

ASSOCIAÇÃO VITORIENSE DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA - AVEC  
CENTRO UNIVERSITÁRIO OSMAN LINS - UNIFACOL  
COORDENAÇÃO DO CURSO DIREITO - BACHARELADO

MIRELLE RAIANE DA SILVA SANTOS

**OS IMPACTOS DA APLICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO  
ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL NO QUE SE REFERE À CONDUTA SOCIAL E A  
PERSONALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA**

VITÓRIA DE SANTO ANTÃO- PE  
2021

MIRELLE RAIANE DA SILVA SANTOS

**OS IMPACTOS DA APLICABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO  
ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL NO QUE SE REFERE À CONDUTA SOCIAL E A  
PERSONALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de bacharelado em  
Direito do Centro Universitário FACOL -  
UNIFACOL, como requisito parcial para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador (a): Shirlle Sibelle de Oliveira



ASSOCIAÇÃO VITORIENSE DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E CULTURA - AVEC

CENTRO UNIVERSITÁRIO FACOL - UNIFACOL

COORDENAÇÃO DE TCC DO CURSO DE DIREITO



**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO  
ATA DE DEFESA**

Nome do Acadêmico:

Título do Trabalho de Conclusão de Curso:

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada  
ao Curso de \_\_\_\_\_ do  
Centro Universitário FACOL - UNIFACOL,  
como requisito parcial para a obtenção do  
título de Bacharel em \_\_\_\_\_

Área de Concentração:

Orientador:

A Banca Examinadora composta pelos Professores abaixo, sob a Presidência do primeiro, submeteu o candidato à análise da Monografia em nível de Graduação e a julgou nos seguintes termos:

Professor: \_\_\_\_\_

Julgamento – Nota: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor: \_\_\_\_\_

Julgamento – Nota: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor: \_\_\_\_\_

Julgamento – Nota: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Nota Final: \_\_\_\_\_. Situação do Acadêmico: \_\_\_\_\_. Data: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**MENÇÃO**

**GERAL:**

\_\_\_\_\_

Coordenador de TCC do Curso de \_\_\_\_\_:

< Nome do coordenador de TCC do Curso aqui >

Credenciada pela Portaria nº 644, de 28 de março de 2001 – D.O.U. de 02/04/2001.

Endereço: Rua do Estudante, nº 85 – Bairro Universitário.

CEP: 55612-650 - Vitória de Santo Antão – PE Telefone: (81) 3114.1200

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos que contribuíram no decorrer desta jornada, em especialmente: A Deus, que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de toda minha vida, e não somente nestes 5 anos como universitária. À minha família, que sempre me apoiou nos estudos e nas escolhas tomadas, especialmente a minha querida mãe (Cristiane Maria da Silva). A minha orientadora Prof. Shirle Sibelle de Oliveira, que teve papel fundamental na elaboração deste trabalho, me guiando e auxiliando a todo o momento. Aos meus amigos, pelo companheirismo e disponibilidade para me auxiliar em vários momentos.

*“Lutar pela igualdade sempre que as diferenças nos discriminem, lutar pelas diferenças sempre que a igualdade nos descaracterize.”*

*(Boaventura de Souza Santos, 2003).*

## RESUMO

A dosimetria da pena consiste em um instituto de mediação de uma sentença penal, onde se é tratada no direito penal brasileiro, através do sistema trifásico, onde é definida a fixação da pena base, a identificação dos agravantes e atenuantes e por último as causas de aumento e diminuição, em todas elas, motivadas. Essa pesquisa busca analisar quais os impactos da aplicabilidade das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal no que se refere à conduta social e a personalidade na dosimetria da pena, bem como suas divergências no momento de estabelecer a pena, de modo que fique claro pode gerar por conseguintes prejuízos ao acusado tal qual seja a elevação mínima cominada ao delito. Pode-se concluir que é de extrema importância essa análise, pois o juiz ao definir a pena ele está tratando da vida de uma pessoa, devendo se basear tão somente na conduta praticada, e não nas circunstâncias relacionadas ao autor, uma vez que a conduta social e a personalidade estão ligadas ao agente e não ao fato, podendo assim ser estabelecida uma pena injusta ao acusado. Sendo por meio de uma pesquisa de natureza hipotético-dedutiva, de cunho teórico, através de pesquisas bibliográficas.

**Palavras-Chave:** Código Penal. Dosimetria. Pena.

## **ABSTRACT**

Penalty dosimetry consists of an institute of mediation of a criminal sentence, which is dealt with in Brazilian criminal law, through the three-phase system, where the establishment of the base penalty is defined, the identification of aggravating and mitigating factors and, finally, the causes of increase and decrease, in all of them, motivated. This research seeks to analyze the impacts of the applicability of the legal circumstances of article 59 of the Penal Code with regard to social conduct and personality in the dosimetry of the penalty, as well as their divergences when establishing the penalty, so that it is clear that it can generate consequently damages to the accused, such as the minimum elevation imposed on the crime. It can be concluded that this analysis is extremely important, as the judge, when defining the penalty, is dealing with the life of a person, and should be based solely on the conduct practiced, and not on the circumstances related to the author, since the conduct social and personality are linked to the agent and not to the fact, thus an unfair penalty may be established for the accused. Being through a research of a hypothetical-deductive nature, of a theoretical nature, through bibliographical research.

**Keywords:** Criminal Code. Dosimetry. Feather.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ART - Artigo

CF – Constituição Federal

CP – Código penal

CPP – Código do processo penal

LEP – Lei de execução penal

ONU – Organizações das nações unidas

PE - Pernambuco

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>   | <b>09</b> |
| <b>2 A HISTORICIDADE E PANORAMA CONCEITUAL DA PENA.....</b>                | <b>12</b> |
| <b>2.1 Histórico e Evolução.....</b>                                       | <b>12</b> |
| <b>2.2 As penas e suas finalidades.....</b>                                | <b>15</b> |
| <b>2.3 Conceito de Sentença Penal.....</b>                                 | <b>17</b> |
| <b>3 APLICAÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....</b>                  | <b>20</b> |
| <b>3.1 Aplicação da Pena.....</b>  | <b>20</b> |
| <b>3.2 Princípios norteadores da aplicação da pena.....</b>                | <b>20</b> |
| 3.2.1 Princípio da Legalidade ou reserva legal.....                        | 21        |
| 3.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....                         | 22        |
| 3.2.3 Princípio da individualização da pena.....                           | 23        |
| 3.2.4 Princípio da culpabilidade.....                                      | 24        |
| 3.2.5 Princípio da proporcionalidade.....                                  | 25        |
| 3.2.6 Princípio da anterioridade.....                                      | 26        |
| 3.2.7 Princípio da humanidade.....   | 27        |
| <b>3.3 Modelos de Aplicação da Pena.....</b>                               | <b>29</b> |
| 3.3.1 Modelo Bifásico.....   | 29        |
| 3.3.2 Modelo Trifásico.....  | 30        |
| <b>4 DOSIMETRIA DA PENA.....</b>   | <b>32</b> |
| <b>4.1 Circunstâncias Judiciais.....</b>                                   | <b>33</b> |
| <b>4.2 Circunstâncias Agravantes e Atenuantes.....</b>                     | <b>38</b> |
| <b>4.3 Causas de Aumento e Diminuição.....</b>                             | <b>40</b> |
| <b>4.4 Direito penal do autor x Direito penal de fato.....</b>             | <b>41</b> |
| <b>4.5 Impactos da aplicação da conduta social e da personalidade.....</b> | <b>42</b> |
| <b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>   | <b>44</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>46</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

As circunstâncias judiciais são os fatores que podem vir a determinar o crime, assim como no aspecto objetivo quanto subjetivo, do qual o julgamento encontra-se à critério do juiz, que, ao consultar o art. 59 do Código Penal vigente, irá analisar as eventualidades, antecedentes, culpabilidade do agente, entre outras coisas mais.

A dosimetria da pena consiste no método aplicado pelo magistrado em seguida a pronúncia de uma sentença condenatória em desfavor do réu. É necessário ressaltar não apenas as limitações definidas na norma secundária do tipo penal, bem como os princípios que regulam a prescrição da sanção, especificamente o da individualização da pena, instituído no art. 5º, XLVI, da Carta Magna de 1988, também o da proporcionalidade, possibilitando a sujeição de uma pena precisa, segundo as particularidades do fato efetivo, sem que o juiz incida em descomedimento, ao empregar uma pena maior do que a exigida para penalizar o condenado, permitindo a sanção aquém do conjecturado para o fato praticado.

Em outras palavras, refere-se a dosimetria da pena do processo judicial posto de maneira discricionária e, ao mesmo tempo, relacionada juridicamente mediante o qual o juiz direciona, ao consolidar a pena ao réu, solicitar a prevenção e advertência da infração penal. Denota-se processo juridicamente subjugado devido ao julgador que agirá dentro dos limites estipulados pela legislação, ou seja, sua arbitrariedade deve-se adequar com as limitações mínimas e máximas da pena estipulada subjetivamente pelo tipo penal. Dessa forma, o magistrado necessita qualificar o montante justo para sanção, amparando-se, de sua soberana concessão, o qual precisará ser fundamentado conforme lei.

Contudo, sempre que o magistrado escolher por aumentar a pena se fundamentando em alguma conjuntura do art. 59 do Código Penal é essencial que comprove verdadeiramente o fundamento para a exasperação.

No Código Penal o sistema adotado para aplicação da pena é o sistema trifásico, o qual compõe a dosimetria da pena, sendo dividido em três fases, a primeira: circunstâncias judiciais, a segunda: circunstâncias agravantes e atenuantes, e a terceira: causas de aumento e diminuição de pena. Onde o Juiz através dessas três fases determina qual a pena definitiva do acusado.

Dentro dessas circunstâncias judiciais, se encontra a conduta social e a personalidade, que é um dos pontos os quais o Juiz deve analisar. Mas, determinar a pena através da conduta social e da personalidade de um indivíduo vai além de uma objetividade, é julgar pelo que ele é e não pelo que ele fez.

Nesse sentido, é clara a presença da subjetividade nessa circunstância judicial, pois a má observação da conduta social e da personalidade poderá gerar consequências como a elevação da pena mínima cominada ao delito, logo, se valer dessa conduta analisando o comportamento do acusado em meio ao seu trabalho e a sociedade é uma forma injusta de determinar sua pena.

Como os impactos da aplicabilidade das circunstâncias judiciais no que se refere à conduta social e a personalidade do artigo 59 do Código Penal, afetam na dosimetria da pena?

Valorar a pena do condenado se baseando nas circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade, é o mesmo que elevar sua pena sem fundamento, visto que, a subjetividade é sua principal característica. A aceitação do direito penal de fato, no que concerne a conduta social do artigo 59 do Código Penal sobre as circunstâncias judiciais, destarte, só deverá ser analisado a conduta praticada, e não as circunstâncias relacionadas ao autor.

A dosimetria da pena trata de situações bastante significantes, onde o Estado através do Juiz estabelece a pena por meio do sistema trifásico, sendo assim, é de suma importância a sensibilidade na hora da sua aplicação, logo, essa pena esta sujeita a erros que são de difícil reparação e complexidade, uma vez que esteja lidando com a liberdade de um indivíduo, o qual é um direito garantido pela Constituição Federal a toda as pessoas.

Diante do exposto, essa pesquisa tem o objetivo principal de analisar quais os impactos da aplicabilidade das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal no que se refere à conduta social e a personalidade na dosimetria da pena, bem como suas inconformidades na valoração da pena, de modo que esclareça que pode gerar, por conseguintes malefícios ao acusado tal qual seja a elevação mínima cominada ao delito.

Desse modo, é imprescindível analisar a aplicação das circunstâncias judiciais, mais especificamente a conduta social e a personalidade, na dosimetria da pena, de maneira que vai muito além de uma pena estabelecida, pois trata da vida

de uma pessoa, o que traz um caráter de subjetividade, diferentemente do direito penal do autor, que é uma exceção à aplicação da pena, o qual não deveria ser, pois o Estado-Juiz deveria se basear tão somente da conduta do indivíduo, e não de outras circunstâncias que ultrapasse o limite da sua conduta.

Cabe ressaltar que as circunstâncias judiciais possuem natureza residual, ou seja, o juiz deve identificar a presença ou não de circunstâncias legais, que são as previstas de modo expreso pelo tipo penal, como as qualificadoras, privilegiadoras, causas de aumento e de diminuição de pena, agravantes e atenuantes. Logo, só formarão circunstâncias judiciais aquelas que não forem circunstâncias legais. Como a futilidade na prática do homicídio não pode ser considerada na fixação da pena-base, pois o tipo penal é expreso ao dizer que o motivo fútil qualifica esse crime.

No primeiro capítulo será abordado sobre a historicidade e panorama conceitual da pena, de maneira que é fundamental entender e conhecer sua história, sua evolução, suas finalidades, e como foi seu processo até chegar no direito penal que utilizamos hoje, como também entender a sentença penal.

Em um segundo momento será exposto acerca da aplicação da pena no ordenamento jurídico brasileiro, onde também será tratado sobre alguns princípios fundamentais para tal aplicação, uma vez que os princípios são à base de toda e qualquer decisão, sendo fundamental o estudo de alguns deles.

Por fim, será debatido sobre a dosimetria da pena, onde sera apresentada as fases que a compõe, sendo elas, as circunstâncias judiciais, as circunstâncias agravantes e atenuantes, e as causas de aumento e diminuição da pena. Além disso, será discutido a respeito do direito penal do autor versus o direito penal do fato, onde será mostrado as contrariedades da aplicação do direito penal do autor nas circunstâncias judiciais, especificamente, na conduta social e na personalidade.

## 2 A HISTORICIDADE E PANORAMA CONCEITUAL DA PENA

As penas no direito penal são punições definidas pelo legislador e normatizadas na parte especial do Código Penal. É necessário que haja a regulamentação para que a convivência em sociedade não ultrapasse os direitos e os limites dos cidadãos.

### 2.1 Histórico e Evolução

Começando a falar sobre a vingança privada: o homem sempre necessitou viver em grupos, com o passar dos tempos foram surgindo às contendas trazendo uma série de atritos e descontentamentos, sendo à época resolvida de acordo com o senso do líder de cada grupo, o que acontecia na maioria das vezes com derramamento de sangue.

“Surgiu no Código de Hamurabi, Rei da Babilônia, em XVIII a. C., posteriormente espraiando-se para outras legislações” (NORONHA, 2000, p. 21).

Foi uma legislação surgida no século XVIII, através desse código, fundamentado na lei de talião que nasceu a expressão “olho por olho, dente por dente”, o qual se dizia que a pessoa que cometeu determinado crime deveria pagar por ele na medida de suas proporcionalidades, por exemplo: quando o indivíduo enganasse a alguém imputando falso contra uma pessoa, e o mesmo não pudesse demonstrar tal verdade, então a pessoa que enganou era condenada à morte. Ou até mesmo o simples fato de roubar também lhe cairia uma pena mortal.

Nos nossos dias atuais, sabe-se que é uma lei desmoderada, primitiva, que não se observa mais em nossa sociedade, porém, podemos dizer que conforme sua história a lei de talião pode ser considerada como um avanço, antes do código a vítima ficava a mercê de sua vontade para fazer o que achava melhor.

Assim discorre Canto sobre o talião:

Apesar de se dizer comumente pena de talião, não se tratava propriamente de uma pena, mas de um instrumento moderador da

pena. Consistia em aplicar no delinquente ou ofensor o mal que ele causou ao ofendido, na mesma proporção. (CANTO, 2000, p. 8).

Através da regra da composição, isso foi se modificando. Aqui o ofensor poderia reparar seu dano, ou seja, o ofensor podia comprar sua liberdade com dinheiro, gado e objetos, sendo remotamente a origem da reparação civil e das multas penais.

As civilizações do antigo oriente possuíam uma legislação penal caracterizada pela natureza religiosa de suas leis, originando-se da divindade. Nesse sentido, o agressor deveria ser castigado para aplacar a ira dos deuses e reconquistar a sua benevolência. (SHECAIRA; JUNIOR, 2002, p. 26).

Nessa fase, os povos decidiam tudo através da religião, ou seja, a repressão ao crime cometido pelo infrator, era a ira da divindade ofendida pelo crime e os castigos eram administrados pelos sacerdotes, uma vez que feria os deuses e àqueles eram seus mandatários. Os infratores eram penalizados com severidade, crueldade e penas desumanas.

Nesta época, os crimes cometidos eram considerados um pecado contra os deuses, e por isso, recairia sobre o indivíduo uma pena, que seria para purificar sua alma.

Daí com a evolução do tempo vieram à vingança através do estado, a chamada vingança pública, nessa fase a sociedade já estava mais organizada, onde os soberanos tinham mais poderes.

“Com relação à pena em Grécia e Roma, é ressaltado o caráter sacro revelado nas obras dos grandes trágicos gregos. Entretanto, algum tempo depois, a pena se torna pública, variando sua severidade de acordo com o tipo de delito”. (SHECAIRA; JUNIOR, 2002, p. 28).

Assim, depois de tantas realidades vivenciadas pelas tribos, o indivíduo cansado vem a se deparar com a necessidade de além de organizar em grupos, também da instituição de um poder regulador, para reger a todos com imparcialidade.

O estado ainda não aplicava a pena de maneira proporcional, a vingança divina ainda tinha grande influência nessa época, mas pode-se dizer que nesta fase teve uma grande evolução, contudo nessa época o estado passa a ter mais poderes, mesmo com toda influência religiosa.

“A partir do início do século XIX, a pena passa a existir como forma de reprimir o crime, mas ela também deve ser estabelecida para que exerça uma função preventiva.” (NUNES, 2016, p. 261).

Depois de tantas fases percorridas, chegando ao período contemporâneo, onde não existe mais pena cruel nem degradante como forma de punição. Aqui a pena não só serve como punição, mas também como forma de prevenir o crime enquanto o criminoso estiver encarcerado, contanto o crime não deixa de existir, embora aqui o estado tenha a obrigação de tentar recuperar o encarcerado fazendo com o que o mesmo pense sobre os atos cometidos.

Aqui o estado é o detentor do poder de punir, de onde mais não existiria a pena de morte e sim a missão de ressocializar e reintegrar o indivíduo a sua sociedade. Como também transformar a pessoa cujo crime foi cometido em uma pessoa que não mais cometeria tais atos delituosos, ou seja, a mudança do criminoso em um cidadão de bem para o convívio no seu meio social.

Vimos que as penas, anteriormente, tinham uma natureza aflitiva, ou seja, o corpo do delinquente pagava pelo mal que ele havia praticado. Era torturado, açoitado, crucificado, esquartejado, esfolado vivo, enfim, todo tipo de sevícias recaía sobre seu corpo físico. (GRECO, 2016, p.589).

Todo e qualquer tipo de punição recaía sobre o corpo do delinquente, que como exemplo mais simples pode citar as leis de talião, como já foi mencionado no presente trabalho, qualquer tipo de crime que o indivíduo houvesse praticado recaía sobre o seu corpo, era castigado fisicamente na medida de sua prática criminosa vale ressaltar que muitas das vezes os castigos eram desproporcionais com o erro que o indivíduo havia cometido, as penas eram as mais cruéis possíveis, poderia ser de perder um membro de seu corpo desde pagar pelo crime cometido até com sua própria vida.

No entanto, foi no final do século XIX que de fato ocorreu o ápice da pena privativa de liberdade, com o intuito de dá melhores condições de vida dos apenados. Posteriormente, no século XX inicia-se a busca por mecanismos efetivo para a ressocialização dos detidos, com uma função mais crítica, projetando melhores cenários para a vida dos prisioneiros, capacitando-os para o regresso do convívio social através da recuperação e ressocialização. (NUNES, 2016, p. 120)

Como afirma Rogério Greco, passaram a ser desenvolvidos “novos sistemas penitenciários, procurando-se preservar a dignidade da pessoa humana, evitando-se os castigos desnecessários, as torturas, os tratamentos degradantes a que eram submetidos os presos. (GRECO, 2016, p. 67)

Com a evolução do direito e a aplicabilidade da pena essa forma de pagar pelo crime que já houvera cometido deixa de existir, daí surge a fase da humanização, as penas começaram a ser mais “leve” em consideração ao que se era vivido anteriormente, o ser humano começou a ser tratado com mais respeito, assim podemos dizer que a pessoa que cometesse crime sofreria menos, a partir dessa fase começaram a surgir as penas de forma mais humana, a qual a mais comum era ser privado de seu direito de viver em liberdade as chamadas prisões, no Brasil tem-se três formas de prisões, os chamados regimes, são eles: o regime aberto, o regime semiaberto e regime fechado.

## **2.2 As Penas e suas Finalidades**

A sanção foi criada pelo estado para punir alguém que comete algum delito, sendo a consequência advinda de alguma infração cometida. O estado é detentor do direito de punir, assim, compete só a ele punir o indivíduo que venha a cometer algum delito tipificado no código penal. A mesma é exercida para evitar que novas infrações venham a ser cometidas.

“Pena é a sanção, consistente na privação de determinados bens jurídicos, que o Estado impõe contra a prática de um fato definido na lei como crime”. (BRUNO, 2003, p. 22).

Então toda sociedade deve cumprir o que a lei determina para que se tenha um bom convívio entre todos, além do mais onde cada pessoa possa ter um relacionamento harmônico respeitando o direito de cada um, já que uma vez violada essas regras surgem para o estado o poder de punir o infrator.

A pena tem a característica de ser uma forma de controle para a sociedade para que todos possam conviver bem, e como chefe dessa organização tem-se o Estado, que interfere nos conflitos sociais e não deve ser insatisfatório e nem passar dos limites, quando se trata de aplicabilidade da pena. Sendo assim vê-se a grande importância do Direito penal para a sociedade, que desde os primórdios de um jeito ou outro busca se organizar na resolução de seus conflitos.

A pena, imposta pelo Estado, trás três teorias onde são discutidas sua aplicabilidade. A primeira é a teoria absoluta ou retribucionista, que consiste tão somente em castigar o condenado através da retribuição do mal praticado, sem pensar no futuro ou em alterar a realidade, ou seja, não há indicativo de elementos de ressocialização ou, ainda, de orientação para correção de prática criminosa. Sendo o único objetivo castigar o autor de determinado crime.

Já a segunda teoria é a relativa, também conhecida como preventiva, para essa teoria a fundamentação da pena é voltada para o futuro e a justificação reside na necessidade de prevenção dos delitos. Essa teoria está atrelada ao caráter preventivo do Direito Penal, uma vez que se preocupa, ao estabelecer uma pena, a reeducar o condenado e desestimular a prática de determinado delito por outros indivíduos.

Por fim, a terceira teoria é o modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme estabelece o artigo 59 do Código Penal, que é a teoria mista ou unificadora da pena, sendo a teoria que adota a concepção de que a pena deve, simultaneamente, ter caráter retributivo e preventivo. Esta teoria faz a junção de elementos das duas teorias anteriores, ou seja, serve tanto para a punição direta do indivíduo, quanto para a sinalização de alerta à sociedade, no sentido de desmotivar que outros cidadãos cometam o mesmo crime.

A pena tem por finalidade solucionar o problema da grande crescente onda de crimes, ela previne a todos mostrando o que não se deve fazer, mostrando que se caso cometer alguma infração lhe será aplicado uma sanção. Ou seja, levará qualquer pessoa a pensar, opa, se eu cometer tal violação contra os preceitos

jurídicos eu vou ter que responder por tal fato, daí então, antes de realizar uma conduta o agente pensaria a não cometer tais delitos.

Isto é, a punição antigamente era tão somente aplicada ao indivíduo como uma lição para ensinar-lhe que ele não cometesse nenhum delito, pois se isso acontecesse cairia sobre o mesmo uma penalidade como forma de retribuição por o mal cometido. Mas com o passar do tempo veio também como prevenção, já que enquanto ele estivesse preso não poderia cometer nenhum delito, além disso, passou a sanção ser observada com outros olhos para poder implementar um meio que pudesse ressocializar o preso para que ele não cometesse tais atos delituosos.

### **2.3 Conceito de Sentença Penal**

Ato processual consiste naquele praticado com o intuito de ocasionar efeitos no processo, conforme discorre Bonfim (2009). No entanto, os atos processuais são classificados e divididos em atos das partes e atos jurisdicionais. Os atos das partes subdividem-se em postulatórios, dispositivos, instrutórios ou reais, e os atos jurisdicionais em despachos e decisões, onde estes são os de maiores importância para essa pesquisa.

Os despachos consistem em pronunciamentos sem carga decisória que tem o objetivo de ocasionar movimentação do processo. Conforme apresenta Oliveira (2008, p. 499), são “[...] atos em que o juiz apenas determina o seguimento do feito, atendendo ao curso das etapas procedimentais, sem se deter na análise de qualquer questão controvertida [...]”.

Já as decisões são ações oferecidas pelo juiz é deliberado para resolver alguma questão de direito material ou processual, como discorre Oliveira (2008):

[...] E há atos em que o juiz é chamado a resolver ponto ou questão sob os quais paira controvérsia relevante, seja sobre a própria pretensão de direito material (punitiva), seja sobre matéria exclusivamente processual, relativa tanto aos pressupostos processuais quanto às condições da ação, entre as quais se incluem a justa causa (art. 395, III, CPP), temos aqui as decisões judiciais. (Oliveira, 2008, p. 499)

As decisões são divididas em interlocutórias e definitivas. As interlocutórias consistem em “soluções deliberadas pelo juiz, sobre a questão controversa, e abrange a contraposição de interesses dos envolvidos, podendo ou não encerrar o processo [...]” (NUCCI, 2010, p. 652), além do mais podem ser simples ou mistas.

As decisões interlocutórias simples deliberam acerca de uma controvérsia sem pôr fim ao processo ou a uma fase ou etapa procedimental, possuindo um mínimo de cunho decisório, como ocorre na decretação da preventiva, quebra do sigilo telefônico ou fiscal, determinação de busca e apreensão, recebimento de denúncia ou queixa, etc, e as decisões interlocutórias mistas resolvem uma controvérsia – possuem caráter decisório, colocando fim ao processo ou uma fase do mesmo, como, por exemplo, pronúncia, impronúncia, acolhimento de exceção de coisa julgada ou litispendência, desclassificação, etc. (LOPES JR., 2014).

Acerca das decisões definitivas, consiste naquelas que são proferidas pelo magistrado e que põem termo ao processo, analisando a procedência ou improcedência da imputação, ou apenas coibindo o intuito punitivo do Estado, como por exemplo, no reconhecimento de causa extintiva da punibilidade, ou seja, a prescrição.

Além disso, as decisões são classificadas em: decisões terminativas de mérito, sentenças absolutórias e sentenças condenatórias. As decisões terminativas, isto é, definitivas, no contexto estrito, ou terminativas de mérito, o juiz observa o mérito, no entanto, sem conclusão da condenação ou absolvição. Apenas possui natureza de eficácia declaratória.

Cenário que acontece quando o juiz afirma a anulação da punibilidade fundamentada no art. 107 do CP. Em relação às sentenças absolutórias, pode-se afirmar que é aquela decisão em que o juiz não acolhe a pretensão punitiva estatal. Podem ser próprias, as quais não acolhem a pretensão punitiva do Estado e não impõem qualquer sanção, ou impróprias, aquelas em que o juiz, apesar de não acolher a pretensão da acusação, reconhece a existência da infração penal e aplica uma medida de segurança (BONFIM, 2009).

Ocorre a sentença condenatória no cenário em que “[...]o juiz julga concludente a pretensão punitiva do Estado, determinando a sanção penal devida, até então prevista de modo mais abstrato, a ser requerida pelo acusado” (NUCCI, 2010, p. 653).

Destaca Lopes JR. (2014, p. 1116) que, “com exceção dos despachos de mero expediente, as decisões e as sentenças devem ser baseadas, diante da pena de nulidade [...]”.

A sentença pode ser considerada de modo isolado como ato fundamental do processo, que cabe, basicamente, atender a determinados critérios, ou como ato último e de conclusão da metodologia procedimental”. Logo, a sentença é o ato mais relevante do processo, eis que aplica o direito ao caso concreto e soluciona o conflito de interesses considerando a sua apreciação.

## **3 APLICAÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

### **3.1 Aplicação da Pena**

O Código Penal Brasileiro determina um limite abstrato (entre um mínimo e um máximo) para as penas. Estes limites são conduzidos pelo juiz na hora da dosimetria da pena.

A dosimetria da pena é um mecanismo de suma relevância para o magistrado, considerando que é nessa fase que o juiz, investido do poder jurisdicional, aplica ao autor da infração a pena que, conforme os critérios legais determinados, busca reprovar e prevenir o crime praticado. Sendo assim, a partir de certos critérios que ocorre a individualização da pena.

### **3.2 Princípios norteadores da aplicação da pena**

Os princípios são à base do ordenamento jurídico, é a estrutura de onde é fundamentada toda e qualquer decisão. Possuem a natureza de orientar, guiar, conduzir o Juiz para que assim ele venha ter uma maior compreensão do direito, e uma melhor orientação e segurança na hora da fundamentação da pena.

Segundo Harger (2001, p.16) os princípios são:

Normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com um grau de generalidade e abstração elevado e que, em virtude disso, não possuem hipóteses de aplicação pré-determinadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-los, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representarem os valores positivados fundamentais da sociedade.

Existem diversos princípios que informam o sistema da aplicação de pena, entre eles se tem princípios explícitos e implícitos, os quais se diferenciam das normas, pois as normas são aplicadas de forma exata, sem haver meio termo.

Sendo assim, serão abordados alguns princípios gerais, que norteiam a pena. Podemos comparar os princípios a um fio condutor, quer seja de interpretação e condução, e assim ser aplicado.

Segundo Boschi (2014, p. 32) os princípios tem uma função dupla, a *ratio legis* e a *lex*, a primeira função tem por finalidade auxiliar o operador do direito, a extrair o sentido das normas para que assim ele venha constatar uma solução legal ou jurídica reclamada para a situação. Já a segunda função busca fechar as lacunas legislativas, das quais as leis e os códigos não podem preencher.

Sendo assim, a função *ratio legis* é basicamente uma ferramenta que é extraída do operador, no caso da aplicação da pena, o juiz, onde ele se baseia de tais ferramentas para assim retirar conhecimento das normas. Posto isto, essa função se funda em guiar o interprete ou juiz na determinação do sentido dos textos legislativos. Enquanto a função *lex*, é uma espécie de norma revestida de força normativa, onde busca resolver as divergências, as dúvidas existentes.

Desse modo, serão expostos alguns princípios gerais, os quais são basilares para a aplicação da pena, são eles: Princípio da legalidade, Princípio da dignidade da pessoa humana, Princípio individualização da pena, Princípio da culpabilidade, Princípio proporcionalidade, Princípio da anterioridade e o Princípio da humanidade.

### 3.2.1 Princípio da Legalidade ou reserva legal

O princípio da legalidade também é conhecido como reserva legal, está contido dentro da Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXIX, onde deixa expressamente que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, bem como, no código penal em seu artigo 1º. Ele se resume em uma verdadeira limitação no poder punitivo do Estado.

Esse princípio nos traz também que a lei deve ser estrita, escrita, prévia e certa. Estrita, pois ela proíbe analogia contra o acusado, quando se fala em escrita é porque ela proíbe o costume incriminador, já quando se fala em certa é que ela proíbe a criação de tipos penais vagos indeterminados, e quando se diz que a lei deve ser prévia, é que ela proíbe a aplicação de um tipo penal para fatos ocorridos anteriormente a sua entrada em vigor.

Moura (2016, p.36) fala que a base do princípio é igual, porém o que diferencia é a forma como ele é expresso. Seguindo esse pensamento o princípio da legalidade estaria presente em especial no direito penal, como em todo o ordenamento jurídico, através também da estrita reserva legal.

Esse princípio faz menção ao fato de que o agente será condenado se caso, a determinada conduta criminosa, se está estiver fixada em lei, igualmente na aplicação da pena. Refere-se, portanto, à limitação do poder estatal, como uma forma de garantir os direitos fundamentais individuais em face da intervenção penal.

Para Bitencourt (2008, p.11) o princípio da legalidade ou reserva legal, se dá através de uma efetiva limitação ao poder de punir do Estado e ressalta que tal princípio é voltado a garantir uma segurança jurídica e que o indivíduo não será punido por algo que não esteja expresso em lei como tal sanção.

O Estado de direito é um marco para o princípio da legalidade, é o seu principal fundamento, onde traz a finalidade da segurança jurídica, sem essa segurança iríamos retroceder a Idade Média, a idade do absolutismo, onde nessas épocas não haviam normas, leis que pudessem garantir uma legalidade. Essa legalidade compreende a obediência às formas e aos procedimentos exigidos na criação na lei penal e, principalmente, na elaboração de seu conteúdo normativo.

### 3.2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Há direitos que pertencem aos humanos, pelo simples fato de serem humanos. A dignidade da pessoa humana é um vetor a partir do qual devem todos os demais princípios, a partir do qual todo o ordenamento processual deve ser interpretado. Tal princípio encontra-se no inciso II, art.1º da Constituição Federal de 1988, sendo um dos princípios mais significativos, uma vez que está presente em todo ordenamento jurídico, e em todos os ramos do direito.

Kant (2009, p.42) foi um filósofo que marcou tal princípio, pois ele dizia que reconhecer a dignidade na pessoa humana significa reconhecer, que a pessoa tem valor superior ao objeto. Vale dizer que, a pessoa não pode e nem deve ser tratada como objeto. A pessoa tem valor central no sistema de direitos, e por ser fonte de

múltiplas potencialidades, a pessoa merece o tratamento central e não pode ser equiparada a coisa.

Por conseguinte, é notória a importância de tal princípio e da existência de requisitos básicos para a sobrevivência de cada pessoa, sendo obrigação e papel do Estado, como deixa claro a Constituição Federal. Embora que o indivíduo não esteja em convívio com a sociedade, e sua liberdade esteja limitada a uma prisão por exemplo, ele é considerado sujeito de direito de qualquer forma, como todo e qualquer ser humano, motivo pelo qual seu direito não poderá ser violado.

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. [...]. (PRADO, 2005, p. 143).

Fica evidente que o valor do que qualquer pessoa independe de qualquer situação ao qual ela se encontra, pois só pelo fato de fazer parte da espécie humana, já condiz ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois essa dignidade vai muito além do valor que a pessoa ocupa dentro da sociedade.

Portanto, nos dizeres de Nucci (2010, p. 216), “a intervenção do Estado é desejável, na medida em que se acate a liberdade individual como bem supremo, preservando-se a dignidade da pessoa humana na exata demanda do Estado Democrático de Direito”, logo, deve haver uma proporção na medida em que o Estado intervê nessa dignidade.

### 3.2.3 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena está previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988. Como doutrina Nucci, (2007, p.30) “Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particular o que antes era genérico [...]”. Logo, tal princípio trás uma garantia fundamental ao apenado, devendo estabelecer uma pena única para cada indivíduo.

A individualização da pena, conforme Shecaira e Junior (2002) têm três fases bem distintas, a primeira delas é a fase da cominação das penas, a segunda é a fase das aplicações da pena, e a terceira fase é uma fase que acontece na execução das penas. Como são três etapas, cada uma delas exprimem algo diferente, a cominação é aquela fase da individualização da pena que acontece no plano abstrato e ela é de competência do legislador.

Quando o legislador vai fazer a seleção dos nossos bens, somente os bens mais importantes e necessários é que vão fazer parte desse ciclo fechado do direito penal. Depois de selecionado o bem, o legislador começa a comparar um bem com o outro, por exemplo, ele protegeu a vida, mas ele também protegeu a honra, o patrimônio, e assim sucessivamente. A forma que o legislador tem para poder mensurar tais bens é efetivamente cominando as penas, por exemplo, a pena de um crime doloso, como regra, ela tem que ser punida mais severamente que um crime culposos.

A aplicação da pena é a fase da individualização que vai acontecer no plano concreto, e agora ela é exclusiva do julgador, tal fase não cabe mais ao legislador. Logo, o juiz se valerá do critério trifásico para estabelecer e definir a pena, qual deverá ser única para cada indivíduo, sendo assim, a pena tem que ser necessária e suficiente para reprová-lo e para preveni-lo.

Por fim, na terceira fase é onde acontece a execução penal imposta pelo julgador, de acordo com o crime cometido. É quando o condenado deverá cumprir a pena que lhe é devida.

#### 3.2.4 Princípio da culpabilidade

Tal princípio tem como uma grande característica a limitação na aplicação da pena, de modo que o magistrado deverá ter como base a conformidade da culpabilidade do sujeito em razão do ato cometido. Este princípio estende-se explicitamente na Constituição Federal, em contrapartida é fundamental para a delimitação da pena.

Segundo Greco (2014, p. 93):

Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo [...].

O princípio da culpabilidade é aquele que vai dizer que toda responsabilidade penal nos estados democráticos de direito, ela é decorrente de dolo ou ao menos de culpa. Não existe responsabilidade penal no nosso ordenamento jurídico, por um ato meramente fortuito. Logo, toda responsabilidade penal se dá ou porque o indivíduo quis o resultado, ou porque o indivíduo pôde prever o resultado, mas por imprudência, negligência ou imperícia, ele acabou causando esse resultado mesmo assim.

O conceito de culpabilidade para é Ferrajoli (2014, p. 447) é definido como:

[...] nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.

A culpabilidade nada mais é que atrelar à responsabilidade criminal a presença de um elemento subjetivo, que pode ser o dolo, ou seja, a vontade do sujeito de praticar o crime e quer o resultado, mas pode ser também a culpa, ou seja, a uma previsibilidade de que o resultado possa ocorrer, mas mesmo assim o agente age sem o devido cuidado que lhe era exigível naquelas circunstâncias, e em função disso acaba causando o resultado criminoso.

### 3.2.5 Princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade é um critério de aplicação de qualquer norma do ordenamento jurídico. Esse princípio no direito penal é basicamente uma verificação

de compatibilidade entre os meios empregados para se atingir determinado fim, e estes fins próprios que foram elencados para serem atingidos, pode-se dizer, uma via de mão dupla.

Para Prado (2005, p. 149) esse princípio acaba por se espriar em três vertentes ou em três princípios, que seriam: Da idoneidade ou adequação, a necessidade ou inexigibilidade, e a proporcionalidade em sentido estrito.

Quando se fala em idoneidade, se fala em pena, tem de se entender a resposta penal como idônea a aquela lesão ao bem jurídico tutelado. Ela tem que ser adequada, tem que ser qualitativamente idônea, própria, ou seja, não se pode pensar numa resposta penal para determinada conduta criminosa que não tenha a qualidade de pena criminal, que não sirva aos propósitos na pena. Portanto, ela tem que ser idônea, atender as qualidades da pena criminal.

A necessidade diz respeito à razoabilidade propriamente dita, ou seja, não se pode pensar numa resposta penal para toda e qualquer lesão, ela tem que ser exigível para aquela lesão ou bem jurídico, e é por isso que temos vários princípios norteadores no direito penal, que dizem respeito a essa resposta penal. Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, fala-se desse liame psicológico que deve haver entre graduável e deve haver entre o fato praticado e a consequência jurídica, não se pode pensar em excessos nessa resposta criminal.

Portanto, a resposta penal ao fato segundo esse princípio deve ser aquela resposta que obedeça aos critérios, por exemplo, de culpabilidade, ou seja, quem dizem respeito a valoração da sua conduta, mas também a valoração da lesão produzida, bem como, aos atendimentos aos limites estabelecidos pela norma penal.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, num aspecto defensivo, exige-se uma proporção entre o desvalor da ação praticada pelo agente e a sanção a ser a ele infligida, e, num aspecto prevencionista, um equilíbrio entre a prevenção geral e a prevenção especial para o comportamento do agente que vai ser submetido à sanção penal. (MIRABETE, 2005, p. 57).

Dessa maneira, o princípio da proporcionalidade busca uma forma de controle, isto é, dizer se a norma é ou não constitucional, logo, se uma norma não

for proporcional ela se torna inconstitucional. Devendo sempre a pena ser proporcional ao crime cometido.

### 3.2.6 Princípio da anterioridade

O princípio da anterioridade é decorrente do princípio da legalidade, e encontra-se no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal. Naturalmente para se imputar a uma pessoa um crime, o crime em si precisa anteriormente estar previsto em lei, é fundamental que a lei descreva aquela conduta anteriormente como sendo uma conduta criminosa, e que naturalmente seja imputada a respectiva pena.

Está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, sendo um direito fundamental de todos, logo, uma garantia imodificável até por emenda à Constituição, por se referir a cláusula pétrea, conforme o artigo 60, §4º da Carta.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]  
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1988).

Sendo altamente condizente com o Estado democrático de direito e, sobretudo, subsequente do princípio da legalidade, se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não em virtude de lei, somente a lei poderá dizer quais são as condutas tidas como criminosas, tidas como ilícitas, uma vez que o não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

### 3.2.7 Princípio da humanidade

A Constituição Federal proíbe expressamente determinadas espécies de pena, exatamente em razão do princípio da humanidade das penas. São cinco as

modalidades de pena proibidas, consideradas desumanas desde logo pela Constituição. São elas: a pena de morte, salvo em caso de guerra, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento, e as penas consideradas cruéis.

A prisão perpétua é considerada desumana porque para ser considerada humana, para ser condizente com a dignidade, é necessário que se dê o mínimo de esperança, de retorno diante do ambiente social. É necessário que o sujeito tenha um estímulo para continuar vivendo, todavia, a prisão perpétua não condiz com esse estímulo.

Nenhuma pena pode ter caráter perpétuo, pois, a Constituição não proíbe apenas a prisão perpétua, mas sim toda pena com caráter perpétuo.

A pena de morte inviabiliza evidentemente, qualquer chance de o sujeito retornar o convívio social e voltar e de se enxergar de forma construtiva. Sendo assim, a espera para execução da pena de morte é tida como desumana. Em contrapartida, na hipótese de guerra a Constituição admite a pena de morte.

O conceito de trabalho forçado trás bastante divergência, vez que não se pode considerar trabalho forçado todo aquele imposto pela lei, mas aquele que forçasse o sujeito mediante ameaça de um castigo corpóreo ou sofrimento físico ou moral. Em vista disso, prevalece no Brasil que o trabalho pode ser obrigatório, que é aquele em que o sujeito tem o dever de trabalhar, caso contrário ele perde direito a uma série de benefícios e pode receber ainda algumas sanções, como por exemplo, ter suspenso o direito de visita.

Outra pena proibida pela Constituição é a pena de banimento, que é a retirada forçada do território nacional, ou seja, se o sujeito cometeu um crime, não pode consistir na sua retirada do território nacional, daí a dificuldade para se extraditar. Por fim, também é proibida a pena cruel, onde é aquela que impõe um ilegal, um intenso sofrimento, isto é, aquilo que transcende a lei.

Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 177) afirma que:

O princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. [...].

Percebe-se que tal princípio define, estabelece, quais penas são desumanas e não devem ser aplicadas ao preso, de forma para que não venha ferir seus direitos estabelecidos pela Constituição, e lhe causar danos, os quais são considerados inconstitucionais e desumanos.

É cotidiano perceber que em muitos casos a humanidade das penas é desprezada quando se trata do cumprimento em especial da pena de prisão. Ora, o condenado permanece com sua dignidade, ele perde apenas os direitos atingidos pela sentença condenatória. O fato de ter sido condenado o priva de liberdade, mas não do direito ao cuidado médico, não do direito da alimentação, não de todos os demais direitos assegurados na Constituição pela lei, e tantos outros expressos na própria lei de execução penal.

Desse modo, surge à preocupação do constituinte em deixar expressa a necessidade de uma pena com cunho humano, logo, o condenado não perde a dignidade da pessoa humana, e se isso era genérico demais, o constituinte fez questão de especificar e não deixar de forma genérica.

### **3.3 Modelos de Aplicação da Pena**

#### **3.3.1 Modelo Bifásico**

O Código Penal Brasileiro de 1940, a princípio, aderiu o sistema bifásico de aplicação da pena, estruturado por Roberto Lyra. Na primeira fase deste modelo o juiz, ao determinar a pena, deveria observar as circunstâncias judiciais, as atenuantes e agravantes (em sua totalidade, ou seja, em conjunto) e depois dessa análise estabelecer a pena-base.

Na segunda etapa, o juiz deveria fazer uma observação as causas de aumento e redução de pena, de acordo com o disposto no artigo 42 (atual 59 do Código Penal Brasileiro):

Artigo 42: Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável. (BRASIL, 1940).

Ou seja, observa-se a competência do magistrado e dessa forma cabe a sua decisão deferir o grau do dolo e conforme as circunstâncias do delito, sendo esse o antigo modelo de aplicação da pena, bifásico.

### 3.3.2 Modelo Trifásico

Em meados de 1984 ocorreu uma mudança de natureza reformatória no Código Penal Brasileiro, recomendado por meio da Lei n.º 7.209/84 que provocou a mudança do modelo bifásico para o modelo trifásico na aplicação da pena. O novo modelo, configurado por Nelson Hungria, ainda é nos dias de hoje o modelo aderido e fixado a pena-base pelo artigo 59 do referido código, para depois analisar as circunstâncias atenuantes e agravantes e por último as causas de aumento e redução.

Esta alteração pode ser vista na Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro:

Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal remanescem as divergências suscitadas sobre claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento (BRASIL, 1940).

O novo modelo de dosimetria da pena é apresentado no artigo 68 do Código Penal:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou

de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua (BRASIL, 1940).

Previsto no Código Penal do sistema trifásico na sanção da pena, o juiz é obrigado a segui-lo, sob pena de nulidade da sentença penal condenatória, se houver descumprimento.

Ainda conforme Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 213), a proibição da desvalorização plural das circunstâncias, assim “para aplicar esse mecanismo individualizador, é essencial considerar que não se pode desvalorar de modo duplo, e, menos ainda triplamente, uma mesma circunstância.”

Segundo o autor, o que não analisa nesta proibição há a possibilidade de suceder *bis in idem*, pois as circunstâncias do crime simplesmente se desprendem em todas as fases, pena-base, agravantes/atenuantes e causas de aumento/diminuição, quando não cabem a qualificação ou privilegiar o crime.

## 4 DOSIMETRIA DA PENA

O direito penal é composto de regras jurídicas que estão sujeitas a serem descumpridas a qualquer momento. Pode-se dizer que é um dos grandes pontos do Direito essa probabilidade de aplicação de infrações penais, onde o Estado por meio destes causa uma reação, prevendo sanções penais aos violadores da lei.

A dosimetria da pena se dá a partir da sentença condenatória, que é o que põe fim ao processo, sendo necessário na sentença elementos de responsabilidade penal que condenem o indivíduo, para que assim o juiz possa estabelecer a pena através de três fases na dosimetria da pena. A dosimetria da pena tem por função quantificar a pena definitiva, por meio do papel do juiz.

Esse sistema por meio do qual o juiz definirá a pena se chama trifásico e está estabelecido no artigo 68 do código penal, onde se divide em três fases, a primeira fase é onde o Juiz se valerá das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do CP. Na segunda fase ele irá analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes, e por fim as causas de aumento e de diminuição da pena, chegando assim a resultado final. Desse modo, Silva (2003, p. 238) afirma que:

[...] não pode o juiz em única operação fixar a pena. Há necessidade de que observe o critério trifásico, com fundamentação da pena em cada uma das etapas, demonstrando justificadamente o porquê da fixação daquele quantum em cada uma das operações.

É importante mencionar que antes desse sistema trifásico, o sistema utilizado era o bifásico que basicamente tinha as mesmas funções do atual, porém as circunstâncias judiciais e as circunstâncias agravantes e atenuantes eram analisadas e fixadas em uma só fase, e posteriormente eram analisadas as causas de aumento e diminuição da pena.

Todavia, esse sistema trouxe muitas complicações e questionamentos, pois era muito difícil identificar o quantitativo que gerou o aumento ou diminuição de pena, uma vez que as circunstâncias judiciais eram analisadas no mesmo momento. Dessa forma, foi feita a reforma do Código Penal Brasileiro em 1984, onde houve a

mudança para o sistema trifásico, também conhecido como método de Hungria, o qual foi um grande doutrinador que elaborou tal método.

A dosimetria da pena exige do magistrado uma minuciosa ponderação dos efeitos éticos-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais (LIMA, 2012, p. 28).

É nítida a dificuldade do juiz em chegar a um exato, ou seja, a uma pena exata através das circunstâncias na aplicação da pena. Uma vez que não está prescrita a quantidade de um valor único de pena, sendo possível ter divergências como também alguns excessos na hora da sua definição. Além disso, fatores externos ou pessoais também podem influenciar devendo o juiz ter uma atenção redobrada na hora da definição da pena, pois tal complexidade pode comprometer todo o processo da dosimetria.

#### **4.1 Circunstâncias Judiciais**

As circunstâncias judiciais estão descritas no artigo 59 do Código Penal, que são a primeira fase na dosimetria na pena, ou seja, a pena base. A pena base nada mais é que a primeira escolha do juiz, devendo estabelecer a pena dentro na cominação máxima e mínima conforme o crime cometido.

A palavra base deriva do grego *básis* e literalmente significa a planta do pé. Daí que a palavra sugere a idéia de parte que servirá de apoio a alguma outra coisa, como a planta do pé que serve de apoio ao corpo. E é nesse exato sentido que o Código Penal a usou no art. 59. A pena, encontrada a partir da apreciação das circunstâncias judiciais, entre o mínimo e o máximo fixados em abstrato pela lei, servirá de base para que sobre ela se apliquem as reduções ou aumentos porventura existentes contra ou a favor do réu. (FERREIRA, 1995, p. 63).

Dessa maneira, são oito as circunstâncias que compõe a primeira fase, entre elas circunstâncias objetivas e subjetivas, as objetivas são aquelas que por sua vez

diz respeito às circunstâncias do crime, consequências e comportamento da vítima. Já as subjetivas se referem ao sujeito, são elas: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos. Devendo o magistrado analisar cada uma delas e estabelecer se será favorável ou desfavorável ao réu.

É válido ressaltar que, a dosimetria dará início com a pena mínima, e ao longo da análise das oito circunstâncias a pena irá aumentando, não podendo ultrapassar o máximo cominado, devendo ser fundamentado pelo julgador cada aumento ou diminuição. Desse modo, será exposto cada uma dessas circunstâncias de modo a esclarecer cada uma delas.

A culpabilidade do artigo 59 do Código Penal não se confunde com a culpabilidade da teoria do crime, que é um pressuposto da pena. Onde está escrito culpabilidade no artigo 59, deveria ser “grau de culpabilidade”, no sentido de que todo indivíduo deve ser punido, todavia a pena deverá ser maior ou menor de acordo com o grau de punibilidade do agente, logo, o grau de culpabilidade interfere na quantidade da pena.

Tal culpabilidade é qualificada através de um juízo de censura, ou seja, de uma reprovabilidade feita pelo magistrado em relação à conduta típica, ilícita e culpável do condenado. Posto isto, o magistrado irá analisar a conduta do agente do delito para que possa chegar à conclusão de quão reprovável é a mesma, levando em consideração alguns fatores, como por exemplo, a indiferença ou o menosprezo do sujeito no que tange ao bem jurídico tutelado.

O conceito de culpabilidade é uma exceção entre os pressupostos da punibilidade, constituindo um dos instrumentos mais difíceis e obscuros do sistema jurídico-penal. Tanto em seus princípios, como em questões concretas, é discutido e atualmente é difícil marcar por onde transcorrem propriamente as frentes da polêmica. (HASSEMER, 1984, p. 270).

Entende-se então que quanto maior for a reprovabilidade da sua conduta, maior será o grau de culpabilidade aplicado ao sujeito, tendo com antecedentes lógicos um fato típico e antijurídico. Por outro lado, quanto menor for a reprovabilidade do agente, menor será a pena cominada.

Os antecedentes são os fatos anteriores ao cometimento do crime, ou seja, são os fatos da vida pregressa do agente. Pode-se dizer que é um retrato da vida passada do sujeito, no que relaciona a prática de algum crime, é averiguar o passado histórico da vida do sujeito.

Capez (2017, p. 58) expõe que os antecedentes do agente ou os antecedentes criminais do criminoso, são os delitos praticados pelo indivíduo julgado em questão, todavia, somente valerá como antecedentes os crimes praticados anteriores ao fato julgado e também o bom comportamento do indivíduo em sua vida pregressa.

Todo passado do réu que foge do âmbito criminal inclui na chamada conduta social, por exemplo, em um procedimento do Estatuto da Criança e do Adolescente respondido pelo réu quando ele era menor, logo, trata-se de um ato infracional e não de antecedente penal, ou prisão cível por não pagamento de alimentos.

Os maus antecedentes é toda condenação definitiva, desde que não caracterize reincidência. É importante distinguir os antecedentes da reincidência, uma vez que maus antecedentes se caracterizam com o trânsito em julgado da sentença, caso não esteja caracterizada a reincidência, sendo vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Para Jesus (2014) a conduta social está ligada ao passado e a vida social do condenado, por exemplo, de como é a relação dele no seu ambiente de trabalho, com seus familiares e com seus vizinhos.

A conduta social é o estilo de vida do réu, é como ele se apresenta, por exemplo, perante a sociedade, a família, a vizinhança, a seu círculo de amizade, ao seu trabalho. Está conduta deve ser obtida pelo juiz no interrogatório do réu e na prova testemunhal. Todavia o juiz pode investigar ainda mais e determinar a elaboração de laudo técnico através de um psicólogo ou assistente social, embora seja muito difícil o juiz solicitar tal laudo.

O juiz não deve somente se ater as normas estabelecidas, mas sim a realidade do meio em que está inserido o indivíduo. Por outro lado, a observância da conduta social não deve gerar dúvidas a respeito do grau de periculosidade ao seu meio social.

A conduta social não deve ser confundida com os antecedentes, visto que a conduta está relacionada a tudo que rodeia o sujeito, ou seja, a conduta social tem

caráter comportamental. Já os antecedentes estão relacionados a prática de um crime, onde há a intervenção do Estado, por meio do Juiz.

A personalidade do agente é o perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico. São os valores do sujeito, seus interesses e o forma pelo qual os alcança. Vários são os conceitos que formam o significado da personalidade, sendo ela formada por múltiplas experiências, como costumes, valores, genética, como também a influência do meio social.

O posicionamento de Estefam (2017, p. 62) sobre a personalidade do agente, é que esta circunstância está ligada intimamente ao psicológico ou quadro psiquiátrico da personalidade do condenado. Essa circunstância tende a ser mais voltada ao ramo da psicologia, da psiquiatria, e entre outros, do que ao direito, posto que a personalidade do agente é algo que deve ser analisado de forma profunda, buscando avaliar o interior do indivíduo.

No entanto, existem críticas com relação a essa circunstância, tendo em vista se tratar de tema mais voltado ao ramo da psicologia e da psiquiatria, e não do direito, o que causa uma dificuldade em seu emprego pelo aplicador do direito.

Apesar de ambas as circunstâncias tratarem diretamente com o indivíduo, a personalidade não se confunde com a conduta social. A personalidade é um retrato psicológico do indivíduo, enquanto a conduta social busca uma análise externa. Desta maneira, para chegar a um resultado fim nessa circunstância judicial, o juiz deve fazer uma análise intrínseca em relação ao condenado.

Os motivos do crime são os fatores psíquicos que levam o agente a delinquir. O motivo pode ser entendido como aquilo que levou o sujeito a cometer tal ato, ou seja, o motivo é tudo aquilo que se pratica, ou que encontra antes da ação delituosa.

Os motivos determinantes da ação constituem toda a gama dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja ideomotricidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção dinâmica, todas as nossas forças psíquicas. (VERGARA, 1980, p. 563).

Tal circunstância pode ser qualificada positivamente ou negativamente, um pai, por exemplo, que mata o assassino da sua filha, agindo sob o domínio de emoção, deixando-se levar pela euforia do momento, matou o sujeito por ele ter

tirado a vida da sua filha, sendo assim, ele não terá sua pena qualificada negativamente, mas sim, positivamente, tendo uma pena mais leve em relação ao motivo do crime.

Essa circunstância só será utilizada pelo juiz se ela não caracterizar uma qualificadora, privilégio, uma causa agravante ou atenuante, por exemplo, no crime de homicídio o motivo torpe é uma qualificadora, logo não pode ser usada como circunstância judicial. Nessa situação o juiz não poderia aumentar a pena, uma vez que incide em qualificadora.

Ainda assim, é possível que um crime tenha dois ou mais motivos. Nessas situações, um dos motivos poderá qualificar o crime e os outros servirão para elevar a pena.

As circunstâncias do crime são os dados secundários, por exemplo, local do crime, modo de execução, tempo do crime. Diz respeito à gravidade objetiva do crime, quer dizer, aos instrumentos realizados na prática do delito, lugar e tempo do crime, e até o modo de agir. Tudo aquilo que posso evidenciar a conduta e a forma como foi praticada.

Para Masson (2009, p. 595) “[...] o modo de execução do crime, os instrumentos empregados em sua prática, as condições de tempo e local em que ocorreu o ilícito penal, o relacionamento entre o agente e o ofendido etc”. As circunstâncias podem trazer à tona vestígios que facilitem o descobrimento de provas, como também através delas desvendar incógnitas do crime.

São elementos que não integram a estrutura do tipo. Podem ser legais, previstas em lei, ou judiciais, quando resultantes da análise do magistrado. Desse modo, não se enquadrando em qualificadora ou privilégio, agravante ou atenuante, causa de aumento ou de diminuição, podendo assim ser caracterizada como circunstância judicial.

As consequências do crime indicam a maior periculosidade, frieza e insensibilidade do sujeito durante ou após o cometimento do crime. São os efeitos danosos do crime, ou seja, os efeitos prejudiciais, por exemplo, matar uma vítima que era o pilar de sustentação da família, causando assim toda uma repercussão.

No pensamento de Andreucci (2012) as consequências do crime, nada mais é que a consequência social do delito, importando tanto na vida da própria vítima quanto no seu meio social e a intensidade da lesão jurídica gerada pelo delito.

É importante mencionar que o crime de homicídio, por exemplo, não é suficiente para se caracterizar tal circunstância. Deve ser um fato que seja fora da normalidade, que tenha uma grande intensidade de dano, o que se difere do homicídio, uma vez que tal crime por si só gera uma consequência, todavia, para ser considerada essa circunstância na pena base, necessita ter um efeito que extrapole o tipo penal do crime.

Sendo assim, não pode acontecer de um fato ser punido duas vezes, como consequência *bis in idem*. É imprescindível que o juiz venha fundamentar em fatos concretos a consequência considerada como circunstância judicial na pena base.

O comportamento da vítima se relaciona vitimologia no direito penal. Tal comportamento só se aplica quando se tratar de circunstância favorável ao réu, por exemplo, a vítima não ter contribuído para a ocorrência do crime, logo a circunstância fica neutra, ou seja, fica zerada.

Como exemplo, Mirabete (2007, p. 309) se refere à determinadas pessoas como vítimas “natas”, por possuírem personalidade ou comportamento capaz de aumentar as chances para o cometimento de crimes contra elas mesmas, sendo tais pessoas, por exemplo, antipáticas, irritantes, sarcásticas.

É sabido, que existem vítimas que o seu comportamento estimula a prática do crime, como por exemplo, uma pessoa que no ônibus lotado, tira R\$ 5.000,00 do bolso e começa a contar na frente de todo as pessoas. Assim sendo, por a vítima ter sido descuidada, pode ser que o juiz entenda que essa condição da vítima contribui para que o crime ocorresse.

## **4.2 Circunstâncias Agravantes e Atenuantes**

A finalidade da segunda fase da aplicação da pena é fixar a pena intermediária, ou seja, estabelecer uma pena provisória por meio das circunstâncias agravantes e atenuantes, sendo elas de aplicação obrigatória pelo magistrado. As agravantes estão previstas nos artigos 61 e 62 e as atenuantes nos artigos 65 e 66 ambos do Código Penal, como também estão presentes na legislação extravagante.

O juiz irá determinar o quanto de pena ao indivíduo, em cima da quantidade determinada na primeira fase, ou melhor, na pena base. A lei não estabelece o quanto a pena será aumentada, mas a jurisprudência fixou o percentual de 1/6 a mais para as agravantes e a menos para as atenuantes. Logo, não é uma regra esse percentual de 1/6, todavia é o que prevalece nos entendimentos doutrinários.

A referida lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Código Penal estabelece que:

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

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

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

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

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

As agravantes em regra sempre agravam a pena, salvo quando constituem ou qualificam o crime, para que se evite o bis in idem; quando a pena base for fixada no máximo, uma vez que atingiu o limite máximo não se pode mais aumentá-la; ou quando a atenuante for preponderante.

A referida lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Código Penal estabelece que:

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

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano [...].

Já as atenuantes seguindo o mesmo pensamento, em regra iram atenuar a pena salvo quando constituem ou privilegiam o crime, essa regra foi criada pela

doutrina, embora alguns digam que se não há vedação legal, a doutrina não pode criar tal ressalva; quando a pena for fixada no mínimo; ou quando a agravante se sobrepujar a atenuante.

### **4.3 Causas de Aumento e Diminuição**

Após a definição da pena provisória, o juiz passará a analisar as causas de aumento e diminuição da pena de acordo com o caso concreto, também chamadas de majorantes e minorantes, que é a terceira fase da aplicação da pena, para então chegar a pena definitiva do acusado.

Todas as causas que possam aumentar ou diminuir a pena do condenado estão espalhadas entre a parte Geral e a parte Especial do Código Penal. As causas descritas na Parte Geral são tidas como circunstâncias legais genéricas. As causas descritas na Parte Especial são circunstâncias legais especiais ou específicas. Todavia, não serão aplicadas, onde quer que estejam previstas, se constituírem tipo penal qualificado ou privilegiado.

Segundo Gonçalves (2016, p. 171):

O art. 68, parágrafo único, do Código Penal traça uma regra de extrema importância, no sentido de que, no concurso de causas de aumento ou de diminuição de pena previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Dessa forma, entende-se que se porventura o juiz se deparar com uma causa de aumento de pena em conflito com uma causa de diminuição de pena, poderá escolher entre uma ou outra, tendo que respeitar apenas a causa preponderante, ou seja, o juiz fará uma valoração sobre as circunstâncias que envolvem o crime, e decidirá qual irá prevalecer entre as demais.

Depois de estabelecida a terceira fase da dosimetria da pena o juiz obterá a pena definitiva a ser imposta ao indivíduo, restando apenas a definição pelo juiz do regime inicial de cumprimento de pena e a verificação pelo mesmo acerca da

possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em sanção restritiva de direitos ou da aplicação da suspensão condicional da pena.

#### **4.4 Direito penal do autor x Direito penal de fato**

Questiona-se muito se o autor de uma conduta delituosa deve ser punido pelo que é, ou seja, pelo direito penal do autor, ou pelo que fez, sendo representado pelo direito penal do fato, ou pelos dois motivos ao mesmo tempo. O sistema penal brasileiro adotou, para caracterizar o crime, o direito penal do fato. Todavia, para a fixação da pena adotou o direito penal do autor, que são as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal.

O direito penal do autor é aquele direito penal que criminaliza e que, portanto pune a pessoa, o autor do fato não por aquilo que ele fez, não levando em conta sua conduta, nem o fato praticado pelo agente, e sim pune a pessoa pelo que ela é. Tem um caráter completamente preconceituoso, visto que usa como juízo condenatório a cor da pele, o local de residência, o seu estilo de vida, seu modo de ser, indo contra o ideal consagrado e assegurado pela nossa constituição e seus princípios, o Direito Penal do Fato.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 119)

Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal do autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma forma de ser do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o ser do ladrão.

Fica evidente a criminalização da personalidade, e não a conduta em si. Compreende-se dele que não se proíbe a conduta de subtrair coisa alheia móvel, mas sim o fato de ser ladrão.

Já o direito penal do fato, que é o direito penal aceito pelo ordenamento jurídico para caracterização do crime, estabelece que a preocupação recai não sobre a pessoa do agente, mas sim a conduta por ele praticada, o que ele realmente fez, qual foi a sua conduta, analisa-se no direito penal do fato a culpabilidade do fato que recai sobre a conduta do agente e não suas características pessoais.

#### **4.5 Impactos da aplicação da conduta social e da personalidade**

A atual sistemática punitiva, no que se refere às circunstâncias judiciais, mais especificamente a conduta social e a personalidade, tem demonstrado ser uma afronta mais elaborada ao direito penal do fato, logo, ao contrário do primitivo direito penal de autor, em que se castigava a pessoa independentemente de ter praticado qualquer conduta delituosa, agora, pune-se por um fato criminoso, porém aumentando-se a pena pelas características pessoais do agente e por acontecimentos pretéritos que em nada se relacionam com a infração penal.

O Direito Penal do Autor afronta princípios constitucionais e norteadores do Direito Penal. Todavia, ainda pode-se enxergar resquícios de sua existência na legislação brasileira, encontrado especificamente no art. 59 do Código Penal, da lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940:

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

As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena, uma vez que diz respeito a quem o agente é, e não ao que ele fez. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e consequências do crime. Muito são os casos em que o agente muitas vezes é mais punido pela pessoa que ele representa, do que pelo crime que o praticou, ou seja, sendo mais punido

pelas suas características, pelo seu histórico e não pelo crime praticado.

É evidente perceber que o Direito Penal do autor vai contra diversos direitos humanos, como exemplo o princípio da dignidade da pessoa humana, concluindo que a pessoa considerada autora é presumida como um ser criminalizado, apontando como inferior aos demais membros da sociedade.

Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Sendo assegurado ao cidadão apresentar qualquer comportamento, como a liberdade individual, só responderá por ele, se a sua conduta for lícita. Isto é, ainda que sua personalidade ou conduta social não se enquadre no pensamento médio da sociedade em que vive, mas sendo seus atos são legais, elas não podem ser utilizadas para o efeito de aumentar sua pena, fazendo com que prejudique o indivíduo.

Em uma sociedade que é baseada em fundamentos de direitos humanos, o dito Direito Penal do autor deveria ser banido do sistema penal, tendo em vista que o Estado é o controlador da justiça social conivente ao Direito Penal, sendo ele quem detém o *ius puniendi* e, por isso, deveria ser corrigido em diversos aspectos, uma vez que estabelecer a pena de um condenado se baseando na sua conduta social e em sua personalidade para aumentar a pena é extrapolar os limites da pena, gerando assim uma pena injusta ou até mesmo totalmente baseada nessas características e não no fato em si.

Dado os motivos analisados, se faz necessário mudar o ponto de vista do direito penal e colocar o fato ilícito acima do agente criminoso. Outrossim, é de extrema importância que seja reanalisada a legislação inconstitucional vigente, não sendo justo o indivíduo ser condenado pelo seu jeito de ser e nem pela sua vida social, devendo a dignidade da pessoa humana sempre ser colocada no topo e aplicada com afinco.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve o intuito de analisar as circunstâncias judiciais, no que se refere a conduta social e a personalidade, prevista no artigo 59 do Código penal brasileiro e como sua aplicabilidade pode impactar na dosimetria da pena.

Acerca do equilíbrio na jurisprudência identifica-se uma incoerência do legislador ao relacionar o magistrado no laudo psiquiátrico para uma possível contestação da (in)imputabilidade, conforme determina o artigo 149 do CPP e em paralelo na deliberação de personalidade do agente, determinado no artigo 59 do CP, compreender o juiz competente para julgar a conduta social e a personalidade do autor do delito.

Mesmo considerando os conceitos próprios acerca da dosimetria, cabe duas definições que são dependentes de outra área de conhecimento, além do jurídico. Logo, percebe-se a contradição em algumas competências cabíveis do juiz.

A doutrina majoritária entende que competência do magistrado no julgo do autor do crime parte de uma visão e compressão moral, e entendem que personalidade como “qualidades morais, a boa ou má índole, o sentimento moral do criminoso, como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínseca a seu temperamento.”

O Código Penal não delimita o prazo de aumento ou reduz pelo juiz, diante das circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis, tornando-se um critério do magistrado. Todo aumento ou diminuição deve se ocorrer de modo fundamentado, mediante a pena de nulidade.

Caso o juiz não realize algum tipo de fundamentação, o Tribunal mandará retornar os autos anulando apenas o cálculo da pena, e não a sentença.

A jurisprudência recomenda que um sexto (1/6), seja a circunstância judicial vantajosa ou não, já a melhor doutrina recomenda um oitavo (1/8), considerando que temos para o Código Penal Comum oito circunstâncias judiciais.

O ponto de partida do magistrado é o mínimo determinado para a pena in abstracto, e na presença de mais circunstâncias desfavoráveis existentes, aproxima-se ao máximo, sem esse cenário, continua no mínimo.

No período de dosimetria da pena o juiz deve se dissociar, totalmente, de toda e qualquer possível influencia externa dos autos e, envolvido de manifesto exercício de sua capacidade intelectual com o ordenamento jurídico e demais aspectos determinantes de sua compreensão, mergulhando-se no universo de tudo o que foi analisado e determinado nos autos, para que, por conseguinte, em total sintonia com a lei penal e processual penal, de modo que efetivamente, sem aviltar as necessárias garantias constitucionais, possa, em total equilíbrio de espírito, oferecendo a prestação jurisdicional, direcionado ao réu a pena que normalmente seja condizente.

No ato da aplicação da dosimetria da pena o magistrado, deverá zelar, incondicionalmente, para que a pena atribuída seja justa tanto na visão da resposta esperada pelo coletivo como diante da compreensão do próprio condenado, que lhe possibilite no decorrer do cumprimento da pena reflexão do ato que praticara e, assim, aderir a uma postura que represente, o retorno à normalidade de um convívência em harmonia com a sociedade, absorvendo-se aí uma função totalmente social da pena, como atuação concreta de um ideal de justiça criminal, que repreende em um primeiro momento, no entanto, na sequência, possibilita a ressocialização do autor do delito, com sua reintegração na sociedade.

Logo, pode-se concluir, diante dos inúmeros motivos expostos, a dosimetria da pena apresenta uma brecha aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, baseado no princípio da presunção de inocência, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, e outros, que asseguram a todos cidadãos um julgamento e uma pena justa, devendo ser baseada tão somente no fato praticado.

Desse modo entende-se que no nosso sistema penal, o Direito Penal do fato é que deve ser aplicado nos ordenamentos jurídicos, observando as características dos direitos humanos, propagada em todo o mundo.

Sendo assim, se faz necessário o entendimento que o Direito penal do autor viola princípios de direitos fundamentais, bem como ameaça o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, além disso, trás como consequência, penas injustas ao valorar a conduta social e a personalidade na dosimetria da pena. Isso significa que deve ser feita uma análise crítica em relação a utilização desses meios, como reformar a legislação em casos que os tribunais excedem seu poder.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. De acordo com as Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BRASIL. . [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa de 1988**. Republica federativa do Brasil. Diário oficial da República. DF: Presidência da republica, Brasília, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 10 de dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Instituiu o Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 27 de dez. 1951. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 25 de nov. 2020.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral: introdução, norma penal, fato punível**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANTO, Dilton Ávila. Regime Inicial de Cumprimento de Pena Reclusiva ao Reincidente. (2000). **Dissertação (Mestrado em Direito)**. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC).

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 4. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Parte Geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Editora Impetrus, Niterói, RJ, 2016.

- HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Parte Geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva 2014.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Textos filosóficos, edições Almedina, 2009.
- LIMA, Rogério Montai de. **Guia Prático da Sentença Penal Condenatória e Roteiro para o Procedimento no Tribunal do Júri**. São Paulo. Método, 2012.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MASSON, Cleber. **Direito penal: esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: Parte Geral**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo, ed. Atlas, 2005.
- MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal**. Belo Horizonte, D' Plácido, 2016.
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 35ª ed. Atualizada por Adalberto Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de Filosofia do Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1.º a 120. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. **Teoria da Pena: Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, Jorge Vicente. **Manual da sentença penal condenatória**. Curitiba: ed.Juruá, 2003.

VERGARA, Pedro. **Dos motivos determinantes no direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.