemente se encontram erros na dosimetria da pena, especialmente na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, no momento da primeira fase da aplicação da pena.

A escolha do tema veio da vontade de incrementar os estudos na área do Direito Penal, mais especificamente com relação à individualização da pena. Um interesse maior sobre o tema surgiu principalmente depois dos conhecimentos adquiridos a partir da monografia realizada na graduação, a qual teve como tema: A Política Criminal Brasileira sob a ótica da Criminologia Crítica.

O objetivo deste trabalho consiste em analisar exaustivamente cada circunstância judicial da primeira fase da dosimetria da pena, e observar qual é a correta maneira de aplicá-las favoravelmente ou desfavoravelmente ao réu. O desenvolvimento do tema será realizado em três capítulos.

Inicialmente serão relatadas as teorias da pena, seus aspectos gerais, e as principais classificações que a doutrina desenvolveu a respeito dos fundamentos e dos diferentes fins da pena.

Em seguida, o próximo capítulo tratará do princípio da individualização da pena, seu conceito e importância, e dos princípios que se correlacionam com

este, a fim de verificar em quais bases estão instaladas as estruturas da aplicação da pena, e qual a direção que deve ser tomada para sua concretização de acordo com as garantias individuais conquistadas no Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo será finalmente estudada a dosimetria da pena em seus aspectos gerais, conceito dos métodos bifásico e trifásico, conceito de pena-base, para então começar uma profunda análise das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, que constitui a primeira fase da aplicação da pena, e é o principal objeto de estudo do presente trabalho.

As oito circunstâncias judiciais desta primeira fase da dosimetria da pena serão exaustivamente estudadas, a fim de entender qual é a maneira correta de aplicá-las ao caso concreto, e assim talvez poder contribuir de alguma forma para a realização da legítima individualização da pena.

Derradeiramente, no capítulo quinto, serão apresentadas as considerações finais a respeito do conhecimento adquirido com a elaboração desta monografia.

2. TEORIAS DA PENA

2.1 Aspectos gerais

Primeiramente é necessário esclarecer para que serve a pena, qual a sua finalidade. Para a doutrina tradicional a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa.¹

Ao se tratar sobre os fins da pena, sempre houve discussão dentro do Direito Penal, principalmente por ser este assunto a própria alma que dá vida a esta área do Direito, legitimando-o como última *ratio*.

Para Gilberto Ferreira “a pena é a consequência jurídica – o mal que se impõe, que implica a diminuição de bens jurídicos, ao autor imputável de fatos descritos na lei como crimes.”²

Juarez Cirino afirma que a política penal realizada pelo Direito Penal é legitimada pela teoria da pena, mas esclarece que as funções declaradas ou manifestas da pena criminal constituem o discurso oficial da teoria jurídica da pena, enquanto que as funções reais ou latentes da pena constituem o objeto de pesquisa da teoria criminológica da pena.³

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 66.

² FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 4.

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial**. Curitiba: Lúmen Júris, 2005. P. 2-3.

2.2 Teoria retributiva

Ao se falar de teoria retributiva da pena, deve-se ter primeiramente a idéia de vingança. É a retribuição do mal causado pelo criminoso, com um outro mal, nitidamente a realização de uma vingança. Esta teoria é a mais antiga função da pena, e também pode ser considerada como a mais conhecida.

Também chamada de teoria absoluta, pois o fundamento da punição é exclusivamente moral e ético, a pena é caracterizada somente pela retribuição, o mal pelo mal.⁴

Essa teoria teve entre seus principais adeptos e defensores, dois autores que se destacaram como seus maiores representantes: Kant e Hegel, que também eram expressivos intelectuais do idealismo alemão.⁵

Bitencourt explica que de acordo com as reflexões kantianas, quem não cumpre as disposições legais não é digno do direito de cidadania, e assim, dentro dessa filosofia, a pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei.⁶

Cirino afirma que para Hegel “o crime é definido como negação do direito e a pena é uma negação da negação e, portanto, uma reafirmação do direito.”⁷

⁴ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 25.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 66.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*. p. 70-71.

⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial**. Curitiba: Lúmen Júris, 2005. P. 5.

Em linhas gerais, a principal crítica jurídica formulada contra a idéia retribucionista é a de que, por esta defender a pena dissociada de um fim, não pode prevalecer diante de um Estado Democrático de Direito que busca a tutela dos bens jurídicos.⁸

2.3 Teoria da prevenção geral

Essa teoria é considerada como uma das teorias relativas da pena, que defendem a pena como um meio, e não como um fim, como defende a doutrina retribucionista.⁹

A função de prevenção geral atribuída à pena criminal igualmente tem por objetivo evitar crimes futuros mediante uma forma negativa antiga e uma positiva pós-moderna.¹⁰

A prevenção geral fundamenta-se em duas idéias básicas: a idéia da intimidação ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem, para que a ameaça da pena produza no individuo uma espécie de motivação para não cometer delitos.¹¹

Tristão explica que a prevenção geral positiva da pena é “a forma pela qual a aplicação da sanção demonstra que o ordenamento jurídico imposto pela

⁸ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal – Prática de aplicação de pena e medida de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 14.

⁹ TRISTÃO, Adalto Dias. *Ibidem*. p. 15.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial**. Curitiba: Lúmen Júris, 2005. P. 9.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 77.

sociedade está em pleno vigor”, e por sua vez a prevenção geral negativa é “o meio pelo qual a pena aparece no inconsciente coletivo, causando um temor aos que pensarem em cometer delitos.”¹²

Porém, diversas críticas envolvem essa teoria, segundo Cezar Roberto Bitencourt:

A teoria em exame não demonstrou os efeitos preventivos gerais proclamados. É possível aceitar que o homem médio em situações normais seja influenciado pela ameaça da pena. Mesmo assim, a experiência confirma, isso não acontece em todos os casos, estando aí, como exemplos, os delinqüentes profissionais, os habituais ou os impulsivos ocasionais.¹³

Neste diapasão, Cirino comenta que a crítica jurídica que reside na prevenção geral negativa destaca a ineficácia inibidora de comportamentos anti-sociais da ameaça penal, e indica a inutilidade das cruéis penas corporais medievais e das nocivas penas privativas de liberdade do Direito Penal moderno.¹⁴

2.4 Teoria da prevenção especial

Esta teoria também é conhecida como uma teoria relativa da pena, e é destinada ao delinqüente, buscando evitar sua reincidência no mundo do crime.

¹² TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal – Prática de aplicação de pena e medida de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 15.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 77-78.

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial**. Curitiba: Lúmen Júris, 2005. P. 9.

Assim como na prevenção geral, na prevenção especial também existem duas espécies, a positiva e a negativa.¹⁵

A prevenção especial positiva vem com a finalidade de ressocializar o criminoso, para que sua moral seja reestruturada, ou para tratar o indivíduo que possui certa tendência a cometer delitos.¹⁶

Por sua vez, a teoria especial negativa segue duas linhas: a exclusão do apenado para segurança da sociedade; e a intimidação do criminoso em proporção suficientemente necessária para que ele não volte a cometer um novo delito.¹⁷

Bitencourt explica que nesta teoria, a busca não é pela intimidação do grupo social e nem pela retribuição do fato praticado, mas tão somente visa aqueles indivíduos que já delinqüiram para fazer com que não voltem a transgredir as normas jurídico-penais.¹⁸

Da mesma forma como ocorre na prevenção geral, na prevenção especial surgem diversas discussões doutrinárias, porém alguns méritos devem ser reconhecidos¹⁹, explica Bitencourt:

(...) também é uma forma de prevenção o evitar que quem delinqüiu volte a fazê-lo novamente, e nisto consiste a função preventivo-especial e, de certa forma, a do Direito Penal em seu conjunto. Ao mesmo tempo que com a execução da pena se cumprem os objetivos da prevenção geral, isto é, de intimidação, com a pena privativa de liberdade busca-se a chamada ressocialização do delinqüente.²⁰

¹⁵ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal – Prática de aplicação de pena e medida de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 15.

¹⁶ TRISTÃO, Adalto Dias. *Ibidem*. p. 16.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 81.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*. p. 82.

²⁰ *Idem*.

Cirino explica que a função de prevenção especial da pena, é atribuição legal dos sujeitos da aplicação e da execução penal. Primeiramente é definido pelo juiz no momento de aplicação da pena, através da sentença criminal individualizada, e após isso, num segundo momento, é realizado pelos técnicos da execução da pena criminal.²¹

Nessa esteira, a função da prevenção especial da pena ocorreria em duas dimensões simultâneas: a prevenção especial negativa de segurança social através da neutralização do criminoso, realizada pela sua permanência preso, e assim incapacitado para cometer novos crimes contra a sociedade; e ao mesmo tempo a prevenção especial positiva de ressocialização do criminoso, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos e assistentes sociais, durante a execução da pena.²²

A crítica que reside nessa teoria é pela falta de humanidade contida no fim proposto à pena, o que poderia vir a causar freqüentes desproporções entre o fato cometido e a pena imposta. Uma situação que não poderia predominar em um Estado Democrático, possuidor de garantias penais.²³

2.5 Teoria mista

²¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial**. Curitiba: Lúmen Júris, 2005. P. 6-7.

²² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ibidem*. p. 7.

²³ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal – Prática de aplicação de pena e medida de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 16.

A teoria chamada de mista, obviamente como o próprio nome já diz, funde os conceitos das outras duas teorias, com o objetivo de unificar os fins da pena.

Ferreira sintetiza essa teoria explicando que é um meio termo entre as teorias absolutas e as teorias relativas, e seu conceito defende que a pena possui duas razões: a retribuição, manifestada através do castigo; e a prevenção, como instrumento de defesa da sociedade.²⁴

Bitencourt resume essa teoria ao afirmar que a teoria unificadora aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado.²⁵

Adalto Dias Tristão aponta que a crítica maior a essa teoria é a instabilidade que causa aos operadores do direito e aos legisladores, tendo em vista que deverão sopesar, nas sanções de cada caso concreto, os fins que deverão prevalecer nesta.²⁶

Porém, a teoria mista foi realizada com o objetivo de superar as deficiências individuais de cada teoria, mediante uma fusão das funções de cada uma das duas anteriores, atualmente predominando na legislação, na jurisprudência e na literatura penal ocidental.²⁷

A partir da análise detalhada do ordenamento jurídico pátrio, fica evidente a escolha da teoria mista, pelo legislador.

²⁴ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 29.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 83.

²⁶ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal – Prática de aplicação de pena e medida de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 16.

²⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial**. Curitiba: Lúmen Júris, 2005. P. 12.

A função da pena, da retribuição, bem como a função da pena da prevenção, estão expressadas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, através das circunstâncias judiciais ali elencadas. Enquanto que a busca pela ressocialização do infrator fica demonstrada pelos artigos primeiro e vinte e dois da LEP – Lei de Execuções Penais.²⁸

Atualmente, a pena só se justifica se tiver por objetivo evitar o cometimento de novos crimes, ressocializando o criminoso. Não tem mais sentido simplesmente punir por punir, apenas para retribuir o mal pelo mal, por um sentimento de vingança, pois isso não leva a nada. Não constrói, pelo contrário, é fonte geradora de nova vingança, formando um círculo vicioso. Porém, apesar de tudo isso, a pena ainda é necessária para que a ordem jurídica seja respeitada, para evitar a reincidência e ressocializar o criminoso.²⁹

²⁸ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal – Prática de aplicação de pena e medida de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. P. 17.

²⁹ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 30.

3. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

3.1 Conceito e importância

O arbítrio judicial, na Idade Média, imposto por exigências políticas tirânicas, era produto de um regime penal que não estabelecia limites para determinar as sanções penais. Se a natureza humana fosse diferente do que é, talvez esse fosse o sistema mais conforme à idéia retribucionista, isto é, à justa e rigorosa adequação da pena ao crime e ao delinqüente. Todavia, a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão exigem, com formato e nitidez precisas, a definição de delitos e a determinação das respectivas punições.³⁰

O Direito Penal moderno reagindo ao arbítrio judicial dos tempos medievais adotou a pena fixa, que representava o “mal justo” na medida precisa do “mal injusto” que havia sido praticado pelo criminoso. O demasiado poder dos juízes desempenhado arbitrariamente, em detrimento da Justiça e a serviço da tirania medieval, foi um dos maiores males do Direito Penal anterior ao Iluminismo.³¹

Partindo do pressuposto de que cada ser humano é único e possui sua personalidade individual, torna-se imprescindível individualizar a pena que será

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 512

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 660.

imposta ao autor de uma conduta delituosa. A padronização das penas deve ser evitada pelo julgador, pois generalizar uma punição seria torná-la injusta e inadequada para cada caso concreto.

O princípio da individualização da pena é um princípio constitucional, que tem a finalidade de não generalizar a aplicação das penas, para que sejam eficazes no sentido de prevenir que aquele indivíduo não venha a cometer novos crimes futuramente. Este princípio está expresso na Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XLVI, *in verbis*:

Artigo 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;³²

A individualização da pena tem a finalidade de escolher a “justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, (...)”³³ Portanto cada pena deve ser calculada especificamente para se ajustar ao autor de determinado crime, para que assim seja atendida a sua finalidade, qual seja a recuperação social do apenado.

Nada é igual na natureza, cada ser é único. Todos são diferentes na sua individualidade, principalmente o homem. Por isso não seria justo dispensar o mesmo tratamento igualitário para pessoas que não são iguais. É necessário

³² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 28/10/2010.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 34.

interpretar o princípio constitucional da igualdade segundo seu verdadeiro sentido. É um grande equívoco considerar como iguais o rico e o pobre, o instruído e o analfabeto, pois são enormemente diferentes entre si.³⁴

Para cada tipo de crime haverá uma pena justa, única e exclusiva, na medida para reprimir tal conduta e prevenir uma nova. Da mesma forma como as pessoas não são iguais, os crimes praticados também não são. Por conta disso surgiu a idéia de que a pena deveria ser individualizada, ou seja, “individual, para cada individuo, conforme merecer.”³⁵

A individualização da pena ocorre em três momentos distintos. Portanto é possível afirmar que a pena seria primeiramente individualizada, no momento de sua elaboração pelo legislador, posteriormente, no momento da aplicação da pena pelo magistrado e, por último, no tempo da execução penal.³⁶

Esses três níveis da individualização da pena, explicando de forma mais detalhada, ocorrem da seguinte maneira:

- a) legislativo, quando o legislador estabelece os limites máximo e mínimo da pena e fixa outras regras às quais o juiz deve obedecer;
- b) judicial, quando o juiz, atento às circunstâncias do crime, do agente e da vítima, fixa a pena cabível que melhor retribua e previna o crime; e,
- c) executório, quando a execução da pena se faz segundo critérios jurídico-administrativos, pelo juiz da execução e com auxílio do pessoal penitenciário.³⁷

Tristão explica que a “fase judicial da individualização da pena é aquela feita pelo magistrado.” E que ele “usará como base o artigo 59 do Código Penal

³⁴ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 49.

³⁵ *Idem*.

³⁶ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 44.

³⁷ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 49-50.

Brasileiro. Nesse sentido, ao examinar o contexto do caso, o juiz terá certa margem de discricionariedade, mas sempre estará vinculado à lei.”³⁸

Ao tratar do tema discricionariedade, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que:

fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.³⁹

Portanto, ao individualizar a pena, o juiz escolhe, depois de analisar os elementos que dizem respeito ao fato, ao agente e a vítima, a pena que seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Por isso a individualização a pena é uma técnica jurídica extremamente importante, pois é um momento o qual o juiz é obrigado a meditar profundamente a respeito de todas as circunstâncias que envolvem o fato.⁴⁰

Por fim, mesmo reconhecendo que o poder discricionário do juiz seja considerável, a tarefa de individualizar acaba ficando vinculada a certos parâmetros estabelecidos pela lei, dos quais não se pode fugir, desde a fixação da pena-base até chegar a pena definitiva.⁴¹

3.2 Correlação com os demais princípios

³⁸ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 44-45.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 401.

⁴⁰ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 50.

⁴¹ FERREIRA, Gilberto. *Ibidem*. p. 53.

O princípio da individualização da pena, assim como os princípios que serão estudados nas próximas páginas deste trabalho, são considerados princípios limitadores da função punitiva do Estado, ou mesmo do poder punitivo estatal.

Tais princípios podem ser chamados de princípios constitucionais fundamentais garantidores do cidadão, pois são garantias do cidadão frente o poder punitivo do Estado e estão protegidos pela carta Magna de 1988, em seu artigo 5º.⁴²

Os ideais de igualdade e liberdade vindos do Iluminismo, trouxeram ao Direito Penal uma formato menos cruel do que o antes vigorava durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção do Estado na esfera individual das pessoas. “Muitos desses princípios limitadores passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direito fundamentais do cidadão.”⁴³

Este princípios, atualmente implícitos ou explícitos na Lei Magna, exercem a função de guiar o legislador ordinário, orientando-o para que adote um sistema de controle penal o qual respeite antes de tudo os direitos humanos.⁴⁴

3.2.1 Princípio da legalidade

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 40.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*.

Para que a individualização da pena ocorra de maneira legítima, torna-se indispensável a existência de uma pena prevista em lei, anterior ao fato criminoso, “bem como sejam previstos, expressamente, todos os critérios orientadores para a sua quantificação e execução.”⁴⁵

O princípio da legalidade é considerado a estrutura básica de todo o sistema penal, formando uma verdadeira limitação ao poder do Estado de intervir na esfera das liberdades individuais, pois “estabelece que nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem que tenham sido previamente determinados o tipo delitivo e a pena respectiva.”⁴⁶

Trata-se da “base estrutural do próprio Estado de Direito”, o princípio da legalidade “é também a pedra angular de todo Direito Penal que aspire à segurança jurídica”, pois “além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei.”⁴⁷

Alguns autores afirmam que o princípio da legalidade é o mesmo que o princípio da reserva legal, enquanto outros autores distinguem os dois princípios.

Para Luiz Regis Prado, a partir da Revolução Francesa o princípio da legalidade ou da reserva legal, passou a constituir “verdadeira pedra angular do Estado de Direito”, convertendo-se em “uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual.” O autor explica que o fundamento político do referido princípio se encontra principalmente na função garantidora da liberdade do

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 37.

⁴⁶ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 35.

⁴⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 67.

cidadão frente a intervenção arbitrária do Estado, através da “realização da certeza do direito”.⁴⁸

Segundo Guilherme de Souza Nucci, o princípio da legalidade em matéria penal, se equivale ao princípio da reserva legal, explicando que somente a lei penal “proporciona o nascimento da figura abstrata do crime, em sentido formal”, bem como o nascimento da pena.⁴⁹

Na opinião de Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da legalidade é o mesmo que o da reserva legal, e constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo do Estado. E apesar de ser um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos.⁵⁰ O autor afirma que “a lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.”⁵¹

Adalto Dias Tristão, por sua vez, afirma que o princípio da reserva legal está contido no princípio da legalidade, isto porque “princípio da reserva legal seria dizer que a legislação de matérias penais está legalmente reservada ao parlamento, portanto só ocorrerá por meio de lei ordinária e leis complementares.”⁵²

Nilo Batista afirma que, indubitavelmente, “a principal função do princípio da legalidade é a função constitutiva”, através da qual é estabelecida a

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 131.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 37.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 10.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 41.

⁵² TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 36.

“positividade jurídico-penal, com a criação do crime”. Muitas vezes não se observa que o princípio da legalidade não somente “exclui as penas ilegais (função de garantia)”, como também “constitui a pena legal (função constitutiva).”⁵³

3.2.2 Princípio da isonomia

Este princípio está disposto no *caput* do artigo 5º, da Carta Magna, e “estabelece que não há possibilidade de existirem leis discriminatórias, bem como reclama para sua completude a igualdade material, ou seja, igualdade por meio de lei.”⁵⁴

A natureza dos seres humanos se apresenta desigual, e por sua vez o direito deve tratá-los de maneira isonômica, prevendo nas normas, “quando possuírem os mesmos destinatários, critérios garantidores para cada um receber o que é seu, bem como, quando necessário, tratar desigualmente os desiguais.”

55

Guilherme de Souza Nucci explica que a “igualdade perante a lei”, é um princípio voltado ao legislador e ao aplicador do Direito, e determina ao primeiro a “construção de um sistema de normas viáveis de modo a garantir, no momento da aplicação”, que sejam respeitadas as “diferenças naturais existentes entre os

⁵³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 68.

⁵⁴ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 36.

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 40.

destinatários dessas normas”, e assim “viabilizando a concretização da isonomia.”⁵⁶

Boschi, por sua vez afirma que a “igualdade perante a lei” significa dizer que os materialmente desiguais devem sempre ser tratados de maneira igual formalmente, portanto pela lei. Entretanto, a “igualdade na lei” se traduz em “tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais”, e isso “é a máxima em que se assenta a justiça distributiva.”⁵⁷

Criar condições para que todos os cidadãos “tenham efetivamente os mesmos direitos, as mesmas garantias e as mesmas oportunidades de participar da construção da nação” é um dos maiores desafios dos países democráticos.⁵⁸

Na esfera penal “o legislador deve construir tipos penais incriminadores, valendo a todos os brasileiros”. No momento da aplicação da pena a isonomia tem a chance de ser efetivada. “Os réus são iguais perante a lei, mas tratados por esta desigualmente, quando em posição de desigualdade. É o campo da individualização da pena.”⁵⁹

Realizar seu trabalho no intuito de “atenuar as desigualdades sociais na aplicação da lei penal” é tarefa do magistrado, “empreendendo menor rigor a condutas desesperadas de pessoas economicamente desfavorecidas”, num contexto de delito patrimonial, por exemplo, “mas se mantendo em posição mais

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 52.

⁵⁸ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 36.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 40.

rígida” no momento em que enfrentar a “mesma conduta proveniente de pessoas financeiramente privilegiadas.”⁶⁰

É por isso que o princípio da igualdade necessita de uma interpretação que considera “as diferenças efetivamente existentes entre indivíduos – igualdade material, posto que não há mais espaço para ideologia jurídica que compreenda a isonomia em termos puramente formais e abstratos.”⁶¹

3.2.3 Princípio da proporcionalidade

Esse princípio se espalha por todas as áreas do Direito, mas assume importante papel na área criminal. “Proporcionalidade é o que se espera da aplicação harmônica dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais.”⁶²

Entende-se que esse princípio “nasceu como fundamento do Estado de Direito em que vivemos”, mas também é elementar aos princípios do devido processo legal, da dignidade humana e do próprio princípio do Estado de Direito.⁶³

O princípio da proporcionalidade adquire suma importância no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o “exercício do poder estatal está

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*. p. 41.

⁶¹ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 38.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 41.

⁶³ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 54.

limitado pela ordem jurídica, que, dessa forma impede que o Estado atue de forma arbitrária.”⁶⁴

No momento da elaboração de tipos penais incriminadores, o legislador deve “inspirar-se na proporcionalidade, sob pena de incidir em deslize grave”, violando preceitos constitucionais. O legislador criminal tem a função de estabelecer as penas, tomando como base a “proporcionalidade das sanções penais destinadas aos crimes praticados”.⁶⁵

Prado afirma que com relação à proporcionalidade entre os crimes e as punições, deve existir sempre uma “medida de justo equilíbrio” entre a gravidade do delito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. Em síntese, “a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito (...).”⁶⁶

Para que se concretize a aplicação da pena proporcionalmente adequada ao delito praticado, o Direito Penal se utiliza da culpabilidade, aqui não como fundamento da pena, mas como limite desta, para equilibrar a punição de acordo com a gravidade do crime cometido.⁶⁷

3.2.4 Princípio da responsabilidade pessoal e culpabilidade

⁶⁴ TRISTÃO, Adalto Dias. *Ibidem*. p. 55.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 42.

⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 141

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 56.

A individualização da pena tem por finalidade concretizar o “princípio de que a responsabilidade penal é sempre pessoal, jamais transcendendo a pessoa do criminoso.”⁶⁸

Guilherme de Souza Nucci afirma que “como decorrência da responsabilidade penal”, a doutrina aponta que, implicitamente, se encontra “previsto o princípio da culpabilidade”, que traz a idéia de que “não há crime sem dolo e sem culpa.”⁶⁹

Em primeiro lugar, o princípio da culpabilidade deve ser compreendido “como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva”, mas deve ser compreendido também como uma “exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável.”⁷⁰

Neste sentido, o princípio da culpabilidade decorre principalmente, da garantia conferida pela Carta Magna à “dignidade da pessoa humana, meta geral do Estado Democrático de Direito.” Nucci afirma que “preservando-se a esfera de intimidade do ser humano”, considerando-se ser o “Direito Penal a *ultima ratio*, devendo ser o instrumento punitivo utilizado quando outro se torne ineficaz ou

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*. p. 43.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 103.

inadequado” ao delito praticado, em regra não é possível admitir o “Direito Penal sem culpa.”⁷¹

Tristão explica que “do princípio da responsabilidade pessoal decorre o da individualização da pena.” A partir disso, “a pena deve ser proporcional à culpabilidade do autor e não deve exceder àquela que responde à necessidade reclamada pelo fato punível.”⁷²

Nilo Batista explica que “para além de simples laços subjetivos entre o autor e o resultado objetivo de sua conduta”, a reprovabilidade da conduta pode ser considerada o “núcleo da idéia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena.”⁷³

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, dentro da esfera do Direito Penal, atribui-se um triplo sentido ao conceito de culpabilidade.

Primeiramente, a culpabilidade como “fundamento da pena”, refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal.⁷⁴

Em segundo lugar, a culpabilidade como elemento da “determinação ou medição da pena”, funcionando não como fundamento da pena, mas como limite

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 44.

⁷² TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 44.

⁷³ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 103.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 14

desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade.⁷⁵

E, derradeiramente, em terceiro lugar, a culpabilidade, como conceito contrário à “responsabilidade objetiva” impedindo a atribuição desta. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver praticado com dolo e culpa.⁷⁶

Por fim, o princípio da culpabilidade, explica Guilherme de Souza Nucci, “inspira a caracterização do crime, fundamenta e limita a aplicação da pena”, atuando de maneira “sincronizada com os fins aos quais se vincula, isto é, o de que a pena é personalíssima, não podendo ultrapassar a pessoa do criminoso e a medida da reprovação social a qual ele merece.”⁷⁷

3.2.5 Princípio da humanidade

Trata-se de um princípio que exige da pena uma certa “racionalidade”, bem como uma certa “proporcionalidade”, aspectos estes que antes não eram vistos. O princípio da humanidade “está vinculado ao mesmo processo histórico de que se originaram os princípios da legalidade, da intervenção mínima e até mesmo” o “princípio da lesividade.”⁷⁸

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 44.

⁷⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 98-99.

O princípio da humanidade é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua, visando garantir a proteção da dignidade da pessoa humana no momento da aplicação das penas.⁷⁹

A Carta Magna adotou o princípio da humanidade das penas, com a finalidade de pautar-se pela benevolência na aplicação das sanções penais, ao se utilizar das regras do Direito Penal, buscando assim o bem-estar de todos na comunidade, inclusive dos condenados, que não merecem ser excluídos somente porque delinqüiram, observando-se a finalidade da ressocialização da pena.⁸⁰

“É decorrência lógica e imediata do princípio maior da dignidade da pessoa humana”, diz Adalto Dias Tristão. Dentro de um “Estado Democrático de Direito vedam-se a criação, aplicação e execução de penas, bem como de toda e qualquer medida que atente contra a dignidade da pessoa humana.”⁸¹

O princípio da humanidade está vinculado à individualização da pena, particularmente no tocante “à individualização executória da sanção penal”, cabendo “ao juiz da execução penal zelar para se fazer cumprir a pena” de maneira humanizada, “podando os excessos causados pelas indevidas medidas tomadas” por agentes administradores dos presídios.⁸²

Este princípio constitui uma diretriz que garante uma ordem material e restritiva da lei penal, “uma verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal,

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 15.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 40.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 45.

relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade.”⁸³

⁸³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 143.

4 DOSIMETRIA DA PENA

4.1 Aspectos gerais

Levando-se em consideração os princípios relacionados à aplicação da pena, os quais asseguram a sua “individualização, proporcionalidade, limitação, responsabilidade pessoal do agente e culpabilidade, a dosimetria da pena constitui” “uma das principais dificuldades da sentença criminal.”⁸⁴

“O principal efeito da sentença condenatória é a imposição de uma pena”, porém o magistrado não pode escolhê-la livremente, de acordo com a sua vontade. O ordenamento jurídico impõe regras, parâmetros e princípios que devem ser observados no momento de dosar a pena, e é aqui que reside o problema da particular complexidade da sentença penal.⁸⁵

Os juízes, principalmente os de primeiro grau, possuem uma “enorme discricionariedade na fixação da pena para o condenado”, porém ela não é livre, mas sim “juridicamente vinculada”, tendo em vista estar atrelada às balizas impostas pelos diferentes fatores legais que determinam o *quantum* punitivo e às finalidades da pena.⁸⁶

⁸⁴ JANSEN, Euler. **Manual de Sentença Criminal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 67.

⁸⁵ JANSEN, Euler. *Ibidem*. p. 70.

⁸⁶ JANSEN, Euler. *Ibidem*. p. 77.

Portanto, além de estar obrigado a fundamentar minuciosamente a sentença, o juiz ainda está na obrigação de esclarecer como chegou a determinada pena, justificando a quantidade aplicada.⁸⁷

Nos casos em que houver condenação em mais de um crime, deve o magistrado esclarecer a pena que foi aplicada a cada um deles. Da mesma maneira, se em um mesmo processo houver mais de um réu, deve o juiz obrigatoriamente fazer a individualização da pena fixada para cada um deles.⁸⁸

Tristão afirma que fazer o relatório e a motivação da sentença não são tarefas das mais difíceis, o problema aqui, por se tratar de uma questão extremamente complexa, é fazer a dosimetria da pena.⁸⁹

4.2 Métodos bifásico e trifásico

Existem dois métodos que são utilizados para a fixação da pena. O método bifásico, divulgado por Roberto Lyra, com a operação em duas etapas, e o método trifásico, que é o adotado expressamente pelo Código Penal Brasileiro, conforme seu artigo 68, e divulgado por Nelson Hungria.⁹⁰

Segundo Roberto Lyra, as circunstâncias atenuantes e agravantes merecem ser analisadas em conjunto com as circunstâncias do artigo 59 do

⁸⁷ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 69.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ TRISTÃO, Adalto Dias. *Ibidem*, p. 120.

Código Penal, para a fixação da pena-base. E somente após, o juiz aplicará as causas de aumento e diminuição.⁹¹

Tal posicionamento se fundamenta na coincidência das circunstâncias judiciais com as legais, não havendo razões sólidas para separá-las.⁹²

Este critério é chamado bifásico porque o cálculo é elaborado em duas etapas, porém não pode mais ser utilizado, de acordo com o sistema adotado, taxativamente, pelo Código Penal.⁹³

O critério adotado pelo Código Penal, no artigo 68 é o trifásico, significando dizer que a pena será estabelecida em três fases distintas, embora seus elementos estejam interligados.⁹⁴

Segundo Nelson Hungria, o juiz deve estabelecer a pena em três fases distintas. A primeira fase leva em consideração a fixação da pena-base, que toma por apoio as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal. Na segunda fase devem ser aplicadas as circunstâncias legais, que são as agravantes e atenuantes dos artigos 61 a 66. E na terceira fase incidem as causas especiais de aumento e diminuição da pena, previstas nas Partes Geral e Especial do Código.⁹⁵

Nucci afirma que prevaleceu o critério trifásico, tendo em vista ser o mais detalhado, o autor explica que havendo a separação em três fases distintas, com

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 164.

⁹² *Idem*.

⁹³ TRISTÃO, Adalberto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 120.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 164.

⁹⁵ *Idem*.

a necessária fundamentação para cada uma delas, a fixação da sanção penal torna-se mais clara.⁹⁶

Segundo Tristão, o sistema trifásico é o mais prudente, pois atende melhor aos interesses do acusado, já que o réu tem o direito de saber de que forma o juiz chegou à pena definitiva, que valores ele atribuiu à pena-base, qual intensidade ele concedeu a cada atenuante ou agravante, bem como às causas de diminuição e de aumento da pena.⁹⁷

O método trifásico foi consagrado no Código Penal, após a Reforma Penal de 1984, parecendo ser o mais adequado, pois permite ao condenado o exato conhecimento do processo pelo qual passa o juiz até concretizar a pena. Ponto a ponto, expõe o magistrado, por intermédio do raciocínio lógico-dedutivo, sua conclusão acerca da medida da sanção penal cabível, individualizando-a como determina a Constituição Federal.⁹⁸

Entretanto, ainda é possível que haja *bis in idem*, caso o magistrado não proceda com a máxima cautela, tendo em vista que as circunstâncias do delito se pulverizam por todas as fases da dosimetria, quando não servem para qualificar ou privilegiar o crime, antecipando-se pois, ao processo individualizador.⁹⁹

No entanto, Nucci afirma que a realização do sistema trifásico está longe de ser concretizada no Brasil, como merecia ser. Isso porque, por inúmeras vezes o juiz passa ao largo da riqueza dos elementos estampados no artigo 59, desprezando agravantes e atenuantes, assim como acaba elegendo aumentos e diminuições sem critério subjetivo, mas simplesmente aritmético.¹⁰⁰

⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*, p. 165.

⁹⁷ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 121.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 166.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Idem*.

4.3 Conceito de pena-base

Boschi afirma que a pena-base é aquela a qual aplicaria o magistrado, de forma definitiva, “se não existissem causas legais de modificação definidas como agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes, de incidência obrigatória na segunda e na terceira fases do método trifásico.”¹⁰¹

Segundo Tristão, “aborda-se agora o momento fundamental da dosagem da pena, ou seja, a fixação da pena-base”. É neste momento que o juiz manda estabelecer a pena aplicável dentro dos limites previstos na lei.¹⁰²

Tais limites são as circunstâncias judiciais, que servem de suporte para o magistrado escolher a quantidade de pena aplicável a cada caso concreto. Esta pena-base alcançada na primeira fase da dosimetria, não pode ficar aquém do mínimo nem ir além do máximo.¹⁰³

A pena-base ou sanção básica, serve de marco para se chegar à pena definitiva, a qual será aplicada ao condenado. É encontrada de acordo com o prudente arbítrio do juiz, a partir da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme determina a primeira parte do disposto no artigo 68 do Código.¹⁰⁴

Nos casos em que não houver a incidência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, nem causas especiais de diminuição ou de aumento, a pena-base

¹⁰¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 187.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 121.

se transforma em pena final, pena definitiva, a qual deverá ser cumprida pelo condenado.¹⁰⁵

Após encontrar a pena-base, havendo atenuantes e agravantes, estas incidem sobre aquela. Se existirem causas especiais de aumento ou diminuição, estas já não incidem sobre a pena-base, mas sobre o resultado da segunda fase. Ao estabelecer a pena-base, o julgador deve ater-se às circunstâncias do artigo 59, e usar de seu prudente arbítrio, tendo em mente que as penas muito elevadas devem ficar reservadas para delitos de suma gravidade.¹⁰⁶

4.4 Primeira fase

4.4.1 Circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP

As circunstâncias judiciais podem ser divididas em dois grupos. O primeiro é o das circunstâncias subjetivas, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos. O segundo grupo é o das circunstâncias objetivas, quais sejam: circunstâncias e consequências do fato e comportamento da vítima.¹⁰⁷

É na primeira fase de fixação da pena que se estabelece a pena-base. Faz-se com a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *in verbis*:

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ TRISTÃO, Adalto Dias. *Ibidem*, p. 165.

¹⁰⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 189.

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

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.¹⁰⁸

Segundo Bitencourt, os elementos constantes no artigo 59 do Código Penal são chamados de circunstâncias judiciais porque a lei não tratou de defini-los, deixando para o julgador a função de “identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente.” O autor explica que são “critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base.”¹⁰⁹

Ao analisar as circunstâncias judiciais em que o crime ocorreu, por se tratar de fatores subjetivos, Zaffaroni, afirma que “é realmente difícil estabelecer o grau de reprovabilidade; definitivamente, este costuma resultar quase tão arbitrário quanto a perigosidade e outros similares.”¹¹⁰

Jansen afirma que o maior problema dessa fase é a possibilidade da ocorrência de *bis in idem*, e que para isso não aconteça é necessário que o magistrado abstenha-se de inserir elementos que venham a se confundir com as

¹⁰⁸ BRASIL, Legislação. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm > Acesso em 27/10/2010.

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 1.** São Paulo: Saraiva, 2010. P. 662.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.** 5 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 260.

elementares do tipo, com agravantes e atenuantes ou com as causas especiais de aumento e diminuição encontradas.¹¹¹

O autor cita um relevante exemplo: numa sentença condenatória de tribunal do júri, foi inserida como conseqüência do delito a perda da vida humana, porém deve-se compreender que tal conseqüência já está implícita no tipo e a medida adotada acabou resultando numa dupla valoração do mesmo fato.¹¹²

Existem inúmeras hipóteses em que pode ocorrer o *bis in idem*: pode ser na análise do motivo do delito, que pode gerar confusão com as agravantes genéricas de mesmo teor, neste caso as do artigo 61, inciso II, alíneas 'a' ou 'b', do Código Penal; pode ser nos antecedentes, que podem acabar sendo confundidos com a reincidência, do artigo 61, inciso I, do Código Penal; pode ser nas circunstâncias, onde podem ser inseridos textos que se confundiriam com as agravantes que versam sobre o sujeito passivo, do artigo 61, inciso II, alíneas 'e', 'f', 'g' e 'i', dentre outras.¹¹³

4.4.2 Culpabilidade

A culpabilidade tratada aqui é em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o delito e o autor do fato merecem. A culpabilidade em sentido estrito, já foi analisada antes, fazendo parte da existência do crime, juntamente com a

¹¹¹ JANSEN, Euler. **Manual de Sentença Criminal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 80.

¹¹² JANSEN, Euler. *Ibidem*, p. 81.

¹¹³ *Idem*.

imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.¹¹⁴

A culpabilidade em sentido lato, é considerada um princípio, que também é conhecido como princípio da responsabilidade subjetiva, que por sua vez é considerado como um princípio medidor da pena. Medidor porque é o grau de censura à ação ou omissão do réu.¹¹⁵

No mesmo sentido, Ferreira afirma que a “culpabilidade é a medida da pena”, e que “quanto maior a culpabilidade, maior a pena.” E assim pode-se concluir então que aqui a culpabilidade é “instrumento de garantia individual, na medida em que limita o poder do Estado.”¹¹⁶

Roxin *apud* Boschi explica que a função da culpabilidade serve para conter os excessos no momento da punição realizada pelo Estado, protegendo o agente contra a opressão e proporcionando igualdade de tratamento entre iguais, bem como tratamento desigual para os desiguais, respeitando o limite máximo da pena individualizada.¹¹⁷

O requisito da culpabilidade, talvez seja “o mais importante do moderno Direito Penal, e constitui-se no balizador máximo da sanção aplicável, ainda que se invoquem objetivos ressocializadores ou de recuperação social.”¹¹⁸

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal : parte geral : parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 430.

¹¹⁵ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 70-71.

¹¹⁶ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 71.

¹¹⁷ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 199.

¹¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 663.

Neste diapasão Bitencourt explica que a culpabilidade, aqui, funciona como um “elemento de determinação ou de medição da pena”. Nesse contexto, a culpabilidade exerce uma função não de fundamento da pena, mas de limite desta, tendo em vista que vai impedir que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada a outros critérios.¹¹⁹

Segundo Jansen, no momento da dosimetria penal, a culpabilidade precisa ser interpretada como sendo sinônimo de reprovabilidade exacerbada do tipo penal. O autor explica que um roubo o qual o réu, fazendo uso de arma de fogo porém sem agressividade, faz ameaça moderada ou até mesmo implícita à vítima, que apenas satisfaz o tipo, é diferente de outro roubo, o qual seja praticado com graves ameaças e agressividade, aterrorizando a vítima.¹²⁰ Neste segundo caso a reprovabilidade está claramente exacerbada do tipo penal, e conseqüentemente será considerada intensa.

A culpabilidade do artigo 59 não é fundamento da pena, e por isso não se trata de ter ou não ter “consciência da ilicitude” ou de “exigibilidade de conduta diversa”, pois estes são elementos inerentes à culpabilidade como o terceiro elemento do crime, e por isso devem ser analisados lá na motivação, caso seja alegada alguma excludente de punibilidade.¹²¹ Neste sentido:

HC 107795/RS. A circunstância judicial da culpabilidade deve ser aferida levando-se em conta a reprovabilidade da conduta do agente, mostrando-se inadmissível considerá-la maculada tão somente em função de ele possuir plena consciência da ilicitude do fato. Não há que se confundir a culpabilidade como elemento do crime com a medida da

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ JANSEN, Euler. **Manual de Sentença Criminal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82.

¹²¹ JANSEN, Euler. *Ibidem*, p. 83.

culpabilidade do agente, sendo que apenas esta última encontra previsão no art. 59 do Código Penal. (...) ¹²²

REsp. 1048574/GO. Há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando o magistrado considera como desfavoráveis circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal, inquiridos e ações penais em andamento, bem como quando utiliza a potencial consciência da ilicitude, um dos pressupostos da culpabilidade, como circunstância judicial elencada no artigo 59 do Código Penal. (...) ¹²³

TJMG. Processo 1.0024.98.135297-4/001[1]. A culpabilidade arrolada no art. 59 do CP não se confunde com aquela necessária para a caracterização do crime; na verdade, ela diz respeito à maior reprovação que o fato ou o autor ensejam no caso concreto. (...) ¹²⁴

A culpabilidade que está sendo analisada aqui, veio com o fim de substituir as antigas expressões “intensidade do dolo” e “graus de culpa”, que estavam previstas antes da Reforma Penal de 1984. Neste sentido, o elemento subjetivo agora, não deve servir de guia para o juiz no momento da fixação da pena, tendo em vista que neste contexto, o que importa é a reprovabilidade que foi gerada pelo fato criminoso. ¹²⁵

Em outras palavras, o elemento subjetivo foi usado anteriormente para compor o fato típico, verificando o magistrado se houve dolo ou culpa, estabelecendo se o crime ocorreu com dolo direto, dolo de segundo grau, eventual, etc. Depois disso, na hora da aplicação da pena, usa-se a culpabilidade como a reprovabilidade gerada pelo fato criminoso e não mais como elemento subjetivo.

¹²² STJ, HC 107795/RS – Rel. Min. Og Fernandes – 6º T. – DJe 02/03/2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+107795+%2F+RS&&b=ACOR&p=trua&t=&l=10&i=3>> Acesso em 28/10/2010.

¹²³ STJ, REsp. 1048574/GO – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – 5º T. – Dej 30/03/2009.

¹²⁴ TJMG, Processo 1.0024.98.135297-4/001[1] – Rel. Alexandre Victor de Carvalho, DJ 06/10/2006.

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal : parte geral : parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 430.

A escolha da pena justa para cada condenado é uma tarefa complexa. O contexto idealizado pelo legislador para a eleição da pena justa envolve fatores psicológicos, sociológicos, antropológicos, entre outros, tendo como base a Carta Magna. Uma mesma pena para o mesmo crime pode vir a ser para um dos condenados uma experiência curta e única, e por isso, justa, e ao mesmo tempo pode vir a ser para o outro condenado o fracasso de sua vida, e portanto injusta.¹²⁶

E é justamente por isso que o julgador, no momento da individualização da pena, deve buscar realizar uma legítima busca por todos os elementos, alguns inclusive extra-penais, estabelecidos no artigo 59 do Código Penal para encontrar a pena justa.¹²⁷

Assim, no mesmo sentido, Ferreira observa que seria melhor se o legislador tivesse estabelecido que, para verificar o grau de reprovação de uma conduta através da medida de sua culpabilidade, o magistrado “devesse levar em conta os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, eventuais outras circunstâncias, as conseqüências do crime e o comportamento da vítima.”¹²⁸

4.4.3 Antecedentes

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 176.

¹²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*, p. 177.

¹²⁸ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 82.

São considerados antecedentes todos os fatos anteriores da vida do agente, que tanto podem ser bons ou maus. Ter bons antecedentes não é a mesma coisa que ser réu primário. É primário quem nunca foi condenado por sentença definitiva.¹²⁹

Portanto, são os antecedentes (fatos delituosos praticados pelo acusado antes de cometer o crime) que retiram do agente a sua condição de ser réu primário.¹³⁰

Trata-se de tudo que veio a acontecer, na esfera penal, ao réu, antes de praticar o delito que se está a examinar. Ou seja, a vida pregressa do agente em matéria criminal. Nucci explica que antes da Reforma de 1984, os antecedentes do condenado abrangiam todo o seu passado, desde as condenações que porventura ocorreram até a relação com a família, no ambiente de trabalho e em outros lugares. Porém, atualmente foi separada a conduta social do contexto dos antecedentes.¹³¹

Entretanto, há de ser tormentosa a análise do que venha a constituir os maus antecedentes, para o efeito de elevar a pena-base. A doutrina diverge neste assunto. Nucci afirma que “levando-se em consideração que a constatação de antecedentes criminais proporciona a elevação da pena-base para quantificação acima do mínimo”, seria mais adequada e segura “a posição que

¹²⁹ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 72.

¹³⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 202.

¹³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 179.

exige a comprovação de condenação definitiva, em homenagem ao princípio constitucional da presunção de inocência.”¹³²

No mesmo sentido é a opinião de Bitencourt, ao afirmar que reconhecer certos atos ou fatos como antecedentes negativos significa uma “condenação” ou simplesmente uma violação ao princípio constitucional de “presunção de inocência”.¹³³

Portanto, não seria possível então aumentar a pena de quem foi anteriormente absolvido, baseado no fato de que o réu possui antecedente criminal. Pode-se aqui falar em má conduta social, dependendo do caso, sem generalizar, mas não em “registro confirmado em matéria penal.”¹³⁴

Segundo Greco, “os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência.” O autor entende que em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, apenas as condenações anteriores que já transitaram em julgado, que não sejam utilizadas para forjar a reincidência, é que poderão ser atendidas para elevar a pena-base.¹³⁵

Neste sentido:

HC 84687/MS. A só existência de inquéritos policiais ou de processos penais, quer em andamento, quer arquivados, desde que ausente condenação penal irrecorrível – além de não permitir que, com base neles, se formule qualquer juízo de maus antecedentes - , também não pode autorizar, na dosimetria da pena, o agravamento do *status poenalis* do réu, nem dar suporte legitimador à privação cautelar da liberdade do indiciado ou do acusado, sob pena de transgressão ao

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*, p. 181.

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 663.

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 181.

¹³⁵ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. P. 140.

postulado constitucional da não culpabilidade, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República. (...) ¹³⁶

Importante acrescentar que, a reincidência (leia-se cometer crime após já ter sido condenado anteriormente por outro crime, em caráter definitivo) pode ensejar a dupla apenação pelo mesmo fato, o que deve ser evitado. Se o magistrado observar que houve reincidência, com as ressalvas do artigo 64 do Código Penal, ele deve aplicar somente a agravante do artigo 61, inciso I. ¹³⁷

Pode acontecer casos em que o condenado possui diversas condenações anteriores, e nessas situações, é lícito ao juiz considerar apenas uma delas para efeito de gerar reincidência, e as outras como maus antecedentes. Não vai ocorrer *bis in idem* nessa hipótese, pois os elementos geradores são diferentes. ¹³⁸

Neste sentido é o disposto na Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.” ¹³⁹

Na ocorrência de uma ação penal transitada em julgado, a qual houve condenação, que teve extinta sua punibilidade há mais de cinco anos, bem como os crimes militares próprios e políticos, não podem ser caracterizados como sendo as agravantes genéricas da reincidência, do artigo 61, inciso I do Código. Neste caso é certo que devem ser reconhecidos como maus antecedentes. ¹⁴⁰

¹³⁶ STF, HC 84687/MS – Rel. Min. Celso de Mello – 2º T. – DJ 27/10/2006, p. 279.

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ STJ. Portal, súmulas. Disponível em: <

http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt> Acesso em 28/10/2010.

¹⁴⁰ JANSEN, Euler. **Manual de Sentença Criminal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 88.

Neste contexto, Boschi observa que “carece de sentido que o tempo faça desaparecer a reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos de causa legal de menor expressão jurídica, no caso, os antecedentes.” O autor defende a idéia de que o decurso do período de cinco anos, que faz sumir os efeitos da reincidência deveria, da mesma forma, “propiciar a recuperação da primariedade e dos bons antecedentes.”¹⁴¹

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou uma Súmula que proíbe a utilização de inquéritos policiais e ações penais que ainda estão em andamento para elevar a pena-base acima do mínimo legal. Tal entendimento já estava sendo adotado pelo STJ, e vários precedentes embasaram a aprovação da Súmula 444, como por exemplo o habeas corpus n. 106.089, de Mato Grosso do Sul.¹⁴²

O relator, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, afirmou *in verbis*: “Conforme orientação há muito firmada nesta Corte de Justiça, inquéritos policiais, ou mesmo ações penais em curso, não podem ser considerados como maus antecedentes ou má conduta social para exacerbar a pena-base ou fixar regime mais gravoso.”¹⁴³

¹⁴¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 204.

¹⁴² STJ. Portal, publicação especial. **Ações em curso não podem ser consideradas para aumentar a pena-base, diz nova súmula**. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96999>

Acesso em 28/10/2010.

¹⁴³ *Idem*.

A redação da Súmula 444 ficou assim: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.¹⁴⁴ A nova Súmula já está sendo aplicada, como é possível observar nos seguintes julgados:

HC 107197/MS. Constata-se ilegalidade na fixação da pena-base do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida bem acima do mínimo legal pois, à exceção da quantidade e qualidade da droga apreendida, que exacerba a culpabilidade dos Réus, por demonstrar um maior grau de reprovabilidade da conduta, nenhuma outra circunstância judicial do art. 59 do Código Penal teve sua valoração negativa fundamentada em dados concretos. Inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados maus antecedentes para fins de majoração da pena-base, em respeito ao princípio da não culpabilidade. Aplicação da Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça.(...) ¹⁴⁵

HC 120126/SP. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ. (...) ¹⁴⁶

HC 119241/MS. Afasta-se a alegação de bis in idem, uma vez que, conforme expressamente consignou o acórdão impetrado, a agravante da reincidência foi aplicada em razão de condenação transitada em julgado, pela qual inclusive o Paciente estava em regime semi aberto e o reconhecimento dos maus antecedentes teve por base outro processo criminal, ainda em curso. Contudo, embora não esteja configurada a aludida duplicidade, verifica-se que deve ser modificado o julgado impetrado, tendo em vista que, nos termos de pacífica jurisprudência, processos criminais em curso não podem ser utilizados para valorar negativamente os maus antecedentes (Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça).(…) ¹⁴⁷

HC 83242/PB. É certo que inquéritos e ações penais em curso não servem para aumentar a pena-base, a teor da recente Súmula n.º 444 desta Corte. Contudo, se o impetrante não logrou demonstrar que o paciente não possuía condenação transitada em julgado na data da sentença, inviável reconhecer o alegado constrangimento ilegal.(…) ¹⁴⁸

¹⁴⁴ STJ. Portal, informações complementares. **STJ edita novas súmulas**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=682&tmp.texto=97101> Acesso em 28/10/2010.

¹⁴⁵ STJ, HC 107197/MS – Rel. Min. Laurita Vaz – 5º turma - DJe 27/09/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp> Acesso em 28/10/2010.

¹⁴⁶ STJ, HC 120126/SP – Rel. Min. Jorge Mussi – 5º turma - DJe 06/09/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp> Acesso em 28/10/2010.

¹⁴⁷ STJ, HC 119241/MS – Rel. Min. Laurita Vaz – 5º turma - DJe 23/08/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acesso em 28/10/2010.

¹⁴⁸ STJ, HC 83242/PB – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – 6º turma - DJe 14/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acesso em 28/10/2010.

Portanto, a Súmula 444 parece encerrar as discussões acerca dos antecedentes, até porque, como afirma Ferreira, o juiz não pode apenas dizer genericamente que o acusado possui maus antecedentes, ele “deve apontar quais os fatos mencionados no processo que o caracterizam como portador dos maus antecedentes.”¹⁴⁹

4.4.4 Conduta social

Os seres humanos, cada qual na sua individualidade, possui sua própria maneira de viver e de se relacionar com as outras pessoas. “Há os trabalhadores e os vadios, os caridosos, os colaboradores, os omissos, os bons e os maus vizinhos, os sociáveis e os insociáveis, os educados, os mal-educados, os altruístas e os individualistas, etc.”¹⁵⁰

A conduta social do condenado é o seu papel na comunidade em que vive, inserido dentro do contexto de sua família, de seu trabalho, da escola, da vizinhança, entre outros ambientes em que costuma freqüentar. E não simplesmente a conduta antecedente do réu em seu diversos meios de relacionamento, mas acima de tudo o setor no qual está inserido são capazes de determinar a justa medida da reprovação que seu ato delituoso pode vir a merecer.¹⁵¹

¹⁴⁹ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 85.

¹⁵⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 206.

¹⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 182.

Greco afirma que a lei quer demonstrar o comportamento do réu perante a sociedade, analisando o seu relacionamento com seus pares, a fim de perceber se o seu temperamento pode ter influenciado ou não na prática da conduta criminosa.¹⁵²

Devem ser entendidas por conduta social, todas as atitudes desempenhadas pelo condenado em seu ambiente de trabalho, na sua interação com a comunidade em que vive, seu comportamento dentro da residência onde vive e com os integrantes de sua família. É necessário, por exemplo, que seja analisado se o réu era um bom homem, trabalhador, atencioso com a família ou não.¹⁵³

É necessário que o juiz conheça a pessoa que está julgando, pois deve saber se ele de fato merece uma punição maior ou menor, e é por conta disso que é de suma importância que se façam perguntas dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução. Por exemplo, o condenado que não é nem bom pai nem bom marido, considerado violento em casa, no caso de condenação por lesões corporais graves, merece uma pena superior ao mínimo legal cominado abstratamente àquele tipo penal.¹⁵⁴

Segundo Jansen, geralmente a conduta social é avaliada mediante as afirmações do próprio réu, na fase de interrogatório, e das testemunhas, que não sabem nada sobre o crime em questão, mas conhecem o acusado.¹⁵⁵

¹⁵² GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. P. 140.

¹⁵³ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 73.

¹⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal : parte geral : parte especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 436.

¹⁵⁵ JANSEN, Euler. **Manual de Sentença Criminal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 91.

O fato do agente possuir um bom relacionamento familiar e social, ser uma pessoa produtiva, com emprego fixo, ou se for desempregado, que esteja procurando emprego, é considerado elemento benéfico. Em contrapartida, se o agente for temido na comunidade onde vive, possuir um mau relacionamento com a família e com os colegas de trabalho, ou se entregar ao ócio, lhe são elementos prejudiciais. E baseado nesses aspectos o magistrado deve apreciar essa circunstância.¹⁵⁶

No mesmo sentido, Nucci afirma que o caso de uma pessoa possuir excelente conduta anterior ao crime merece menor censura do que outra, acostumada a incomodar pessoas, arrumar confusões, agredir a família, enfim, mesmo que ainda não tenha formalmente cometido um crime e por este tenha sido processado.¹⁵⁷

Um fator que não deve ser deixado de lado é a situação social do agente, tendo em vista que educação e boas condições de vida proporcionam maior equilíbrio emocional e melhor formação da integridade física e mental, preservando-se assim o ser humano do descumprimento das regras sociais que acabariam por levá-lo ao cometimento de crimes. A pessoa que sofre privações por conta de sua condição social, tem maior probabilidade de infringir regras, cometendo delitos, sobretudo patrimoniais.¹⁵⁸

Portanto, o magistrado deve, além de levar em consideração o contexto familiar em que vive o réu, analisar a conduta social e a inserção social do

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 182- 183.

¹⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*, p. 184.

agente como fatores precedentes à prática da conduta criminosa, podendo então, graduar a pena-base conforme seja mais ou menos censurável o delito.¹⁵⁹

Existe um interessante julgado sobre o assunto, o qual afirma que essa circunstância apenas pode ser utilizada quando em favor do réu, vejamos:

TJ/MG. Processo 1.0024.98.135297-4/001(1), A conduta social e a personalidade do agente somente podem ser valoradas favoravelmente, sob pena de se ferir o princípio constitucional da legalidade.(...) ¹⁶⁰

Na opinião de Ferreira “a conduta social poderia perfeitamente ser analisada no item anterior, porque os acontecimentos que a integram não deixam de ser antecedentes da vida do réu.” ¹⁶¹

Em contrapartida Greco ressalta a importância de salientar que “conduta social não se confunde com antecedentes penais, razão pela qual determinou a lei as suas análises em momentos distintos.”¹⁶²

Assim é possível observar que a doutrina também diverge a respeito dessa circunstância judicial, fato este que comprova a complexidade de se calcular a pena-base, tendo em vista a subjetividade e discricionariedade dessa tarefa do juiz.

4.4.5 Personalidade

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ TJMG, Processo 1.0024.98.135297-4/001(1), Relator Alexandre Victor de Carvalho, DJ 06/10/2006.

¹⁶¹ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 85.

¹⁶² GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. P. 140.

Trata-se dos atributos psíquicos do agente, a sua maneira de agir e sentir, o seu caráter, o respeito que mantém pelas autoridades, sua estrutura psicológica, seu temperamento e sua periculosidade (leia-se esta última como sendo a sua probabilidade de tornar a delinqüir).¹⁶³

Ferreira afirma que a “personalidade é um conjunto de atributos adquiridos ao longo da vida, de tal sorte que, retirados do homem, este deixa de existir como ser humano.” O autor explica que a personalidade “é quem determina a individualidade de uma pessoa. É o elemento estável da conduta de uma pessoa, formado por inúmeros fatores endógenos e exógenos.”¹⁶⁴

Nucci, por sua vez aponta diversos exemplos de elementos da personalidade, que podem ser buscados na análise do modo de ser do agente. Aspectos positivos: bondade, alegria, persistência, responsabilidade nas tarefas, sinceridade, honestidade, coragem, calma, paciência, maturidade, sensibilidade, bom-humor, tolerância, entre outros. E aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional, emotividade desequilibrada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das tarefas, distração, ambição desenfreada, covardia, desonestidade, imaturidade, impaciência, inveja, entre outros.¹⁶⁵

O autor esclarece que muitos dos fatores citados acima, quando considerados isoladamente, ou quando não repercutem no desrespeito ao direito de terceiros, devem ser concebidos como frutos da liberdade de se expressar do indivíduo. Porém, ao cometer um crime, as características negativas da personalidade do agente devem ser levadas em conta para o estabelecimento da

¹⁶³ JANSEN, Euler. **Manual de Sentença Criminal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 92.

¹⁶⁴ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 86.

¹⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 187.

pena, desde que haja nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do condenado.¹⁶⁶

Deve ser feita uma análise do meio e das condições onde o condenado se formou e vive, pois o bem-nascido que possui tendência criminosa deve ser mais severamente punido do que o miserável que tenha praticado uma infração penal visando garantir sua própria sobrevivência. Além disso, a personalidade é variável, estímulos externos e traumas podem agir sobre ela. Uma pessoa que cumpriu vários anos de pena privativa de liberdade em regime fechado, pode ter sua personalidade extremamente alterada, e isso deve ser levado em consideração pelo juiz.¹⁶⁷

Apesar de não ser uma tarefa muito fácil avaliar a personalidade do agente, tendo em vista que o magistrado dispõe apenas dos documentos juntados aos autos e de provas testemunhais, tal análise não necessita ser de grande profundidade, até porque isto não seria possível. Sempre que possível, é pertinente que a autoridade policial realize uma avaliação do comportamento do agente logo após ter cometido o delito, a fim de verificar se o agente está triste, alegre, se sentindo culpado ou não.¹⁶⁸

No mesmo sentido, Boschi afirma ser difícil definir o conteúdo da personalidade do agente porque “além das exigências relacionadas ao conhecimento técnico-científico de antropologia, psicologia, medicina, psiquiatria” que deveria ter quem faz tal análise, “de outro lado, aqueles que se dispõem a

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*, p. 188.

¹⁶⁸ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 73.

realizá-lo tendem a racionar com base nos próprios atributos de personalidade, que elegem, não raro, como paradigmas.”¹⁶⁹

Ferreira também reconhece que avaliar a personalidade do agente não é uma tarefa fácil, afirmando que “exige noções de psicologia e psiquiatria, além de um processo muito bem instruído, que contenha todos os dados e elementos necessários a essa avaliação, sem falar nos inúmeros contatos pessoais que devem manter avaliador e avaliado.”¹⁷⁰

Em alguns casos particulares e especiais, o magistrado pode nomear psicólogo de sua confiança para avaliar o caráter e a personalidade de determinado agente, para auxiliar futura aplicação da pena. Inclusive, vale ressaltar que o grau de arrependimento atingido pelo réu é parâmetro para que seja feita análise a respeito do seu modo de ser. A análise da personalidade do réu, para conhecê-lo melhor como pessoa humana, torna a pena mais justa e sensata no seu *quantum* e no seu propósito.¹⁷¹

Ferreira acredita que o juiz não possui condições de avaliar cientificamente a personalidade do réu, por diversos motivos, sendo que um deles é porque o juiz não tem um preparo técnico em caráter institucional. Porém o autor esclarece que o legislador não pretendeu que a análise da personalidade do agente fosse realizada com o mesmo rigor e conhecimento que um psicólogo ou psiquiatra realizaria, devendo o magistrado utilizar sua sensibilidade para

¹⁶⁹ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 207.

¹⁷⁰ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 87.

¹⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*, p. 194-195.

compreender que “a formação da personalidade depende essencialmente das condições de vida do agente.”¹⁷²

Por sua vez, Greco também entende que o magistrado não possui capacidade técnica suficiente para definir a personalidade do agente, tendo em vista não ser possível uma análise apropriada de toda sua vida, iniciando por sua infância. O autor acredita que apenas os profissionais da área de saúde possuem condições para isso, e que portanto, o juiz não deve levar em conta essa circunstância judicial para fins de fixação da pena-base.¹⁷³

4.4.6 Motivos

Motivo significa a razão de ser de alguma coisa, a sua causa ou seu fundamento de existência, além da possibilidade da utilização do termo com o sentido de finalidade e objetivo. Dentro do contexto do artigo 59 do Código Penal, os motivos indicam portanto, um conjunto de situações psíquicas que faz alguém praticar uma conduta criminosa.¹⁷⁴

Segundo Jansen, são considerados motivos os fatos que levaram o réu a cometer o ato ilícito, devendo ser anteriores à ação. A partir dessa constatação, conclui-se que os únicos crimes sem motivos são os culposos. Na opinião do

¹⁷² FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 88.

¹⁷³ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. P. 141.

¹⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*, p. 197.

autor os motivos estão presentes no elemento volitivo destinado à realizar um crime doloso.¹⁷⁵

Tristão afirma que os motivos são de particular relevo, pois referem-se a todos os fatos que levaram o agente a praticar o crime. Para o autor, motivo é o “antecedente psicológico do ato volitivo.” Alguns motivos são previstos também como circunstâncias legais genéricas, e nesses casos só devem ser considerados para atenuar ou agravar a pena, e não para o cálculo da pena-base, sob pena de ocorrer o *bis in idem*.¹⁷⁶

Para Ferreira, o motivo vem a ser o último fator que desencadeia a prática do delito, e por conta disso é possível afirmar que não existe crime sem motivo, além de que o motivo é de suma importância para aferir o grau de culpabilidade do agente. “Dependendo do motivo a conduta será mais ou menos reprovável e indicará qual a quantidade de pena que deve receber o réu tendo em vista os fins de prevenção e reprovação preconizados pelo legislador.”¹⁷⁷

O motivo se revela um fator que qualifica a vontade humana, ao fornecer o colorido indispensável à compreensão de qualquer conduta. Isso porque não existe ação ou omissão sem finalidade, pois ninguém age por agir, logo Nucci também constata que não existe crime sem motivo.¹⁷⁸

Ao elaborar o artigo 59 do Código Penal, acertou o legislador ao fazer referência aos motivos do crime, tendo em vista que o magistrado deve buscar as razões de ser da conduta bem como os objetivos a serem alcançados pelo

¹⁷⁵ JANSEN, Euler. **Manual de Sentença Criminal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 94.

¹⁷⁶ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 74.

¹⁷⁷ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 91.

¹⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 199.

agente em qualquer delito. Ao encontrá-los, dando-lhes um juízo de valor, para bem ou para mal, tem-se um quadro concreto a respeito de um dos fatores que compõe a maior ou menor reprovação ao réu.¹⁷⁹

Por sua vez, Nucci defende a idéia de que o motivo do crime não se confunde com o elemento subjetivo do crime. O autor esclarece que o dolo é a vontade consciente de realizar a conduta típica, e que não está relacionada com a motivação do crime, ilustrando isso da seguinte forma: “dolo e culpa são motivos em preto e branco, enquanto a razão de ser, a causa, o fundamento e a finalidade do crime constituem o motivo colorido, em seus vários matizes psíquicos, próprios da riqueza de pensamentos do ser humano.”¹⁸⁰

Descobrir o motivo que levou o agente a cometer o delito pode fazer surgir, como uma conseqüência natural, a análise da personalidade do agente, pois todas as ações ou omissões dos seres humanos acontecem a partir de inclinações afetivas ou sentimentais. Partindo do pressuposto de quem ninguém age simplesmente por agir, é possível afirmar que não existe delito praticado sem que o agente possua um motivo para tanto, que pode até ser inconsciente, mas sempre estando presente

4.4.7 Circunstâncias do crime

¹⁷⁹ *Idem.*

¹⁸⁰ *Idem.*

As circunstâncias do crimes são chamadas de objetivas, pois se relacionam com o fato e não com o autor, e apesar de serem menos importantes que as subjetivas, também provocam aumento ou diminuição da pena. As circunstâncias do fato criminoso são os elementos acidentais que não participam da estrutura do tipo, apesar de estarem envolvidos com o delito.¹⁸¹

Para Ferreira, o que importa é “o lugar em que o crime ocorreu, a maneira com que foi executado e o tempo de sua duração. O relacionamento entre réu e vítima. A maior ou menor insensibilidade do agente, o seu arrependimento.”¹⁸²

Tristão afirma que as circunstâncias do crime são aquelas que são acessórias ao delito, pois não o compõem, porém elas influem em sua gravidade, apontando o estado de ânimo do réu, as condições de tempo, lugar, maneira de agir, bem como as atitudes do agente durante ou após a prática do delito.¹⁸³

Pode acontecer de algumas circunstâncias do crime, apesar de objetivas, serem frutos da personalidade do agente. Por exemplo uma pessoa que comete um crime em local de difícil acesso, já friamente planejando a consumação do delito, manifesta uma personalidade calculista, o que deverá ser levado em consideração.¹⁸⁴

Alberto Silva Franco *apud* Greco define como “circunstâncias inominadas” as circunstâncias judiciais do artigo 59, pois mesmo não estando especificadas

¹⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*, p. 203.

¹⁸² FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 92.

¹⁸³ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 74.

¹⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 204.

em nenhum texto legal, podem, “de acordo com uma avaliação discricionária do juiz, acarretar um aumento ou uma diminuição da pena.”¹⁸⁵

As circunstâncias do artigo 59 não são as mesmas circunstâncias legais relacionadas expressamente nos artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal, mas derivam do próprio fato criminoso, tais como forma e natureza da ação, meios utilizados, lugar, tempo, maneira escolhida para execução, entre outras.¹⁸⁶

É importante ressaltar que algumas circunstâncias podem qualificar ou privilegiar o crime, ou acabam sendo valoradas em outros dispositivos, até mesmo como elementares do crime. Nestes casos, não devem ser avaliadas neste momento da dosimetria, para não ocorrer o *bis in idem*.¹⁸⁷

4.4.8 Conseqüências do crime

As conseqüências do crime também são de caráter objetivo, pois se relacionam com o fato e não com o autor, assim como as circunstâncias acima estudadas.

Para fins de fixação da pena, a conseqüência a ser considerada aqui é o mal causado pelo crime, o qual transcende o resultado típico.¹⁸⁸ Deve

¹⁸⁵ FRANCO, Alberto Silva *Apud* GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. P. 142.

¹⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 666.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 204.

transcender o resultado do tipo, para ser considerado desfavorável ao agente, caso contrário será a consequência natural que já faz parte do tipo.

Portanto, o que deve ser analisado agora é a maior ou menor “danosidade decorrente” da conduta criminosa praticada, ou a maior ou menor “irradiação de resultados” provocados pelo crime, não necessariamente típicos do delito.¹⁸⁹

Greco afirma que as consequências do crime são um fator importante a ser verificado no momento da fixação da pena-base. O autor explica que, por exemplo, a morte de uma pessoa casada e com filhos menores, vítima de homicídio, de cujo trabalho todos dependiam para sobreviver, é uma consequência que merece grande consideração do julgador na aplicação da pena-base.¹⁹⁰

Segundo Tristão, essas consequências deveriam ser chamadas de “consequências extrapenais”, pois vão além do tipo, e consistem em maiores ou menores danos causados aos familiares da vítima ou à coletividade. Além disso, também deve ser observada se houve grande ou pequena repercussão do fato perante a sociedade.¹⁹¹

4.4.9 Comportamento da vítima

¹⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 1**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 666.

¹⁹⁰ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. P. 142.

¹⁹¹ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 75.

Existes situações em que o comportamento da vítima pode conduzir o agente ao cometimento de um crime. Segundo Nucci, comportamento “é o modo de agir da vítima que pode contribuir para levar o agente à prática do crime.”¹⁹²

No momento de considerar esta que é a última das circunstâncias judiciais, e também de caráter objetivo como as duas analisadas logo acima, busca-se observar até que ponto a vítima contribuiu para a prática do delito. Não se trata de compensação de culpa, pois isso não existe no direito penal, mas sua análise é um dado necessário a ser considerado para a fixação da pena-base.¹⁹³

Nucci enumera exemplos de comportamento da vítima que devem ser considerados para a fixação da pena, entre eles: pessoa exibicionista que atrai crimes contra o patrimônio; pessoa que gosta de levar vantagem, atrai estelionato; pessoa agressiva que atrai homicídio ou lesões corporais. Isso não significa que tais pessoas não estejam tuteladas pela lei penal, muito menos que o réu deve ser absolvido nestes casos, mas fica claro que o delito não deve ser especialmente agravado.¹⁹⁴

Jansen afirma que esta é uma “circunstância de natureza negativa”, explicando que ao ser observado que a vítima não fez absolutamente nada para provocar o réu à prática do crime, tal circunstância deve ser considerada prejudicial, ou seja, não favorecendo o agente no cálculo da pena-base.¹⁹⁵

¹⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 205.

¹⁹³ JANSEN, Euler. **Manual de Sentença Criminal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 97.

¹⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 205.

¹⁹⁵ JANSEN, Euler. **Manual de Sentença Criminal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 98.

Bitencourt ressalta a importância dessa circunstância judicial, observando que esses comportamentos podem ser “fatores criminógenos” que, apesar de não justificar a conduta delituosa, podem diminuir sua censurabilidade. “A verdade é que o comportamento da vítima pode contribuir para fazer surgir no delinqüente o impulso delitivo (...).”¹⁹⁶

Ferreira afirma que de acordo com o comportamento da vítima é que deve ser dosada a culpabilidade, “levando-se em consideração que quanto maior for a participação da vítima na eclosão dos acontecimentos menor será o grau de reprovabilidade da conduta do réu.”¹⁹⁷

¹⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral, 1.** São Paulo: Saraiva, 2010. P. 667.

¹⁹⁷ FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena.** Rio de Janeiro: Forense, 1998. P. 99.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a execução deste trabalho foi possível observar que a fixação da pena-base é uma tarefa um tanto complexa, tendo em vista a subjetividade que acaba envolvendo a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

As oito circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 são chamadas assim porque “ensejam que a carga de valor, positiva ou negativa, correspondente ao seu conteúdo, seja dada pelo juiz em cada caso concreto”.¹⁹⁸

Considerando que nem sempre o magistrado têm em mãos as informações necessárias para fazer a correta análise de tais circunstâncias, pode acabar cometendo arbitrariedades por conta da discricionariedade de tal tarefa, e fixando uma pena-base injusta e não individualizada.

E isso é um problema grave, pois não individualizar a pena significa não aplicar a pena que o réu realmente mereceu pela prática de sua conduta criminosa, violando o princípio constitucional da individualização da pena.

O magistrado deve procurar produzir o máximo de provas que conseguir, juntamente com a autoridade policial, se preciso, para que, com este material, seja feita a correta fixação da pena-base na primeira fase, pois este quantum norteará a segunda e a terceira fase da dosimetria, e só assim o juiz conseguirá aplicar a pena realmente individualizada, na justa medida para reprimir a conduta

¹⁹⁸ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 189.

ilícita praticada, ao mesmo tempo prevenindo a prática de novas condutas criminosas, e ressocializando o condenado, na medida do possível.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 28/10/2010.

BRASIL, Legislação. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm > Acesso em 27/10/2010.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Aplicação da Pena**. São Paulo: Método, 1999.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 6 ed., Petrópolis: Vozes, 2005.

FRANCO, Alberto Silva *Apud* GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GALVÃO, Fernando. **Aplicação da Pena**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GARCÍA-PABLOS de Molina, Antonio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HORCAIO, Ivan. **Dicionário Jurídico Referenciado**. São Paulo: Primeira Impressão, 2007.

JANSEN, Euler. **Manual de Sentença Criminal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**, volume 1, São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial**. Curitiba: Lúmen Júris, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito**: 2 ed. Espanha: Editorial Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena – Fundamentos políticos e Aplicação judicial**. Curitiba: Lúmen Júris, 2005.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença Criminal – Prática de aplicação de pena e medida de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.