

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Artur Gustavo Azevedo do Nascimento

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL: estudo
comparado entre o Brasil e a França

Belo Horizonte
2025

Artur Gustavo Azevedo do Nascimento

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL: estudo
comparado entre o Brasil e a França

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador: Professor Dr. Vitor Salino de Moura Eça

Linha de Pesquisa: O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito

Belo Horizonte

2025

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N244i Nascimento, Artur Gustavo Azevedo do
A individualização da pena como princípio constitucional: estudo comparado entre o Brasil e a França / Artur Gustavo Azevedo do Nascimento. Belo Horizonte, 2025.
91 f.

Orientador: Vitor Salino de Moura Eça

Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Superior Tribunal de Justiça - Súmulas. 2. Pena (Direito). 3. Princípio da individualização da pena - Brasil. 4. Princípio da individualização da pena - França. 5. Súmulas (Direito). 6. Princípio constitucional. 7. Direito penal. I. Eça, Vitor Salino de Moura. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.24

Artur Gustavo Azevedo do Nascimento

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL: estudo
comparado entre o Brasil e a França

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador: Professor Dr. Vitor Salino de Moura Eça

Linha de Pesquisa: O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça

Prof. Dr. Lucas de Alvarenga Gontijo

Prof. Dr. Cláudio Jannotti da Rocha

Belo Horizonte, 13 de junho de 2025

*À memória de meu pai, Constantino – cuja maior herança não foi ouro nem terra,
mas a certeza de que o estudo é o caminho mais reto para a dignidade*

*À minha mãe, Armanda, cuja presença lúcida sempre me instigou a ir além da leitura
literal, convidando-me a refletir, questionar e duvidar – transformando cada página
em descoberta.*

*Que estas páginas levem a marca da educação que me deram: rigor, curiosidade e,
sobretudo, esperança.*

*À minha esposa, Natália, pelo incansável encorajamento e incentivo, suprimindo com
ternura minhas eventuais ausências físicas e convertendo-as em força para
prosseguir.*

*E às minhas pequenas grandes inspiradoras, Liz e Beatriz: se às vezes troquei
histórias de dormir por pilhas de livros, foi para que vocês encontrem, lá adiante,
histórias ainda mais bonitas.*

*Este mestrado é nosso: fruto de uma herança de estudo, nutrido pelo estímulo à
reflexão e lapidado pelo amor que me sustenta.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor **Vitor Salino de Moura Eça**, meu orientador, pela orientação segura, pela leitura crítica e pela generosidade intelectual que transformou dúvidas em trilhas de pesquisa.

À **Escola da Magistratura do Maranhão (ESMAM)**, cuja atmosfera de estudo e debate foi terreno fértil para o crescimento acadêmico que culmina neste trabalho.

Ao **Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão**, instituição que me acolheu ao longo de quinze anos de magistratura, oferecendo não apenas espaço de atuação, mas estímulo constante ao aperfeiçoamento e à pesquisa.

A todos que, em salas de audiências ou corredores acadêmicos, contribuíram, direta ou indiretamente, para que estas páginas chegassem ao papel, deixo registrada minha sincera gratidão.

RESUMO

A pesquisa analisa o princípio da individualização da pena nos sistemas jurídicos do Brasil e da França, investigando suas origens históricas, evolução normativa e aplicação prática. O estudo adota uma abordagem comparativa para examinar como cada país estrutura a imposição de penas, destacando a relação entre o poder discricionário do juiz e os limites impostos pelo legislador. A análise se concentra na individualização judicial da pena, identificando os desafios enfrentados pelos magistrados brasileiros devido à rigidez interpretativa dos tribunais superiores, especialmente no que se refere à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. A experiência francesa é utilizada como referência para avaliar possíveis melhorias no sistema penal brasileiro, propondo ajustes legislativos e jurisprudenciais que favoreçam uma abordagem mais flexível e proporcional. O estudo conclui que a reavaliação das diretrizes sobre a fixação da pena pode contribuir para um sistema penal mais justo e eficiente.

Palavras-chave: Direito Penal; Individualização da Pena; Comparação Jurídica; Brasil; França.

ABSTRACT

This research analyzes the principle of sentencing individualization in the legal systems of Brazil and France, investigating its historical origins, normative evolution, and practical application. The study adopts a comparative approach to examine how each country structures sentencing, highlighting the relationship between judicial discretion and the limits imposed by legislators. The analysis focuses on judicial sentencing individualization, identifying challenges faced by Brazilian judges due to the restrictive interpretation of higher courts, particularly concerning Precedent 231 of the Brazilian Superior Court of Justice. The French experience serves as a reference to assess potential improvements in the Brazilian penal system, proposing legislative and jurisprudential adjustments to promote a more flexible and proportional approach. The study concludes that revising sentencing guidelines can contribute to a fairer and more efficient criminal justice system.

Keywords: Criminal Law; Sentencing Individualization; Legal Comparison; Brazil; France.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 OS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FRANÇA E NO BRASIL	10
2.1 A EVOLUÇÃO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	10
2.2 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL	18
3 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO BRASIL E NA FRANÇA NA ATUALIDADE	23
3.1 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO	23
3.2 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL	31
4 A MARGEM DE APRECIAÇÃO DO JUIZ E A OBRIGAÇÃO DE MOTIVAR AS PENAS COMO INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	37
4.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E AS PENAS MÍNIMAS NA FRANÇA E NO BRASIL	37
4.1.1 A reintrodução das penas mínimas para reforçar a luta contra a reincidência	37
4.1.2. A constitucionalidade das penas mínimas conforme o Conselho Constitucional	41
4.2 A IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE UMA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NO BRASIL	43
4.2.1 A impossibilidade de fixação de uma pena abaixo do mínimo legal conforme o Tribunal Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal	44
4.2.2 Possibilidades de melhorias do sistema brasileiro de penas privativas de liberdade com base na experiência francesa	46
5 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA PRÁTICA DECISÓRIA: MOTIVAÇÃO, PENAS ACESSÓRIAS E SUSPENSÃO DOS DIREITOS CIVIS	50
5.1 A MOTIVAÇÃO DO ATO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO	50
5.1.2. A Proibição das Penas Acessórias Automáticas	51

5.1.2.1. A Proibição das Penas Automáticas na França	51
5.1.2.2. Os Efeitos das Condenações Criminais No Brasil	54
5.2 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A SUSPENSÃO DOS DIREITOS CIVIS	56
5.2.1 A Exigência de Fundamentação das Penas de Suspensão dos Direitos Civis Na França e na Europa.....	56
5.2.2 A Possibilidade de uma Nova Interpretação Conjunta das Regras Constitucionais sobre a Individualização das Penas, a Fundamentação das Decisões e a Suspensão dos Direitos Civis no Brasil.....	59
6 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A POSSIBILIDADE DE REVISÃO	
CONSTITUCIONAL PELO STF	64
6.1. O RESP 1869764-MS E A TENTATIVA DE REVISÃO DA SÚMULA 231.....	64
6.2 PERSPECTIVAS DE REVISÃO CONSTITUCIONAL PELO STF.....	68
7 CONCLUSÃO	69

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como foco principal a análise detalhada do processo de individualização da pena em momentos históricos específicos nos sistemas jurídicos francês e brasileiro. O objetivo é compreender como esses sistemas estruturam a aplicação das penas, identificando as influências históricas, jurídicas e sociais que moldaram suas diretrizes ao longo do tempo.

Não se pretende esgotar o estudo do princípio da individualização da sanção penal nem examinar todas as formas de determinação das penas, mas sim oferecer uma abordagem comparativa que evidencie as semelhanças e diferenças entre os dois ordenamentos. Dessa forma, busca-se destacar os pontos fortes e os desafios presentes nos mecanismos de condenação adotados por cada sistema, contribuindo para uma compreensão mais ampla sobre a evolução e a efetividade das normas aplicadas à individualização da pena.

A comparação entre esses dois sistemas nos permitirá entender melhor as escolhas legislativas e jurisprudenciais das culturas jurídicas, além de um simples estudo descritivo de suas especificidades. A avaliação qualitativa das legislações e decisões é precisamente o ponto mais importante de nossa análise comparada, pois

[...] uma das maiores contribuições do direito comparado é mostrar que a dimensão crítica da lei é intrínseca à própria lei e que não podemos mais nos contentar com essas apresentações rasas e sem esperanças, ditas objetivas, do direito [...] (tradução nossa¹) (Picard, 1999, p. 899).

O direito comparado é um processo de pesquisa e observação de pontos comuns e divergentes em diferentes sistemas jurídicos, que pode ser utilizado pelo jurista como um recurso adicional para aprimorar o trabalho hermenêutico, ou mesmo inspirar a criação de novas normas jurídicas (Coelho, 2004).

A escolha do sistema jurídico brasileiro como base de comparação se justifica pelo crescente interesse da comunidade jurídica francesa pelo direito de países emergentes desde a década de 1990. Esse interesse já se manifestou em estudos

¹ “l'un des plus grands apports du droit comparé est bien de montrer que la dimension critique du droit est intrinsèque au droit lui-même, et que l'on ne peut plus se contenter de ces plates et désespérantes présentations, dites objectives, du droit.”

sobre os sistemas israelense e indiano e, mais recentemente, sobre o direito brasileiro (Almeida *apud* Fromont, 2006).

Segundo Fromont (2006), o estudo do direito brasileiro pode oferecer *insights* valiosos aos juristas franceses, pois esse sistema incorporou elementos dos principais modelos jurídicos do mundo, resultando em uma notável hibridização de influências portuguesas, francesas, americanas, alemãs, suíças e italianas. Essa diversidade de referências é particularmente evidente nas áreas do direito penal, do processo penal e da execução de penas, onde as influências alemã, italiana, francesa e americana se fazem sentir de maneira expressiva.

Justamente por reunir e adaptar as melhores características desses sistemas, Fauvarque-Cosson (*apud* Picard, 1999, p.889) sugere que o direito brasileiro tem o potencial de se tornar um modelo não apenas para a América Latina, mas também para a Europa e, em especial, para a França. Esse caráter híbrido e inovador faz do Brasil um caso de estudo relevante para compreender como diferentes tradições jurídicas podem ser combinadas para aprimorar a individualização da pena e a administração da justiça penal (Almeida *apud* Fromont, 2006).

No entanto, a riqueza do sistema jurídico brasileiro não é constituída apenas por essa diversidade de fontes de inspiração. Fauvarque-Cosson destacou que:

[...] o direito brasileiro tem nos oferecido, há muito tempo, uma magnífica ilustração disso. Sobre os métodos de interpretação das leis no Brasil, René David ensinou, em seu curso de 1948, que os juízes brasileiros, não satisfeitos em basear seus julgamentos nos códigos recentes brasileiros, fazem questão de mostrar que a solução que adotam está de acordo com o senso de justiça comum a todas as nações civilizadas e que, portanto, atende às exigências do bem comum[...] (Fauvarque-Cosson *apud* Picard, 1999, p. 889, tradução nossa)².

O sistema jurídico brasileiro se apresenta como um campo fértil para estudos comparativos, especialmente no que diz respeito à individualização da pena. Embora o Brasil tenha uma posição de destaque em termos legislativos, o objetivo desta pesquisa não é sugerir mudanças no sistema francês de aplicação de pena. Pelo contrário, a motivação para este estudo surgiu da experiência do autor como juiz

² *Id.*, 1999, p. 889. – le droit brésilien nous en offre, depuis fort longtemps déjà, une magnifique illustration. À propos des méthodes d'interprétation des lois au Brésil, René David enseignait, dans son cours de 1948, que les juges brésiliens, non contents de fonder leurs jugements sur les codes récents de leurs pays, ont à cœur de montrer que la solution qu'ils consacrent s'accorde avec le sens de la justice commun à toutes les nations civilisées, et qu'elle répond ainsi aux exigences du bien commun.

criminal no Estado do Maranhão, onde enfrentou desafios significativos na aplicação do princípio da individualização da pena.

Essas dificuldades decorrem, em grande parte, de uma legislação desatualizada e de uma interpretação constitucional conservadora, que limitam a atuação do magistrado na adequação da pena ao caso concreto. Diante desse cenário, a pesquisa adota uma abordagem comparativa, utilizando o sistema francês como referência para identificar possíveis soluções aos obstáculos enfrentados pelos juízes criminais brasileiros. O direito comparado, nesse contexto, não apenas permite uma análise mais aprofundada da jurisprudência do sistema francês, mas também contribui para uma melhor compreensão dos desafios da individualização da pena no Brasil.

Dado esse enfoque, a pesquisa se restringe à individualização judicial da pena, ou seja, aquela realizada pelo juiz criminal no momento da sentença. Embora existam outras formas de individualização – a legal, determinada pelo legislador na formulação das normas penais, e a executória, aplicada na fase de execução da pena – estas não serão abordadas no estudo. Além disso, optou-se por não tratar da individualização realizada por juízes não profissionais, como os membros do Tribunal do Júri de primeira instância, que exercem essa função de maneira eventual e específica nos casos de julgamento popular, pois

[...] à primeira vista, esse é um sistema judicial que dificilmente é compatível com a ideia de individualização. É inaceitável, *a priori*, que as decisões a serem tomadas sobre essas questões de análise psicológica sejam deixadas para essa justiça puramente sentimental e instintiva (Saleilles, 2001, p. 147, tradução nossa)³.

Embora a fase de execução seja uma etapa muito importante na individualização das sanções penais, ela não é o foco principal da pesquisa⁴.

Ainda que a abordagem comparativa tenha por objetivo ressaltar as semelhanças e enfatizar as diferenças, a tarefa nem sempre foi fácil, dadas as dificuldades de traduzir definições jurídicas ou encontrar significantes que possam expressar significados idênticos ou equivalentes. O desafio da comparação é, portanto, duplo: linguístico e jurídico. A esse respeito, Picard (1999) observa que os

³ “à première vue, c’est là un système judiciaire difficilement compatible avec l’idée d’individualisation. Il est inadmissible, *a priori* tout au moins, que les décisions à intervenir sur ces questions d’analyse psychologique soient livrées à cette justice purement sentimentale et instinctive.”

⁴ A execução da pena será tratada de maneira concisa na segunda seção do segundo capítulo da primeira parte.

conceitos jurídicos não apresentam necessariamente o mesmo significado em diferentes sistemas jurídicos e que é melhor evitar o uso de certos termos, mesmo que sejam traduzíveis.

É importante destacar as diferenças de significado do termo “aplicação da pena” nos sistemas jurídicos francês e brasileiro. Na França, essa expressão é associada à fase de execução da pena, ou seja, ao momento em que a sanção imposta pelo juiz começa a ser cumprida. No Brasil, por outro lado, “aplicação da pena” se refere ao processo de fixação da pena pelo magistrado no momento da sentença. Para evitar ambiguidades, esta pesquisa adota exclusivamente o significado brasileiro do termo.

Outro aspecto relevante diz respeito à distinção entre os princípios de individualização e personalização da pena. No Brasil, a personalização é geralmente compreendida como a aplicação da pena exclusivamente ao infrator condenado, evitando que terceiros sejam afetados pela sanção. No entanto, há doutrinadores que consideram os conceitos de individualização e personalização como sinônimos.

Desportes e Le Guhenec (*apud* Dréan-Rivette, 2005; Chaerels, 2003) argumentam que o termo “personalização” é mais adequado quando se trata da responsabilidade de pessoas jurídicas. Essa diferenciação também foi discutida por Dréan-Rivette (2005), que destacou a complementaridade entre os dois conceitos. Segundo sua definição, o princípio da individualização é um princípio geral que estabelece a obrigação do juiz de adaptar a pena ao indivíduo de forma justa, enquanto o princípio da personalização visa aprofundar a compreensão sobre o infrator e sua situação específica (Dréan-Rivette, 2005).

Apesar das nuances conceituais entre individualização e personalização, eventuais imprecisões na literatura jurídica e na jurisprudência francesa e brasileira não impactam de maneira significativa o desenvolvimento desta pesquisa. O foco principal permanece na análise da individualização judicial da pena e na comparação entre os mecanismos adotados por ambos os sistemas jurídicos (Desportes; Le Gunehec, 2009).

Com relação à metodologia adotada, primeiramente, deve-se observar que não há um corpo de regras ou princípios metodológicos comuns que possam servir de base para o método comparativo. Optamos por uma análise mais específica, considerando as normas e decisões dos sistemas jurídicos francês e brasileiro relativas à

individualização das penas e confrontando-as sem ignorar seu contexto de origem (Picard, 1999).

Nesse sentido, o processo de comparação jurídica ocorre em três fases sucessivas ou interdependentes, conforme o necessário: a fase analítica, que consiste na análise dos elementos escolhidos ou coletados para a comparação, como o estudo do ordenamento jurídico e da história do objeto da pesquisa; a fase integrativa, em outras palavras, a compreensão do objeto do estudo do seu próprio ordenamento jurídico, como a interpretação dada pela doutrina e pela jurisprudência em relação ao sistema como um todo; e a fase conclusiva, resultante de um confronto entre os dois objetos analisados e integrados, a fim de identificar suas diferenças e semelhanças (Almeida, 1998).

Inspirados em modelos de análise financeira, comparamos objetos no sentido vertical e horizontal (Chaerels, 2003). Em um primeiro momento, a análise vertical nos permitiu compreender a evolução histórica da individualização das penas na legislação penal codificada e seu valor constitucional em cada sistema jurídico considerado separadamente (Capítulo 1). A análise vertical é caracterizada justamente pela análise de dados da mesma fonte em um determinado período e, nesse caso, desde o ponto de partida temporal da codificação.

Por outro lado, a análise horizontal foi adotada nos capítulos seguintes para permitir uma comparação geral das aplicações do princípio da individualização nas fases de conhecimento e execução (Capítulo 2), mais especificadamente, de situações identificadas como semelhantes, mas que levaram a soluções profundamente diferentes: inexistência de penas mínimas na França e obrigatoriedade de penas mínimas no Brasil, bem como a obrigatoriedade de fundamentação de penas acessórias e a suspensão dos direitos civis na França e a automaticidade das mesmas no Brasil (Capítulo 3). A análise horizontal nos permite comparar diferentes instituições e ordens jurídicas em um período mais ou menos semelhante.

Essa abordagem comparativa entre os sistemas francês e brasileiro revela não apenas uma preocupação com a individualização da pena pelo juiz, mas também uma realidade jurídica no campo da política criminal, a saber, a dificuldade transnacional e histórica para encontrar um equilíbrio entre a vontade do legislador e a discricionariedade judicial, entre segurança e liberdade, entre igualdade de tratamento e personalização, entre punição e correção, entre exclusão e reintegração social.

2 OS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA FRANÇA E NO BRASIL

2.1 A EVOLUÇÃO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O objetivo da individualização da pena em âmbito jurisdicional é adaptar a sanção penal à personalidade do infrator, dentro dos limites estabelecidos pela lei. Embora os sistemas de justiça criminal francês e brasileiro tenham uma tradição jurídica romano-germânica, as diferenças na abordagem da individualização das penas surgiram por razões históricas. Nesse ponto, o estudo da história é importante, não apenas para entender o passado histórico, mas para identificar as forças que deram origem às práticas atuais e às condições históricas e sociais nas quais elas se baseiam. O objetivo é usar o passado para repensar o presente (Garland, 2001).

Assim, um estudo dos fundamentos históricos do princípio da individualização das penas na França e no Brasil é essencial para uma compreensão adequada da aplicação atual do princípio da individualização das penas em ambos os países.

Muito embora os sistemas jurídicos do Brasil e da França sejam regidos por princípios derivados do direito romano-germânico, há diferenças marcantes entre esses sistemas no que diz respeito à individualização das penas. Dessa forma faz-se necessário o estudo da história da individualização das penas na legislação penal codificada e sua evolução como princípio constitucional para melhor compreender e descrever as escolhas adotadas hoje pelo legislador brasileiro e francês.

O movimento de codificação iniciado após 1789 é um dos grandes legados da Revolução Francesa no campo do Direito, e o Brasil foi fortemente influenciado por esse movimento como forma de afirmar sua soberania. Consequentemente, os códigos penais trataram da individualização da pena. Analisaremos, em um primeiro momento, a evolução da legislação penal francesa sobre a individualização da pena e, em um segundo momento, a individualização da pena na legislação penal brasileira.

Desde a Revolução Francesa, três códigos penais vigoraram na França: o Código Penal de 1791, o Código Penal de 1810 e, mais recentemente, o atual Código de 1992.

Sob o Antigo Regime, o sistema do arbítrio do juiz era a regra para a fixação de penas (Merle; Vitu, 1978). Inspirado pela proporcionalidade da Lei Hódie (Porret, 1995), o Decreto Criminal de 1670 estruturou o exercício do arbítrio dos juízes e definiu as nove principais penalidades (Jourdan; Decrusy; Isambert, 1833). Em 1754, Laplesse (*apud* CARBASSE, 2000, p. 202) escrevia que:

[os juízes] devem..., com a balança na mão, pesar todas as circunstâncias dos delitos e crimes, o tempo, o lugar, a qualidade das pessoas, suas faculdades, sua boa ou má conduta, sexo, idade e outras circunstâncias que possam aumentar ou diminuir a pena, porque os crimes [são todos] diferentes em suas circunstâncias, e não seria justo estabelecer uma pena igual para eles (tradução nossa)⁵.

No entanto, como o sistema de justiça criminal se baseava nos postulados de expiação, reparação do mal pelo mal, vingança pública e dissuasão pelo exemplo, a fixação da pena não era proporcional ou justa, pois a justiça não era aplicada da mesma forma na época, dependendo se a pessoa que estava sendo processada era um nobre, um clérigo ou um plebeu.

Outro objetivo da Revolução Francesa era racionalizar o direito penal. Para o espírito revolucionário, o sistema judicial do Antigo Regime não era de forma alguma um modelo de igualdade. “O que era mais urgente e imediato era eliminar o arbítrio do juiz e reduzir a atrocidade da punição” (Saleilles, 2001, p. 51). Com base no “Tratado de Beccaria” (Delitos e Penas), os revolucionários estabeleceram o princípio da legalidade dos delitos e das penas no Artigo VIII da Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão: “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei promulgada antes do delito e legalmente aplicada” (FRANÇA, 1789, art. 8). Em outros termos, todos os indivíduos que cometerem os mesmos atos no território serão julgados igualmente. Esse princípio serviu até mesmo de fundamento para o primeiro código penal.

Para romper com a repressão arbitrária da antiga lei penal, o princípio das penas fixas foi introduzido no primeiro Código Penal francês. O Código Penal de 1791, do qual Louis-Michel Le Peletier de Saint Fargeau foi relator, reflete claramente o espírito

⁵ Citado por CARBASSE, J.M. *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. 2. ed. Paris: PUF, 2000. p. 202: “[les juges] doivent..., la balance à la main peser toutes les circonstances des délits et crimes, le temps, l’heure, le lieu, la qualité des personnes, leurs facultés, leur bonne ou mauvaise renommée, le sexe, l’âge, et autres circonstances qui peuvent augmenter ou diminuer la peine, parce que les crimes [sont tous] différents par leurs circonstances, et qu’il n’y aurait pas de justice d’y établir une peine égale.”

da época. As penas eram estabelecidas por lei, sem que o juiz pudesse adaptá-las de acordo com a gravidade do delito. Inspirada na teoria do contrato social, a pena legal e invariável era o preço a ser pago por um determinado crime. Com relação a esse sistema de penas fixas, Saleilles (2001, p. 52) afirma que:

a pena era absolutamente fixa, como na lei sálica. [...] O juiz era apenas um instrumento mecânico para aplicar a pena. Ele era a engrenagem que distribuía a pena de acordo com a lei: ele era um distribuidor automático. Ele tinha apenas um papel a cumprir, o de verificar a prova do fato (tradução nossa)⁶.

Esse sistema de condenação automática, considerado clássico, revelou-se mais repressivo do que o arbítrio do juiz, pois foi eliminada qualquer margem de apreciação da personalidade do infrator e da pena aplicável (Alline, 2003).

Essa teoria clássica objetiva subjacente ao Código Penal de 1791 foi atenuada no Código Penal de 1810. O sistema de penas fixas foi substituído pelo sistema de penas variáveis entre dois limites estabelecidos por lei. Os princípios jurídicos de igualdade e legalidade prevaleciam sobre a jurisprudência considerada aleatória e a motivação das penas tornava-se silogística (Dréan-Rivette, 2005).

Inspirado no espírito das codificações que surgiu com a Revolução, o segundo Código Penal francês foi promulgado por Napoleão em 03 de junho de 1810. Com um sistema de penas que cultivava a confiança (Kuty, 2005) na magistratura⁷, a lei previa,

⁶ *Id.*, 2001, p. 52. - La peine était absolument fixe, comme dans la loi salique. [...] Le juge n'était qu'un instrument mécanique d'application de la peine. C'était le rouage qui distribuait la peine conformément à la loi: c'était un distributeur automatique. Il n'avait qu'un rôle à remplir, vérifier la preuve du fait.

⁷ O fortalecimento da confiança no judiciário é afirmado na exposição de motivos do Livro 1 do Código Penal, apresentado à legislatura pelos Srs. Treilhard, Faure e Giunti, Conselheiros de Estado, na sessão de 1º de fevereiro de 1810: "Sem dúvida, o magistrado deve e só pode pronunciar a pena da lei; mas não há alguma distinção a ser feita entre dois homens condenados pelo mesmo crime? Devemos colocar na mesma linha o jovem seduzido, cujos conselhos desastrosos e inexperiência o mergulharam no abismo, e o homem cuja profunda corrupção é manifesta e cuja vida está manchada de crimes? Aqui, pensamos que uma política sólida e uma justiça bem compreendida exigiam uma honrosa marca de confiança do judiciário, não que os tribunais possam mudar a natureza da punição indicada pela lei; mas a lei vai querer que cada tipo de punição seja pronunciado por um tempo que não deve ser menor ou exceder os limites que ela prescreve. É dentro dessa latitude que os juízes, depois de terem presidido toda a investigação, pesando o grau de perversidade de cada acusado, conhecendo perfeitamente todas as circunstâncias que possam agravar ou atenuar o delito; é dentro dessa latitude que os juízes fixarão a duração da pena legal que devem aplicar. "Sans doute le magistrat ne doit et ne peut prononcer que la peine de la loi; mais n'y a-t-il pas quelque distinction à faire entre deux hommes convaincus du même crime ? Doit-on placer sur la même ligne le jeune homme séduit, que des conseils désastreux et son inexpérience ont précipité dans l'abîme, et l'homme dont la profonde corruption est manifeste, et dont la vie est souillée de crimes? Ici nous avons pensé qu'une saine politique et la justice bien entendue appelaient sur la magistrature une marque honorable de confiance, non que les cours puissent changer la nature de la peine indiquée par la loi ; mais la loi voudra que chaque espèce de peine puisse être prononcée pour un temps qui ne doit être moindre ni excéder les

exceto no caso de pena de prisão perpétua, limites máximos e mínimos entre os quais o juiz poderia fixar a pena de acordo com as circunstâncias particulares de cada delito, mas lhe era proibido de impor penas fora desses dois limites invariáveis.

No final do século XIX, surgiu a ideia da individualização da pena com a introdução da liberdade condicional e da suspensão de penas no direito penal francês pelas “Leis Bérenger” (Sanchez, 2005), inspiradas pela reforma prisional (leis de 14 de agosto de 1885 e de 26 de março de 1891). Em termos teóricos, no entanto, o conceito próprio de individualização foi popularizado por Saleilles (2001) em seu trabalho sobre a individualização da pena (*apud* Herzog-Evans, 2009).

Em 1898, Saleilles (2001) publicou “L’individualisation de la peine – Étude de criminalité sociale” para criticar o sistema tradicional de fixação de penas. De acordo com Saleilles, o que havia mudado entre os Códigos Penais de 1791 e de 1810, em termos de fixação da pena foram apenas as condições objetivas de incriminação (as circunstâncias materiais do delito)⁸. Seguindo o exemplo do direito antigo, o autor afirma que não há, mesmo de um ponto de vista objetivo, dois crimes iguais e que o juiz deve ter uma margem de apreciação, pois a lei não pode prever todas as variedades objetivas do crime.

Por esses motivos, ele conclui que o Código Penal de 1810 restabeleceu não a arbítrio, mas a elasticidade das penas. Mesmo havendo circunstâncias atenuantes, o juiz não poderia impor uma pena abaixo do limite legal, ou mesmo substituí-la (Saleilles, 2001, p. 54).

limites qu'elle prescrit. C'est dans cette latitude que les magistrats, après avoir présidé à toute l'instruction, pesant le degré de perversité de chaque accusé, connaissant parfaitement toutes les circonstances qui peuvent aggraver ou atténuer le fait; c'est disons-nous, dans cette latitude que les magistrats fixeront la durée de la peine légale qu'ils doivent appliquer” (tradução nossa).

⁸ Na realidade, não há individualização legal. A lei só pode prever espécies; ela não tem conhecimento de indivíduos. Tudo o que tem sido considerado como casos de individualização legal são motivos para atenuar ou agravar a pena com base na maior ou menor gravidade do crime e, portanto, no grau de responsabilidade. Essa é a individualização baseada na responsabilidade e faz parte da tese da escola neoclássica. É uma falsa individualização. É perfeitamente concebível que a lei admita motivos para atenuar a pena, quando o delito é menos grave em termos de sua materialidade: trata-se de uma mudança de tarifa, e nada mais legítimo. “*En réalité, il n'y a pas d'individualisation légale. La loi ne peut en effet prévoir que des espèces, elle ne connaît pas les individus. Tout ce que l'on a pu prendre pour des cas d'individualisation légale sont des causes d'atténuation ou d'aggravation de peine fondées sur le plus ou le moins de gravité du crime, donc sur le degré de responsabilité. Il s'agit d'individualisation fondée sur la responsabilité; et cela rentre dans la thèse de l'école néoclassique. C'est une fausse individualisation. On peut très bien concevoir que la loi admette des causes d'atténuation de peine, c'est lorsque le délit par sa matérialité est moins grave: c'est un changement de tarif, et rien n'est plus légitime*” (tradução nossa).

Basicamente, o Código de 1810 manteve a teoria puramente objetiva do Código de 1791, baseada no homem abstrato, ao considerar os criminosos idênticos diante de um mesmo crime. O autor preferiu a individualização da pena, que deveria ser utilizada como instrumento de reabilitação social e, portanto, adaptada ao indivíduo (Saleilles, 2001).

Marc Ancel (*apud* Vienne, 1975), influenciado por Saleilles (2001) em termos de reabilitação social do indivíduo, lançou o movimento para a ressocialização do infrator. As leis de 31 de dezembro de 1970 (permitindo a um toxicômano de se submeter à desintoxicação) e de 11 de julho de 1975 (criando penas alternativas à prisão) são exemplos da influência da Defesa Social, que resultou em uma tendência a favorecer a ressocialização do infrator e a individualização da pena (Dreyfus, 2010).

Promulgado em 22 de julho de 1992 e em vigor em 1º de março de 1994, o terceiro e atual Código Penal francês estabeleceu a evolução das penas ao suprimir as penas mínimas e estabelecer o princípio da subsidiariedade das penas privativas de liberdade. O artigo 132-24 do Código prevê que:

dentro dos limites estabelecidos pela lei, o tribunal deve impor penas e fixar seus termos de acordo com as circunstâncias do crime e a personalidade do infrator. Quando o tribunal impuser uma multa, ele também determinará o valor da multa levando em conta os recursos e as despesas do infrator (tradução nossa)⁹.

Um segundo parágrafo foi introduzido pela Lei nº 2005-1549, de 12 de dezembro de 2005, estipulando que

a natureza, o quantum e o regime das penas proferidas devem ser determinados de forma a conciliar a proteção efetiva da sociedade, a punição do infrator e os interesses da vítima com a necessidade de promover a integração ou reintegração do infrator (tradução nossa¹⁰).

Um terceiro parágrafo foi acrescentado pela Lei de Prisões de 24 de novembro de 2009, especificando que:

⁹ “*dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction.*”

¹⁰ “*la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné.*”

[...] em casos criminais, com exceção de condenações por reincidência proferidas de acordo com o artigo 132-19-1, uma pena de prisão não suspensa só pode ser aplicada como último recurso se a gravidade do crime e a personalidade do infrator tornarem essa pena necessária e se qualquer outra sanção for manifestamente inadequada; nesse caso, a pena de prisão deve, se a personalidade e a situação do infrator condenado permitirem, e a menos que seja materialmente impossível, estar sujeita a uma das medidas de ajuste previstas nos artigos 132-25 a 132-28 (tradução nossa)¹¹.

Por esse levantamento percebe-se que, em um período de menos de 200 anos, a França experimentou quatro diferentes formas de fixação da pena. Como já afirmou Etienne Verges (2007, p. 853), “a evolução da legislação penal é marcada por certos fenômenos cíclicos que refletem a dificuldade de encontrar um equilíbrio justo entre a determinação legal da pena e a liberdade de adaptação concedida ao juiz” (tradução nossa)¹² (Verges, 2007, p. 853).

No tocante à legislação do Brasil, desde o seu descobrimento pelos portugueses até os dias atuais, três códigos penais vigoraram no país: o Código Penal do Império de 1830, o Código Penal da antiga República de 1890 e, mais recentemente, o Código Penal de 1940, que está atualmente em vigor e sofreu várias alterações.

Antes da existência desse direito penal codificado, o Brasil era uma colônia de Portugal e, como tal, até sua independência em 1822, apenas as ordenações do reino eram aplicáveis. “As Ordenações Afonsinas”, publicadas em 1446 já estavam em vigor na época do descobrimento (22 de abril de 1500) e continham vários trechos traduzidos das “Leis de Justiniano”.

Vinte e um anos depois, as Ordenações Manuelinas entraram em vigor, com um conteúdo muito semelhante ao da lei revogada. Em 1603, as “Ordenações Manuelinas” foram revogadas pelas “Ordenações Filipinas”.

No entanto, essas ordenações não podem ser consideradas como verdadeiros códigos penais. Elas tratavam de diferentes questões relativas ao direito, separando-as em livros específicos que não tinham o caráter de especialidade reservado aos

¹¹ “en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28”.

¹² “l'évolution de la législation pénale est marquée par certains phénomènes cycliques qui traduisent la difficulté de trouver un juste équilibre entre la détermination légale de la sanction et la liberté d'adaptation octroyé au juge.”

códigos. Assim, em um único instrumento legislativo, havia disposições administrativas, comerciais, civis, penais etc.

Deve-se ressaltar, contudo, que as relações entre os povos indígenas que viviam no Brasil antes da chegada dos portugueses eram regidas por regras consuetudinárias, o que tornava a vingança privada, mais conhecida pelo nome de represália, uma solução na maior parte dos casos. Não obstante, essas regras consuetudinárias não influenciaram nosso sistema, dado seu primitivismo (Gonzaga, 1972).

Com a Proclamação da Independência do Brasil em 1822, a nova nação queria também mostrar ao mundo sua soberania e sua independência jurídica. Sendo assim, em 1830, foi promulgado o Código Criminal do Império. Ele pode ser considerado um código penal muito avançado para sua época. No entanto, embora a aplicação do Código de 1830 tenha sido promulgada por decreto pelo regime monárquico, esse código foi fortemente influenciado pela Escola Clássica, impondo um caráter mais humanitário do que o regime penal anterior. É claramente possível ver a influência do Iluminismo em toda sua estrutura, na qual se encontram as ideias de Bentham e Beccaria.

Seus pontos fortes na individualização da pena são: a) a previsão do motivo do crime com base na indeterminação relativa e na individualização da pena, o que foi adotado apenas pela Holanda, Itália e Noruega meio século depois; b) a previsão da circunstância atenuante de menoridade, até então desconhecida no direito francês e napolitano, e somente adotada muito tempo depois; c) a aplicação do arbítrio do juiz na condenação de menores de 14 anos (Lyra, 1946).

Com relação à fixação da pena, o Código Penal Brasileiro de 1830 previa que o juiz só poderia fixar a pena dentro de dois limites invariáveis, exceto no caso de penas perpétuas. O artigo 15 estipulava que as circunstâncias agravantes e atenuantes do crime deveriam ter influência no aumento ou diminuição das penas, mas dentro dos limites previstos pela lei. O artigo 33 estabelecia também que nenhum crime seria punido com penas não estabelecidas por lei, exceto nos casos em que o arbítrio do juiz fosse permitido.

Esse sistema não estabelecia o arbítrio como regra, mas, sim, a elasticidade das penas, variáveis entre dois limites fixos, não podendo o juiz fixá-las abaixo do mínimo legal.

O Código Penal de 1890 foi também fruto de mudanças na sociedade brasileira. A abolição da escravatura em 1888 e a Proclamação da República em 1889 foram os eventos que levaram o regime a elaborar um novo código penal. Ele foi elaborado antes mesmo da Constituição de 1891, que estruturaria o regime republicano. Essa pressa injustificada em promulgar o novo código foi considerada um desastre pelos juristas brasileiros, pois significou a revogação de um código penal claro e preciso.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2008) afirma que:

Como tudo que é feito às pressas, este foi, e espera-se que continue sendo, o pior código penal de nossa história; ele ignorou completamente as notáveis evoluções doutrinárias advindas do movimento positivista, bem como o exemplo dos mais recentes códigos estrangeiros, em especial o Código Zonardelli. O Código Penal de 1890 tinha sérias falhas técnicas e se mostrou muito defasado. A crítica não se fez esperar e foi seguida de outros estudos visando a sua substituição (Bitencourt, 2008, p. 47).

No que diz respeito à fixação da pena, o artigo 61 estipulava que nenhum crime seria punido com penas maiores ou menores do que as impostas pela lei, exceto no caso em que o arbítrio do juiz fosse previsto. O Código Penal de 1890 manteve o sistema de elasticidade das penas como regra, uma vez que o juiz só tinha o poder de fixar a pena entre dois limites invariáveis. As circunstâncias agravantes e atenuantes estavam previstas nos artigos 39 e 41 do Código.

Sob a égide da Constituição de 1937, o Ministro da Justiça Francisco Campos encarregou o advogado Alcântara Machado de elaborar a legislação que se tornaria o Código Penal em vigor no Brasil atualmente.

Considerado pela doutrina um código eclético, por adotar posições neoclássica e positivista, o Código de 1940 tem um perfil punitivo, mas também uma função preventiva. A redação original do artigo 42 previa que o juiz era competente para fixar a pena aplicável dentro dos limites legais, considerando os antecedentes criminais, a personalidade do agente, a intensidade do dolo ou do grau de culpa, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime. O Código Penal de 1940 consagrou o sistema de elasticidade das penas como única regra de fixação das penas, eliminando a possibilidade do arbítrio do juiz previsto pelos dois códigos anteriores.

O Código Penal de 1940 foi amplamente revisado durante o regime da ditadura. Após uma primeira tentativa sem sucesso de revisar o sistema penal, uma Comissão foi criada em 27 de novembro de 1980 para elaborar o anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal de 1940. Quatro anos depois, as alterações na parte geral

entraram em vigor¹³, introduzindo a ressocialização e a reabilitação como funções da pena.

De acordo com os artigos 59 e os seguintes do Código Penal brasileiro, após a reforma de 1984, a pena é estabelecida em três fases. A primeira é a definição da pena base, levando em consideração “a culpabilidade, os antecedentes criminais, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima”. Na segunda fase, as circunstâncias atenuantes e agravantes são levadas em consideração. Finalmente, as causas de diminuição e aumento são aplicadas à pena imposta. Esses critérios serão analisados em mais detalhes no segundo capítulo.

2.2 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Interpretado como uma reação ao absolutismo, o constitucionalismo moderno começou com as revoluções americana e francesa. No final do século XVIII, a constituição surgiu como um instrumento de limitação do poder e de superação da monarquia absoluta. A consolidação do valor constitucional atribuído ao princípio da individualização das penas é, aqui, analisada nas constituições brasileiras e nas decisões do Conselho Constitucional francês.

Após a Proclamação da Independência do Brasil em 7 de setembro de 1822, o Imperador D. Pedro I, outorgou no Brasil sua primeira constituição em 25 de março de 1824.

A Constituição do Império era um ato de equilíbrio entre o liberalismo e o absolutismo, e seu texto foi influenciado pela Constituição francesa de 1791 e pela Constituição espanhola de 1822. Seu artigo 179 conferia direitos civis e políticos aos cidadãos brasileiros, como o princípio da irretroatividade da lei, a igualdade perante a lei, a abolição de penas cruéis e o princípio da personalidade das penas, em que qualquer punição só poderia ser infligida à pessoa do infrator. Consequentemente, a Constituição de 1824 foi o primeiro ato legislativo a prever o princípio da pessoalidade (Vainfas, 2002).

¹³ A Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, relativa às emendas no Código Penal, entrou em vigor seis meses após sua publicação.

Mesmo antes da individualização da pena se tornar um princípio constitucional, a Constituição do Império tinha previsto que, na execução penal, os infratores deveriam ser separados de acordo com as circunstâncias e a natureza da infração cometida, o que, na mente do legislador, permitiria que a execução da pena fosse melhor adaptada às condições particulares do condenado detido.

A Constituição do Império permaneceu em vigor até 15 de novembro de 1889, quando a República foi proclamada graças ao golpe militar pacífico que pôs fim ao reinado do Imperador D. Pedro II do Brasil e à própria existência do regime imperial.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Com base na Constituição Americana de 1787, ela instituiu o sistema presidencialista e uma forma federativa do Estado. Ela instituiu o *habeas corpus* como garantia constitucional e autorizou os juízes a decidirem sobre a constitucionalidade das leis. Com relação à aplicação da pena, ela manteve no artigo 72, parágrafo 19, as disposições da Constituição do Império sobre a personalidade das penas, embora sem referência a sua individualização (Wald, 1964).

A Constituição de 1934, por sua vez, foi a primeira a instituir regras sobre a ordem econômica e social, bem como sobre a família, a educação e a cultura, mas se limitou a repetir o princípio da personalidade das penas no artigo 113, parágrafo 28, sem prever sua individualização.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro em 1937, promulgada sob o governador do Presidente Getúlio Vargas, servia apenas para legitimar o governo autoritário que se instaurava. Ela manteve a Declaração de Direitos, suprimindo a referência à personalidade da pena, que estava presente em todas as outras constituições brasileiras (Brasil, 1937).

A constitucionalização da individualização da pena no direito brasileiro veio com a Constituição de 18 de setembro de 1946, promulgada para estabelecer um Estado democrático e restaurar a proteção dos direitos e garantias individuais. Com relação à aplicação das penas, o artigo 141, parágrafo 29, estipulou que a lei penal disporá sobre a individualização das penas. Em seguida, o parágrafo 30 do mesmo artigo dispõe que nenhuma pena poderá exceder a pessoa do infrator.

Após o golpe militar de 1964, uma nova constituição foi promulgada em 24 de janeiro de 1967 para legalizar e institucionalizar o regime militar. O artigo 150 da nova Constituição prevê direitos e garantias semelhantes aos das constituições anteriores.

Mais especificadamente sobre a aplicação da pena, os princípios de personalização e individualização das penas foram previstos conjuntamente no parágrafo 13¹⁴ do mesmo artigo.

Com a conclusão do processo de redemocratização após um período de mais de 25 anos de governo autoritário, a sétima Constituição brasileira foi promulgada em 5 de outubro de 1988. O artigo 5º, inciso XLV, instituiu o princípio da personalidade da pena, estipulando que qualquer pena se aplica somente à pessoa condenada. Entretanto, a obrigação de reparar o dano e a pena de perdimento de bens poderão, nos termos da lei, ser estendidas aos herdeiros e contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido. O inciso XLVI do mesmo artigo prevê que a lei disporá sobre a individualização das penas.

No caso da França, a consagração do valor constitucional do princípio da individualização da pena se deu por meio de decisões do Conselho Constitucional Francês.

Com sua decisão “Liberdade de associação” de 16 de julho de 1971, o Conselho Constitucional instituiu o valor constitucional da Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 26 de agosto de 1789. Como resultado, os princípios de legalidade, irretroatividade e proporcionalidade das penas foram incorporados ao bloco de constitucionalidade, atribuindo-lhes um valor constitucional (Favoreu, 1992).

O controle da constitucionalidade desempenha também um papel fundamental no aprimoramento do sistema de justiça criminal. Desde 1º de março de 2010, com a entrada em vigor da Questão Prioritária de Constitucionalidade ou QPC¹⁵, é possível realizar o controle da constitucionalidade de leis promulgadas (controle de constitucionalidade *a posteriori*). Esse procedimento permite solicitar ao Conselho Constitucional que verifique se uma lei não é inconstitucional por “infringir os direitos e liberdades garantidas pela Constituição”. A Corte de Cassação exerce também um controle de constitucionalidade por meio de sua função de filtro, decidindo se deve ou não encaminhar um caso ao Conselho Constitucional. Essas são as possibilidades oferecidas ao juiz para alterar as regras regentes do processo penal sob o estímulo do controle de constitucionalidade (Maziau, 2012).

¹⁴ Nenhuma pena ultrapassará a pessoa do infrator. A lei prevê a individualização da pena.

¹⁵ A QPC foi introduzida no direito francês na ocasião da revisão constitucional de 23 de julho de 2008, que criou o artigo 61-1 da Constituição e modificou o Artigo 62.

O reconhecimento pelo Conselho Constitucional do valor constitucional do princípio da individualização das penas está, inicialmente, vinculado aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Na Decisão nº 78-98 DC, de 22 de novembro de 1978, o Conselho Constitucional considerou que o princípio da individualização da pena não se aplica às decisões proferidas pelo juiz sentenciante.

No entanto, o Conselho Constitucional, na Decisão nº 80-127 DC de 20 de janeiro de 1981, declarou que:

embora a legislação francesa tenha dado um lugar importante à individualização das penas, ela nunca lhe atribuiu o caráter de um princípio único e absoluto que necessariamente e, em todos os casos, prevalecesse sobre os outros fundamentos da punição criminal; assim, mesmo supondo que o princípio da individualização das penas pudesse, dentro desses limites, ser considerado como um dos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, isso não poderia impedir que o legislador, deixando ao juiz ou as autoridades responsáveis por determinar as modalidades de execução das penas uma ampla discricionariedade, estabeleça regras garantindo que os crimes sejam efetivamente punidos (França, 1981, p. 16, tradução nossa)¹⁶.

Portanto, de acordo com a decisão de 10 de janeiro de 1981, o Conselho Constitucional reconhece aos juízes amplos poderes discricionários com relação à aplicação das penas, ao contrário de sua decisão em 1978.

Com o advento do Código Penal de 1992 e a instituição do princípio da individualização das penas (artigo 132-24 do Código Penal), o Conselho Constitucional revisou o valor constitucional do princípio da individualização das penas, vinculando-o ao princípio da legalidade e da necessidade das penas. Em 22 de julho de 2005, o Conselho declarou que “o princípio da individualização das penas deriva do artigo 8 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789” (tradução nossa¹⁷). Menos de dois anos depois, o Conselho enfatizou que o princípio da individualização das penas se aplica mesmo no silêncio da lei¹⁸. Em 25 de fevereiro de 2010, o

¹⁶ França, C.C., 20 de janeiro de 1981, 80-127 DC, “*si la législation française a fait une place importante à l’individualisation des peines, elle ne lui a jamais conféré le caractère d’un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale ; qu’ainsi, à supposer même que le principe de l’individualisation des peines puisse, dans ces limites, être regardé comme l’un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne saurait mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge ou aux autorités chargées de déterminer les modalités d’exécution des peines un large pouvoir d’appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions*”.

¹⁷ França, C.C., 22 de julho de 2005, 2005-520 DC, “*le principe d’individualisation des peines découle de l’article 8 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*”.

¹⁸ França, C.C., 3 de março de 2007, dez. 2007-553 DC, Lei relativa à prevenção da delinquência, par. 28.

Conselho Constitucional fez referência ao “princípio da individualização das penalidades atribuídas ao juiz de acordo com o artigo 8 da Declaração de 1789” (tradução nossa¹⁹).

Paralelamente a esse reconhecimento do valor constitucional do princípio da individualização das penas, o Conselho Constitucional não o reconhece como um princípio absoluto em todos os casos de punição criminal. Na Decisão 2007-554 DC de 9 de agosto de 2007, o Conselho declarou “que isso não implica que a pena deva ser determinada exclusivamente com base na personalidade do infrator” (tradução nossa²⁰). Assim, o princípio da individualização da pena não impede que o legislador imponha penas mínimas de prisão quando o acusado tiver cometido um crime ou delito em estado de reincidência legal.

De acordo com o Conselho Constitucional, esse princípio proíbe a imposição de penas automáticas, tais como penalidades acessórias caracterizadas pela ausência de qualquer margem de apreciação e pela negação do poder do juiz de individualizar a pena (França, 2010).

O caso das penas mínimas e das penas automáticas será objeto de um estudo comparado mais detalhado no Capítulo 3. Até aqui pode-se aferir que há diferenças marcantes entre os sistemas de justiça criminal do Brasil e da França em termos de individualização da pena.

O estudo sobre a história da individualização da pena na legislação penal codificada mostra que, em um período de menos de 200 anos, a França experimentou quatro diferentes formas de fixação de pena. Em contrapartida, desde 1830, o Brasil adotou apenas o sistema de elasticidade das penas como regra, em que o juiz tem somente o poder de fixar a pena entre dois limites invariáveis.

Do ponto de vista constitucional, o reconhecimento do princípio da individualização da pena no Direito brasileiro remonta à Constituição de 18 de setembro de 1946. Apesar da ausência de uma referência constitucional explícita, em 1978 o Conselho Constitucional francês reconheceu inicialmente o valor constitucional do princípio da individualização das penas como um dos princípios fundamentais

¹⁹ França, C.C., 25 de fevereiro de 2010, dez. 2010-604 DC, Lei que reforça a luta contra as violências de grupos e a proteção de pessoas encarregadas de uma missão de serviço público, par. 17 (tradução nossa). “*principe d’individualisation des peines confiée au juge conformément à l’article 8 de la Déclaration de 1789.*”

²⁰ França, C.C., 9 de agosto de 2007, dez. 2007-554 DC, Lei que reforça a luta contra a reincidência de adultos e menores, par. 13 (tradução nossa). “*qu’il n’implique pas davantage que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l’auteur de l’infraction.*”

reconhecidos pelas leis da República. Em segundo momento, o Conselho Constitucional revisou em 2005 o valor constitucional do princípio da individualização das penas, vinculando-o ao princípio da legalidade e da necessidade das penas.

Em suma, com base em um estudo comparativo do desenvolvimento histórico da legislação penal codificada e do valor constitucional da individualização da pena, podemos concluir que a França tem uma concepção muito mais dinâmica desse princípio, enquanto o Brasil adota uma abordagem mais conservadora. A experiência francesa, portanto, serve como uma boa base para uma abordagem comparativa da pena.

3 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO BRASIL E NA FRANÇA NA ATUALIDADE

A individualização judicial da pena não se limita aos poderes conferidos ao juiz criminal na fixação da pena, mas se estende também àqueles que lhe são concedidos na fase de execução, com objetivo de adaptar a pena ao progresso e às circunstâncias do apenado. Uma análise do princípio da individualização na fase de conhecimento e na fase de execução da pena é, portanto, essencial ao estudo comparado entre França e Brasil.

Observou-se no capítulo anterior que, desde o início das codificações, a França passou a ter quatro formas diferentes de fixação de penas, enquanto o Brasil adotou apenas o sistema de fixação de penas entre dois limites invariáveis. Analisaremos, primeiramente, o atual método de fixação de pena estabelecido desde 1994 na França e, em um segundo momento, o critério trifásico de dosimetria da pena adotado após a reforma do Código Penal brasileiro em 1984.

3.1 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Com a entrada em vigor do novo Código Penal em 1º de março de 1994, o sistema de justiça penal francês adotou um novo método de condenação, abolindo as penas mínimas para contravenções e crimes e estabelecendo o princípio de subsidiariedade das penas privativas de liberdade. Em matéria criminal, o legislador manteve as penas mínimas²¹.

O intuito do antigo Código Penal francês era estabelecer pena máxima e mínima para cada delito, e o juiz era proibido de proferir uma pena fora dos limites estabelecidos pela lei. De fato, o apego ao princípio da legalidade impedia que os juízes se afastassem dele, concedendo circunstâncias atenuantes²².

²¹ França, Código Penal, art. 131-1 “*Les peines criminelles encourues par les personnes physiques sont: 1° La réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité; 2° La réclusion criminelle ou la détention criminelle de trente ans au plus; 3° La réclusion criminelle ou la détention criminelle de vingt ans au plus; 4° La réclusion criminelle ou la détention criminelle de quinze ans au plus.*”

²² Com relação à abolição das penas mínimas, R. Saleilles argumentou em 1898 que “resta, não apenas para a determinação e a legitimação da acusação, mas também para a determinação do que é chamado de pena legal; e a pena legal é, antes de tudo, um máximo: é um limite para o arbítrio do juiz. Nunca permitiremos que esse limite seja abolido; estamos dispostos, como no Código Penal holandês, a suprimir qualquer mínimo. O sistema do antigo direito, que permitiria ao juiz ir além do máximo legal, ou melhor, escolher entre as penalidades legais, ficando com a mais severa, mesmo que não fosse a

A abolição das penas mínimas caracteriza a evolução da individualização das penas, rompendo com o culto à lei e à desconfiança no juiz (Desportes; Gunehec, 2009). As penas mínimas não estavam só ausentes do novo Código Penal, mas, também, haviam sido abolidas em textos anteriores à reforma²³.

Incorporado no artigo 132-24 do Código Penal, o princípio da individualização da pena é, às vezes, caricaturado como uma “espécie de regresso ao poder judicial todo-poderoso do Antigo Regime” (tradução nossa). No entanto, a individualização não é um poder concedido ao juiz penal, mas, sim, uma obrigação de agir para melhor cumprir as funções da pena, adaptando-a à situação da pessoa condenada, a fim de promover sua reabilitação. Atualmente, esses poderes são vistos não como uma perigosa manifestação de arbitrariedade, mas como uma garantia de equidade (Desportes; Gunehec, 2009).

Robert (2011) critica o artigo 132-24 argumentando que seus critérios são meras recomendações piedosas, desprovidas de efeito jurídico, que devem inspirar o juiz na escolha da pena, e que “esse estado de direito positivo liberta a prática judicial da obrigação de questionar o fundamento do direito de punir” (tradução nossa)²⁴. Ele conclui que é necessário estabelecer um controle jurídico das sentenças criminais, caso contrário, o direito penal perderá sua autoridade, porque, no final, são motivos sociológicos, morais, políticos ou religiosos, alheios à vontade do legislador que inspiram os tribunais na escolha da pena (Robert, 2011 p. 248).

De outro modo, ignorar as diferenças de personalidades dos criminosos e as variações das circunstâncias em que os crimes foram cometidos significa aplicar a injustiça de maneira uniforme por meio de uma pena fixada em abstrato pela lei penal (Desportes; Gunehec, 2009).

pena para o crime, estaria em contradição com todos os princípios de nosso direito público. Portanto, a pena legal é, primeiro, um máximo; é ainda outra coisa. É uma avaliação social do que constitui um crime: é uma tarifa. Se o aspecto da punição permanecer, a punição deve ser proporcional à gravidade objetiva do ato. Portanto, é preciso haver uma tarifa legal, servindo de escala para medir o interesse da sociedade para que o crime não seja mais cometido. Assim, a reparação social deve ser proporcional, exatamente como para a reparação individual, em que a indenização é medida pelo dano causado”.

²³ França, Lei no. 92-1336 sobre a entrada em vigor do novo Código Penal e a alteração de certas disposições do direito penal e do processo penal, necessária por essa entrada em vigor, 16 de dezembro de 1992, art. 322: Em todos os textos que preveem que um crime ou delito é punível com multa, prisão, detenção ou reclusão, as referências às multas mínimas ou às penas privativas de liberdade incorridas são eliminadas.

²⁴ “*cet état du droit positif débarrasse la pratique judiciaire de l'obligation de s'interroger sur le fondement du droit de punir.*”

De acordo com Desportes e Gunehec (2009), os fatores objetivos ou subjetivos que inspiraram os juízos na definição das penas são a situação pessoal, familiar e profissional da pessoa condenada, o local e a hora do crime, sua atitude após o fato, os meios que empregou, seus antecedentes criminais e sua idade, o status ou a idade da vítima e sua relação com o autor do crime. Ele conclui, em seguida, que “somente o juiz, ao proferir a sentença, está em posição de adaptar totalmente o quantum e os termos da pena à situação concreta da pessoa que se apresenta diante dele. Ao contrário do legislador, ele pode realmente personalizar a pena” (tradução nossa)²⁵.

A personificação da pena atribui ao juiz a missão de conciliar os interesses, às vezes conflitantes, estabelecidos no artigo 132-24, permitindo-lhe fixar a pena com certa leniência ou severidade²⁶.

Em contraponto à prática judicial brasileira, a personalidade do criminoso desempenha um papel concreto na individualização das penas. Em 1894, Maus Isidore afirmou que o estudo da personalidade do delinquente é essencial como condição para a repressão subjetiva e a individualização da pena. Seguindo o exemplo do princípio defendido pela Nova Defesa Social (Dreyfus, 2010) e incorporado ao Código de Processo Penal²⁷, em casos criminais, o juiz de instrução deve agora compilar um arquivo sobre a personalidade do infrator, incluindo “um exame psiquiátrico, um exame médico-psicológico, entrevistas com pessoas que conheceram ou conhecem a pessoa que está sendo processada e uma entrevista de personalidade na qual o infrator conta seu passado” (Desportes; Gunehec, 2009, p. 885, tradução nossa)²⁸.

A personalização das penas é implementada não apenas pelo 132-24 do Código Penal, mas, também, por outras medidas legais que permitem ao juiz adaptar a pena à situação pessoal do condenado e promover sua reintegração social. A

²⁵ *Ibid.*, 2009. “seul le juge, lors du prononcé de la peine, est en mesure d’en accorder pleinement le quantum et les modalités à la situation concrète de la personne qui comparaît devant lui. Contrairement au législateur, il peut procéder à une véritable personnalisation de la peine”.

²⁶ Sobre os interesses às vezes conflitantes, Desportes e Gunehec (2009) afirmam que “é necessário permitir não apenas a proteção efetiva da sociedade e a punição do infrator, levando em conta os interesses da vítima (o que normalmente leva a uma relativa firmeza), mas também a integração ou reintegração do infrator (o que, em princípio, leva à clemência) e a prevenção do cometimento de novos delitos (objetivo particularmente importante que, dependendo das circunstâncias, será um fator de severidade ou clemência)” (tradução nossa), *op. cit.* na p. 883.

²⁷ França, C. Proc. Pén., art. 81.

²⁸ “une expertise psychiatrique, un examen médico-psychologique, l’audition de personnes ayant connu ou connaissant la personne poursuivie et un interrogatoire de personnalité dans lequel celui-ci retrace son passé”.

execução da pena pode ser ajustada por meio da semiliberdade²⁹ e do fracionamento³⁰ das penas, e, também, pode ser suspensa de três maneiras (pena suspensa³¹, pena suspensa com liberdade condicional³² ou pena suspensa com serviço comunitário³³). O juiz pode ainda, sob certas condições, dispensar a pena³⁴ ou adiar seu pronunciamento³⁵ enquanto declara o acusado culpado.

A renúncia e o adiamento da pena são construções jurídicas que não existem no Brasil. Elas foram introduzidas no sistema jurídico francês pela lei de 11 de julho de 1975 e foram previstas apenas para delitos e infrações menores.

A dispensa de pena é atualmente prevista no artigo 132-59 do Código Penal. Após a constatação da culpa, o juiz pode dispensar uma pena, abstendo-se de impô-la. Não se trata de uma absolvição ou dispensa, mas do resultado de um veredicto de culpa que leva em consideração as condições posteriores ao cometimento do delito e que sugerem que a pena não é necessária (Geninet, 2004). No entanto, devido a suas limitações legais, uma isenção de pena pode ser concedida mesmo quando a lei prevê penas mínimas (Desportes; Gunehec, 2009).

O adiamento é um prelúdio para uma possível dispensa da pena. Se os requisitos para a dispensa não forem atendidos no dia da audiência, o juiz poderá adiar o pronunciamento da pena se parecer que eles poderão ser atendidos em um futuro próximo. Essa também é uma forma de incentivar o acusado a adotar uma postura ativa. As condições para o adiamento da pena estão estabelecidas no artigo 132-60 do Código Penal (Desportes; Gunehec, 2009).

Por um outro lado, a lei de 10 de agosto de 2007, que fortalece a luta contra a reincidência de adultos e menores, impôs um antigo limite à liberdade do juiz para definir o quantum da pena, instituindo “penas mínimas”. Os artigos 132-18-1³⁶ e 132-

²⁹ França, C. Pén., art. 132-25.

³⁰ França, C. Pén., art. 132-27.

³¹ França, C. Pén., art. 132-29.

³² França, C. Pén., art. 132-40.

³³ França, C. Pén., art. 132-54.

³⁴ França, C. Pén., art. 132-59.

³⁵ França, C. Pén., art. 132-60.

³⁶ Para crimes cometidos em estado de reincidência legal, a pena de reclusão ou detenção não pode ser inferior aos seguintes limites:

1° Cinco anos, se o crime for punível com quinze anos de reclusão ou detenção;

2° Sete anos, se o crime for punível com vinte anos de reclusão ou detenção;

3° Dez anos, se o crime for punível com trinta anos de reclusão ou detenção;

4° Quinze anos, se o crime for punível com prisão perpétua ou detenção (tradução nossa).

19-2³⁷ do Código Penal preveem penas mínimas de prisão em regime fechado ou reclusão para reincidentes. Entretanto, essas duas disposições legais preservam o poder de individualização do juiz criminal, permitindo-lhe estabelecer penas inferiores ao mínimo legal sob certas condições (circunstâncias do crime, personalidade do infrator ou garantias de integração ou reintegração apresentadas pelo infrator). Foi devido a essa possibilidade excepcional que o Conselho Constitucional declarou que essa lei estava em conformidade com a Constituição, reconhecendo que ela respeitava o princípio da individualização da pena³⁸. As penas mínimas serão examinadas em mais detalhes na segunda parte.

Apesar da existência de parâmetros objetivos e subjetivos completamente contraditórios³⁹, antes de pronunciar uma pena privativa de liberdade, o juiz criminal deve demonstrar que esta não pode ser adaptada ou substituída para o condenado (Desportes; Gunehec, 2009).

Em relação ao Brasil, a redação inicial do Código Penal vigente adotou um sistema em duas fases para a aplicação da pena, conhecido como sistema bifásico e idealizado por Roberto Lyra (1946). Conforme esse critério, o juiz deve realizar uma análise conjunta das circunstâncias judiciais⁴⁰ e das circunstâncias atenuantes e agravantes para determinar a pena inicial. Em seguida, na segunda e última etapa, o juiz deve analisar as causas de aumento e diminuição para fixar a pena definitiva, sempre dentro dos limites legais.

No entanto, a grande reforma do Código Penal operado pela Lei 7.209/1984 substituiu o sistema bifásico por um sistema trifásico de dosimetria da pena, idealizado por Nelson Hungria.

Baseando-se nas mudanças da realidade brasileira e seguindo a tendência de adequação social, a exposição dos motivos explica a mudança da seguinte forma:

³⁷ Para os crimes previstos nos artigos 222-9, 222-12 e 222-13, no 3º do artigo 222-14, no 4º do artigo 222-14-1 e no artigo 222-15-1, a pena de prisão não pode ser inferior aos seguintes limites:

1º Dezoito meses, se o crime for punível com sete anos de prisão;

2º Dois anos, se o crime for punível com dez anos de prisão (tradução nossa).

³⁸ França, C.C., 9 de agosto de 2007, dez. 2007-554 DC, Lei reforçando a luta contra a reincidência de adultos e menores (tradução nossa).

³⁹ França, C. Pén., art. 132-24, al. 2º: Conciliar a proteção efetiva da sociedade, a sanção do condenado e os interesses da vítima com a necessidade de promover a inserção ou a reinserção e de prevenir que novos delitos sejam cometidos (tradução nossa).

⁴⁰ De acordo com a redação original do artigo 42 do Código Penal brasileiro, as circunstâncias judiciais que o juiz deve levar em conta na fixação da pena são: os antecedentes criminais e a personalidade do agente, a intensidade do dolo ou grau de culpa, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime.

Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59, consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes, incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o quantum da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude da garantia constitucional da ampla defesa.

A reforma do Código Penal de 1984 introduziu o método trifásico de fixação das penas para permitir ao condenado de seguir o raciocínio do juiz da sentença. O critério trifásico tem também por objetivo garantir os direitos da defesa.

Na primeira parte, o juiz determina a pena de base, analisando as circunstâncias judiciais referidas no artigo 59 do Código Penal. O artigo estabelece que o juiz determinará a pena legalmente cominada, seu quantum dentro dos limites previstos em lei, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição da pena privativa de liberdade por outro tipo de pena, de forma que seja necessária e suficiente para a punição e prevenção do crime.

Essas circunstâncias são subjetivas (culpa, antecedentes criminais, conduta social, personalidade do infrator, motivos do crime) e objetivas (circunstâncias e consequências do crime, comportamento da vítima). Se essas circunstâncias constituírem um elemento do crime ou circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou causas de aumento e diminuição, elas não devem ser analisadas nessa fase para não violar o princípio de *non bis in idem*.

A pena base pode ser fixada acima do mínimo legal quando houver circunstâncias judiciais desfavoráveis ao infrator. Entretanto, ela não pode exceder os limites mínimos⁴¹ e máximos. Toda circunstância desfavorável à pessoa condenada deve ser justificada, caso contrário, a sentença será nula e sem efeito.

A culpabilidade deve ser analisada como uma desaprovação da conduta do agente. Ela está intimamente ligada à gradação da pena. Quanto mais repreensível for a conduta do agente, maior será a pena a ser aplicada. Ela está ligada ao desprezo e à indiferença do agente em relação ao bem jurídico protegido.

⁴¹ De acordo com a *súmula* 231 do Superior Tribunal de Justiça “A consideração de circunstâncias atenuantes não pode levar a uma redução da pena abaixo do mínimo legal”. Esse assunto será estudado em comparação com o tópico de “penas mínimas” na segunda parte.

No que diz respeito aos antecedentes criminais, e de acordo com o princípio da presunção de inocência, somente as condenações anteriores ao cometimento do crime podem ser consideradas como maus antecedentes, mesmo que não constituam uma reincidência.

Com relação à conduta social, o comportamento do agente em meio social (família, meio profissional, vizinhos, amigos) é analisado. Normalmente, a prova da conduta social é fornecida por testemunhas que afirmam não ter conhecimento de nada que possa desacreditar o agente.

A personalidade do agente deve ser levada em consideração para determinar se seu caráter é ou não voltado para a prática de crimes. Diferentemente do que acontece na França, onde o juiz compila um arquivo sobre a personalidade do infrator com base em exames psiquiátricos e psicológicos, o juiz criminal brasileiro deve, mesmo que ele não tenha conhecimento técnico de como avaliar a personalidade de um indivíduo, apoiar-se em elementos presentes no julgamento para fazê-lo.

Os motivos da infração penal são os motivos que levaram o agente a cometê-la. As circunstâncias da infração, como os meios utilizados, seu objeto, o tempo, o lugar e a forma de sua execução, são também analisadas na primeira fase da aplicação da pena. As consequências não são os efeitos naturais da infração penal, mas o prejuízo causado pelo ato criminoso na sociedade. O comportamento da vítima em relação ao delito é também considerado nessa fase da graduação da pena⁴².

⁴² A relativa indeterminação na cominação das penas, ao conferir certa margem de atuação ao magistrado, contribui para a individualização da pena, mas esta somente se legitima mediante motivação adequada das decisões.” (Arruda; Flores, 2020, p. 505)

Na segunda fase da dosimetria da pena, o juiz criminal analisa as circunstâncias agravantes^{43 44} e atenuantes⁴⁵. É de se louvar o fato de que o artigo 66 dispõe que a pena pode ainda ser atenuada em razão das circunstâncias pertinentes não expressamente previstas pela lei. A lista das circunstâncias atenuantes é, assim, dada a título de exemplo e não de maneira exaustiva, permitindo uma maior personalização da pena. Em caso de concorrência entre circunstâncias atenuantes e agravantes, prevalecem as circunstâncias subjetivas⁴⁶.

As causas de aumento e diminuição de penas são aplicadas durante a terceira e última fase da aplicação da pena. Essas causas, previstas nas partes geral e especial do Código Penal, estabelecem a taxa de aumento e redução da pena^{47 48}. Enquanto as taxas aplicáveis a esses casos são definidas por lei, as variações de pena de acordo com as circunstâncias agravantes e atenuantes são fixadas pelo juiz do processo de conhecimento. Nessa fase, em razão do impacto da aplicação da causa de aumento ou de diminuição, a pena pode ultrapassar os limites da abstração estabelecidos pela lei.

⁴³ O artigo 61 do Código Penal brasileiro elenca os critérios que agravam a pena: I - reincidência; II – o cometimento do delito pelo agente : a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a dissimulação, a impunidade ou o proveito de outra infração penal; c) à traição, de emboscada ou dissimulação, ou qualquer outro elemento que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima; d) mediante veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio cruel ou insidioso de que possa resultar perigo coletivo; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; g) com abuso de poder ou violação de dever decorrente de ofício, profissão ou atividade; h) contra criança, idoso, enfermo ou gestante; i) se a vítima estava sob a imediata proteção das autoridades; j) por ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou calamidade pública, ou por ocasião de qualquer desgraça sofrida pela vítima; l) em estado de embriaguez premeditada.

⁴⁴ O artigo 62 do Código Penal brasileiro prevê que a pena será aumentada se o agente: I) promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade de outros agentes; II) obriga ou incita outra pessoa à execução material do crime; III) incita ou obriga alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de sua condição ou deveres pessoais a cometer o crime; IV) executa o crime, ou dele participa mediante pagamento ou promessa de recompensa.

⁴⁵ De acordo com o artigo 65 do Código Penal brasileiro, as circunstâncias que atenuam a pena são: I - se o agente é menor de 21 (vinte e um) anos na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos na data da sentença; II – a ignorância da lei; III - se o agente: a) praticou o crime em razão de valores sociais ou morais; b) após o crime e de modo espontâneo e eficaz, reparou os danos causados; c) praticou o crime sob coação a que podia se opor, ou em virtude de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção provocada pela vítima; d) confessou espontaneamente ser o autor do crime; e) praticou o crime sob a influência de multidão.

⁴⁶ Brasil, Código Penal, art. 67.

⁴⁷ A tentativa é um exemplo de causa de diminuição de pena prevista na parte geral do Código Penal brasileiro (a tentativa é punida com uma pena correspondente àquela prevista para a infração penal cometida e reduzida entre um terço e dois terços).

⁴⁸ O furto cometido durante a noite é um exemplo de causa de aumento de pena prevista na parte especial do Código Penal brasileiro (aumento de um terço).

A etapa seguinte após o cálculo da pena é a definição de seu regime de cumprimento. O Código Penal brasileiro prevê três regimes de aplicação das penas (aberto, semiaberto e fechado) com base na duração da pena e no risco de reincidência do condenado⁴⁹.

Desde 1998⁵⁰, uma vez que uma pena privativa de liberdade tenha sido definitivamente imposta, o juiz pode substituí-la por penas privativas de direitos⁵¹. As condições para a substituição estão previstas no artigo 44 do Código Penal e são as seguintes: a) no caso de crime doloso perpetrada sem violência ou ameaça grave, a pena privativa de liberdade não deve ser superior a quatro anos (todos os crimes não dolosos podem ser substituídos por penas restritivas de direitos); b) o condenado não deve ser reincidente em crime doloso; c) a culpa, os antecedentes criminais, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias indicam que a substituição é suficiente.

Mesmo no caso de um reincidente, o juiz pode substituir a pena privativa de liberdade se o infrator se mostrar socialmente recomendável e a reincidência não for específica⁵².

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a regra que proibia a substituição de penas privativas de liberdade, no caso de condenados por tráfico de drogas⁵³, era inconstitucional, com base no Habeas Corpus 97256/RS⁵⁴, que afirma que o legislador não pode privar o juiz de seu poder de individualizar a pena.

O Título IV do anteprojeto do Código Penal, elaborado pelo Senado brasileiro, prevê a individualização das penas. O anteprojeto estabelece a pena nos mesmos moldes do código atual, mas retira os antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade do infrator das circunstâncias subjetivas a serem levadas em consideração na primeira fase⁵⁵. A circunstância atenuante da menoridade (menos de

⁴⁹ De acordo com o artigo 33, § 2º, do Código Penal brasileiro, a execução da pena superior a oito anos inicia-se no regime fechado; a execução da pena superior a quatro anos, mas não superior a oito anos, para o condenado não reincidente, pode iniciar-se no regime semiaberto; e a execução da pena não superior a quatro anos, para o condenado não reincidente, pode iniciar-se no regime aberto.

⁵⁰ A Lei nº 9.714, de 25.11.1998 introduziu as “penas alternativas” no Código Penal brasileiro.

⁵¹ As penas restritivas de direitos são: a) pena pecuniária; b) confisco de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade; d) interdição temporária de direitos; e e) limitação de fins de semana (art. 43 do Código Penal brasileiro).

⁵² Brasil, *Código Penal*, art. 43, § 3º.

⁵³ Brasil, *Lei no. 11.343/2006*, 23 de agosto de 2006, art. 44.

⁵⁴ Brasil, Supremo Tribunal Federal, HC 97256/RS, 2010.

⁵⁵ Senado Federal do Brasil, “Anteprojeto do Código Penal”, *projeto de lei nº 236 de 2012*, art. 75.

vinte e um anos na data do delito) foi suprimida⁵⁶, bem como a possibilidade de o juiz criminal reconhecer uma circunstância atenuante pertinente não expressamente prevista pela lei⁵⁷.

A partir dessas exclusões, pode-se observar que o propósito do anteprojeto é consolidar uma fixação de penas voltada para os atos criminosos e menos focado nas particularidades do infrator.

3.2 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL

O princípio da individualização é igualmente aplicável durante a fase de execução da pena, cujo objetivo é adaptar a sanção à personalidade e às particularidades do condenado. Embora a lei de execução penal brasileira tenha sido influenciada pela escola da Nova Defesa Social, ainda há diferenças significativas entre a França e o Brasil em termos de individualização das penas durante a fase de execução.

Na legislação francesa, as leis de 15 de junho de 2000 e de 9 de março de 2004 concluíram o processo de judicialização⁵⁸ da execução penal e os objetivos das penas de prisão. A Lei de 9 de março de 2004 reforçou o princípio da individualização durante a fase de execução da pena, acrescentando os princípios estabelecidos no artigo 707 do Código de Processo Penal. Esse artigo incorpora as funções da pena conforme concebidas pelo Conselho Constitucional em sua decisão de 20 de janeiro de 1994⁵⁹. A “Lei Perben II”⁶⁰ também outorgou os poderes do juiz do processo de conhecimento aos da execução penal, transformando o juiz da execução no principal protagonista dessa fase do processo criminal. Essa extensão de poderes autoriza o juiz da execução a personalizar a pena estabelecida pelo juiz do processo de conhecimento,

⁵⁶ *Id.*, art. 81, al. I.

⁵⁷ *Id.*, art. 82.

⁵⁸ A alteração legislativa tornou possível recorrer de todas as decisões do juiz de execução e do tribunal de execução para a divisão de execução ou para seu presidente.

⁵⁹ França, C.C., 20 de janeiro de 1994, dez. 93-334 DC, Lei instituindo uma pena incompreensível e relativa ao novo Código Penal e à certas disposições do processo penal, parágrafo 12: “Considerando que a aplicação de penas privativas de liberdade em casos criminais e correcionais foi concebida não apenas para proteger a sociedade e garantir a punição do infrator, mas também para promover sua reforma e prepará-lo para uma possível reintegração”.

⁶⁰ Nome dado à lei de 9 de março de 2004 sobre a adaptação do sistema judiciário à evolução do crime.

tornando a fase de execução de pena autônoma em relação ao julgamento criminal anterior (Tinel, 2012).

Assim como o artigo 132-24 do Código Penal, o artigo 707 do Código de Processo Penal protege vários interesses na execução da pena. O 2º parágrafo afirma que

a execução das penas deve promover a integração ou a reabilitação das pessoas condenadas e a prevenção da reincidência, respeitando os interesses da sociedade e os direitos das vítimas (tradução nossa)⁶¹.

e o parágrafo 3 afirma que

as penas podem ser ajustadas durante a execução para considerar a mudança da personalidade e da circunstância da pessoa condenada. A individualização da pena deve, sempre que possível, permitir o retorno gradual do condenado à liberdade e evitar ser libertado sem qualquer forma de supervisão judicial (tradução nossa)⁶².

O objetivo de adaptar a pena para levar em conta a personalidade e a situação do infrator estabelece a aplicação do princípio da individualização na fase de execução da pena. Ao levar em conta a situação do infrator, o juiz pode impor uma pena baseada nos elementos de personalidade e nas circunstâncias do caso.

O juiz de execução penal pode adotar as seguintes medidas de individualização: reduções de pena, suspensões e fracionamentos de pena, cumprimento em regime aberto, colocação sob vigilância eletrônica, semiliberdade, permissões de saída, autorizações de saída com escolta e liberdade condicional⁶³. Algumas dessas medidas permitem que o juiz de execução personalize a duração da pena, a fim de ajustá-la ou reduzi-la.

As reduções de penas permanecem automáticas⁶⁴ até certo ponto, ao passo que as reduções adicionais de pena exigem esforços de readaptação do condenado,

⁶¹ “l’exécution des peines favorise dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l’insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la recidive”.

⁶² “les peines peuvent être aménagées en cours d’exécution pour tenir compte de l’évolution de la personnalité et de la situation du condamné. L’individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire”.

⁶³ Brasil, Código de Processo Penal, art. 721, 721-1, 729-1, 720-1, 720-1-1, 723, 723-3, 723-6, 723-7 e 729.

⁶⁴ As reduções ordinárias são concedidas por crédito. A pena é reduzida se o infrator não cometer nenhuma infração disciplinar. O crédito de redução da pena é calculado com base no tempo a ser cumprido pelo infrator. Durante o primeiro ano de prisão, o crédito de redução de pena é de 3 meses. Nos anos seguintes, a pena é reduzida em dois anos. As penas de menos de um ano são creditadas com apenas sete dias por mês.

como ser aprovado em exame escolar, universitário ou profissional que envolvam a aquisição de novos conhecimentos, demonstrar progressos reais em educação ou treinamento, submeter-se a terapia destinada a limitar o risco de reincidência ou pagar indenização às vítimas (Boulloc, 2011).

A “Lei Perben II” introduziu disposições que permitem que as penas de prisão de um ano ou menos sejam ajustadas pelo juiz da execução. Nesses casos, o juiz leva em consideração o comportamento do infrator enquanto estiver sob custódia, seus esforços de reabilitação e suas perspectivas de reintegração, a fim de adaptar a pena o mais próximo possível da personalidade do infrator. Nessa situação, o juiz de execução modifica a pena proferida pelo juiz criminal, ajustando a pena enquanto ela estiver sendo cumprida.

De acordo com a legislação francesa, mesmo as penas não privativas de liberdade podem ser novamente individualizadas durante a fase de execução. O artigo 708 do Código de Processo Penal autoriza a suspensão ou o fracionamento das penas criminais ou correcionais não privativas de liberdade pelo juiz de execução penal.

Conforme o que afirma M. R. Gouzardi,

a função da individualização não consiste mais apenas em monitorar o progresso do condenado ao longo de sua pena, mas em determinar a natureza da sanção que será realmente executada pelo condenado. Isso resultará necessariamente em uma pena mais eficaz, pois será mais bem adaptada à pessoa condenada. Isso é um fortalecimento dos poderes do juiz de execução penal, que é confirmado pelo poder de impor penalidades conferido a ele pela Lei Perben 2 (tradução nossa)⁶⁵.

Encomendado em julho de 2014 pela ministra da Justiça, Christiane Taubira, o relatório “*Pour une refonte du droit des peines*” foi entregue em 18 de dezembro de 2015 pela comissão presidida pelo ex-conselheiro da *Cour de Cassation*, Bruno Cotte. Seu propósito era propor uma revisão global do direito das penas: simplificar a legislação, reafirmar a individualização, tornar o cárcere último recurso e criar um verdadeiro “Código das Penas e da Execução” que integre punição, acompanhamento e reinserção. O texto apresenta cerca de 70 recomendações, entre elas a ampliação

⁶⁵ “la fonction d’individualisation ne consiste plus uniquement à suivre l’évolution du condamné tout au long de sa peine, mais à déterminer la nature de la sanction qui sera réellement exécutée par le condamné. Cela entraînera nécessairement une plus grande efficacité de la peine puisque celle-ci sera plus adaptée à la personne condamnée. Il s’agit alors d’un renforcement des pouvoirs du juge de l’application des peines qui est confirmé par le pouvoir de sanction qui lui a été conféré par la loi Perben 2” (Goudarzi, 2011, p. 149).

das alternativas à prisão e o acompanhamento jurisdicional contínuo do condenado. O relatório Cotte recomenda que o futuro Código Penitenciário francês “garanta um processo de execução individualizado, com decisões jurisdicionais periódicas para ajustar a pena às necessidades de reinserção” (FRANÇA, 2015, p. 71).

Já no Brasil, o cumprimento das penas é regido pela Lei de Execução Penal (LEP) em vigor desde 1985. Fortemente influenciado pela escola da Nova Defesa Social, sua exposição de motivos afirma a adoção do princípio de que as penas e medidas de segurança devem implementar “a proteção dos bens jurídicos e a reintegração do condenado à sociedade”. O artigo 1º da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 afirma que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a reintegração do condenado”. Os princípios e garantias previstos em lei e aplicáveis à execução das penas são a atribuição da competência jurisdicional; a igualdade, a legalidade e a liberdade, a proporcionalidade, a personalização, a individualização e a humanidade das penas (Brasil, 1984).

A execução da pena é a última (após a individualização legislativa e a fixação da pena pelo juiz do processo de conhecimento) e talvez a mais importante fase do sistema de justiça criminal, pois é o momento em que a pena proferida é colocada em execução.⁶⁶ Entretanto, as políticas públicas voltadas para a reabilitação e a ressocialização dos infratores condenados são negligenciadas pelos líderes políticos (Oualalou, 2014).

É direito da pessoa condenada ter uma pena justa e não padronizada, individualizada de acordo com suas singularidades humanas. A individualização da fase de execução não apenas protege a pessoa condenada de quaisquer excessos cometidos pelo juiz do processo de conhecimento ao estabelecer a sanção, mas

⁶⁶ Essa caótica situação carcerária vivida no Brasil foi bem descrita por Saleilles quando afirmou que o problema está na execução da pena: “Mas quando esse aumento é redobrado no caso de reincidentes, é também porque a punição está funcionando mal; em vez de prevenir o crime, ela o incentiva. Em vez de fazer desaparecer a criminalidade latente e virtual do indivíduo, ela, de certa forma, a aumenta, e a aumenta pela própria perda do senso de honra e do senso de dignidade pessoal, que é uma das mais seguras salvaguardas da moralidade e, para muitos homens honestos, a única que lhes resta. [...] Portanto, não é o código penal que está em falta, muito menos o juiz ou o júri. É a execução da pena que é defeituosa. O que causa a reincidência é a promiscuidade da prisão, a corrupção do regime comunal, a reunião de todos os vícios da humanidade. O condenado pela primeira vez que entra nesse ambiente e se torna companheiro, por assim dizer igual, do mais corrupto dos corruptos, inevitavelmente sente desaparecer os últimos vestígios de honestidade. [...] O homem que vive com perversos assimila gradualmente a natureza deles; é quase fatal” (tradução nossa). (Saleilles, 2001, p. 80-81).

também de leis mal elaboradas (Barros, 2001)⁶⁷. De acordo com Amorim (2023, p. 906): “o princípio da individualização da pena aplicado principalmente na execução proporciona maior efetividade à função social da sanção, possibilitando um trabalho coerente e diferenciado para cada apenado.”.

A lei de execução penal brasileira prevê as seguintes possibilidades para o juiz individualizar a pena: a) progressão de regime; b) regressão de regime; c) livramento condicional; d) remissão da pena.

De acordo com o artigo 112 da Lei de Execução Penal brasileira, a pena privativa de liberdade é aplicada progressivamente mediante transferência para um regime mais leve. Após o cumprimento de um sexto da pena em regime fechado⁶⁸, o juiz poderá determinar a progressão de regime do preso se ele apresentar bom comportamento. Por outro lado, o juiz também poderá determinar a regressão de regime na hipótese de cometimento de crime doloso ou falta grave, ou se o preso tiver sido condenado por outra infração penal e a soma das penas impossibilitar a aplicação da pena no mesmo regime.

A liberdade condicional permite que o infrator condenado cumpra o restante de sua pena em liberdade. Esse importante mecanismo legal que visa à reintegração de prisioneiros condenados pode ser aplicado pelo juiz se as condições objetivas (pena de dois anos ou mais de prisão, pena parcialmente cumprida e indenização por danos causados à vítima) e subjetivas (prova de bom comportamento durante o cumprimento da pena, conclusão bem-sucedida das tarefas designadas e capacidade de se sustentar) forem atendidas⁶⁹.

A remissão da pena está prevista nos artigos 126 e seguintes da Lei de Execuções Penais e permite a individualização da pena com a dedução de um dia de prisão para cada três dias de frequência escolar ou trabalho para os condenados que cumprem pena em regime semiaberto ou fechado.

Entretanto, a progressão de regime, o livramento condicional e a remissão de pena são considerados direitos subjetivos do condenado. Desde que os critérios legais

⁶⁷ No âmbito da execução penal, Amorim destaca que a classificação inicial, conduzida pela Comissão Técnica de Classificação e lastreada em exames criminológicos e de personalidade, “é o desdobramento lógico do princípio da individualização, pois ajusta o roteiro de execução às características psíquicas, sociais e biográficas de cada condenado, evitando que a pena se converta em mero confinamento indiferenciado” (Amorim, 2023, p. 898).

⁶⁸ De acordo com a Lei 11.464/2007, o tempo mínimo exigido para a progressão de regime no caso de crimes hediondos é de 2/5 (infrator não reincidente) ou 3/5 (infrator reincidente).

⁶⁹ Brasil. Código Penal, art. 83.

sejam atendidos, o juiz é obrigado a conceder o benefício. O juiz não tem nenhuma margem de apreciação para ajustar a aplicação da pena, levando em conta as características pessoais do condenado.

Em 2005, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a regra do regime integralmente fechado para os crimes hediondos, decidindo, com base no Habeas Corpus 82.959-7/SP, que “conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal - a exigência de cumprimento da pena em regime integralmente fechado”⁷⁰. Entretanto, o reconhecimento da inconstitucionalidade da regra do regime integralmente fechado não impede que o legislador estabeleça uma progressão de regime mais severa para os condenados por crimes hediondos.

Merece destaque as ações do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça com a elaboração do Plano Pena Justa - Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras a partir do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. O Plano organiza quatro eixos de intervenção — controle da entrada e das vagas, melhoria da ambiência e dos serviços prisionais, qualificação da saída e reintegração social, e políticas de não repetição — cada qual desdobrado em metas, indicadores e prazos até 2027, subordinando a execução penal a um monitoramento permanente pelo STF e pelo CNJ (BRASIL, 2025).

Percebe-se, assim, que na França, houve uma mudança na forma como as penas são individualizadas, com o legislador francês abolindo as penas mínimas para delitos e crimes e estabelecendo o princípio da subsidiariedade da pena privativa de liberdade. Trata-se de uma ruptura com o culto à lei e uma falta de confiança no juiz. A dispensa e o adiamento da pena são outros meios concedidos ao juiz do processo de conhecimento para adaptar a sanção penal à situação pessoal do infrator condenado e promover sua reabilitação. Por sua vez, o Código Penal brasileiro parece mais preocupado em garantir os direitos da defesa, prevendo um método de sentença trifásico para permitir que a pessoa condenada acompanhe o raciocínio do juiz que profere a sentença e que os tribunais superiores corrijam quaisquer falhas por parte desse juiz.

⁷⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal, HC 82.959-7/SP, 2006.

A fase de execução da pena na França é autônoma em relação ao processo criminal de conhecimento que a precede e o juiz de execução da pena pode personalizar a pena proferida pelo juiz criminal. No Brasil, por outro lado, não há essa autonomia e os mecanismos de progressão da pena são considerados direitos subjetivos do condenado, que o juiz é obrigado a conceder desde que os critérios legais sejam respeitados. O juiz responsável pela execução da pena não tem qualquer discricionariedade para ajustar a pena de modo a levar em conta as características pessoais do condenado.

Assim, com base em um estudo comparativo do princípio da individualização durante as fases de conhecimento e execução, pode-se observar que o legislador francês, com o objetivo de promover a reabilitação do condenado, concedeu ao juiz, tanto durante a fase de conhecimento quanto na fase de execução, poderes para personalizar verdadeiramente a pena. O sistema brasileiro, em contrapartida, parece ser mais conservador, uma vez que todos os critérios para a determinação da pena e seu desenvolvimento durante a fase de execução são estritamente regulados por lei.

4 A MARGEM DE APRECIÇÃO DO JUIZ E A OBRIGAÇÃO DE MOTIVAR AS PENAS COMO INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Na França, qualquer lei que imponha penalidades de forma automática, suprimindo a margem de apreciação ou subtraindo do juiz o poder de individualizar a pena viola o princípio da individualização.

A experiência francesa pode, portanto, inspirar a mudança no sistema de aplicação da pena no Brasil, considerando questões como a individualização da pena e o mínimo legal e a obrigação de motivação das penas acessórias conforme decidido pelo Conselho Constitucional francês.

4.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E AS PENAS MÍNIMAS NA FRANÇA E NO BRASIL

Apesar da abolição da pena mínima na França pelo Código Penal de 1994, penas mínimas de reclusão ou de prisão para reincidentes foram introduzidas em 2007. É necessário um estudo da experiência francesa acerca das penas mínimas e da impossibilidade de fixar uma pena abaixo do mínimo legal no Brasil para entender as diferenças na legislação e na jurisprudência relativas ao princípio da individualização das penas.

A lei de 10 de agosto de 2007 impôs um limite à liberdade do juiz para a fixar penas, com a finalidade de intensificar a luta contra a reincidência de adultos e menores. De acordo com o Código Penal francês, o princípio da individualização da pena tem objetivos (às vezes conflitantes) de proteção efetiva da sociedade: punição do culpado, interesses das vítimas e reabilitação do infrator condenado. Nesta seção, analisaremos, primeiro, a reintrodução da pena mínima para fortalecer a luta contra a reincidência, seguida de uma análise de sua constitucionalidade pelo Conselho Constitucional.

4.1.1 A Reintrodução das Penas Mínimas para Reforçar a Luta contra a Reincidência

A reincidência não é um fenômeno recente. O legislador sempre teve que lidar com esse problema social. Como primeiro passo, o legislativo francês aprovou a Lei nº 2005-1549 de 12 de dezembro de 2005⁷¹ relativa ao tratamento da reincidência em infrações penais. Prevendo uma série de medidas para melhorar a eficácia da prevenção da reincidência do Código Penal, a Lei nº 2005-1549 introduziu os objetivos de reabilitação e prevenção⁷² da punição no artigo 132-24 do Código Penal. Ela aumentou também a duração das penas de prisão parcialmente suspensas em liberdade condicional, bem como a duração do período de liberdade condicional no caso de uma pessoa condenada que tenha reincidido legalmente. Esse projeto de lei previa o retorno das penas mínimas ao Código Penal francês, mas tais disposições não foram adotadas pela Assembleia Nacional com base no fato de que “o princípio da individualização da pena parece evidentemente contraditório com a fórmula de ‘penas mínimas’ por vezes equivocadas para lutar contra a reincidência” (Zocchetto *apud* FRANÇA, 2005, p. 18).

Aprovada em 2007, em resposta a uma promessa de campanha do presidente da República, Nicolas Sarkozy, a primeira lei impondo penas mínimas foi destinada a infratores reincidentes, tanto adultos quanto menores. A Lei nº 2007-1198, de 10 de agosto de 2007, previa penas dissuasivas em caso de reincidência, reduzindo o poder discricionário do juiz do processo de conhecimento para definir a pena, reintroduzindo penas mínimas para os reincidentes no sistema de justiça criminal francês. Seu objetivo era introduzir as regras que regessem a certeza e o *quantum* da pena (Desportes; Gunehec, 2009).

A reincidência é caracterizada pela prática de uma infração por uma pessoa que já tenha sido condenada por um tribunal penal em um Estado-Membro da União Europeia⁷³, sendo a condenação definitiva ⁷⁴ ⁷⁵. Com o objetivo de estabelecer um

⁷¹ A Lei 2005-1549 de 12 de dezembro de 2005 também introduziu a vigilância móvel (PSEM).

⁷² De acordo com o Ministro da Justiça na época, o objetivo era “implementar um sistema que reduzisse a taxa de reincidência, e não permitir que ela se estabilizasse. É preciso levar em conta a periculosidade de determinados perfis de infratores para melhor defender a sociedade. A luta contra a reincidência é uma prioridade na luta contra o crime” (Clément, 2005, p. 345).

⁷³ Art. 132-16-6 introduzido pela Lei no. 2005-1549 de 12 de dezembro de 2005.

⁷⁴ França, Código Penal, art. 132-8 a 132-11.

⁷⁵ No caso de uma contravenção punível com dez anos de prisão ou de um crime doloso, a reincidência é geral e perpétua se o segundo termo de reincidência for um crime doloso. Se esse segundo termo consistir em uma contravenção punível com dez anos de prisão cometida dentro de dez anos após a

sistema graduado com base nos antecedentes criminais do infrator, a lei de 2007 preocupada em estabelecer um regime gradual em função dos antecedentes judiciais do acusado, previu duas situações de reincidência para a fixação das penas mais severas: primeira reincidência, que é definida como um “estado de reincidência legal”, e o “novo estado de reincidência legal”⁷⁶. Ela não se aplica às infrações menores.

No caso de uma primeira reincidência em delitos cuja pena prevista seja de, no mínimo, três (3) anos de prisão, a legislação estabelece que a pena mínima aplicada deve corresponder a, pelo menos, um terço do limite máximo previsto. Contudo, o magistrado possui certa margem de discricionariedade, podendo, exclusivamente na primeira reincidência, determinar uma pena inferior. Para tanto, deve apresentar fundamentação adequada, considerando as circunstâncias do delito, a personalidade do infrator ou seus indícios de reintegração e reabilitação⁷⁷.

No caso de segunda reincidência, especialmente de crimes violentos, agressão sexual ou crimes puníveis com pelo menos dez (10) anos de prisão, a margem de apreciação do juiz é mais limitada. A atenuação da pena mínima está condicionada ao fato de a pessoa condenada fornecer “*garantias excepcionais de integração ou de reabilitação*” (tradução nossa⁷⁸). Também parece que a lei foi inspirada pela ideia de retribuição e neutralização (Verges, 2007).

Os critérios que autorizam o juiz a estabelecer uma pena mais baixa baseiam-se nos princípios tradicionais de personalização previstos no artigo 132-24, deixando, ao mesmo tempo, certa margem de liberdade aos juízos criminais. Entretanto, como uma questão de fato, a revisão de penas abaixo do limite legal não será revisada pela Corte de Cassação, que poderá ser reavaliar o caso apenas quando houver ausência de motivo, insuficiência ou contradição de motivo (Desportes; Gunehec, 2009).

expiração ou prescrição da pena anterior, ou em uma contravenção punível com menos de dez anos (mas mais de um ano) cometida dentro de cinco anos, a reincidência é geral e temporária. Ela será especial e temporária se o primeiro termo da reincidência consistir em um delito punível com menos de dez anos de prisão e se o acusado cometer, dentro de cinco anos da expiração ou limitação da pena anterior, o mesmo delito ou um delito a ele equiparado, na acepção do Código Penal. Uma vez estabelecido o estado de reincidência legal, as penas máximas incorridas são dobradas.

⁷⁶ França, Código Penal, art.132-18-1.

⁷⁷ De acordo com os artigos 132-18-1 e 132-19-1 do Código Penal, nos processos penais, as penas mínimas são de cinco anos de prisão se o crime for punível com quinze anos de prisão ou detenção, sete anos se for punível com vinte anos, dez anos se for punível com trinta anos e quinze anos se for punível com prisão perpétua ou detenção. Em matéria penal, as penas são de um ano de prisão se a infração for punível com três anos de prisão, dois anos se for punível com cinco anos, três anos se for punível com sete anos e quatro anos se for punível com dez anos (tradução nossa).

⁷⁸ França, Código Penal, art. 132-18-1, último parágrafo, e art. 132-19-1, parágrafos 7 a 12. – “*garanties exceptionnelles d’insertion ou de réinsertion*”.

É importante enfatizar que, conforme o artigo 132-20 do Código Penal, o juiz deve advertir os acusados sobre as penalidades incorridas se eles cometerem um novo delito em um estado de reincidência legal.

Jean Pradel (2007) acredita que o ponto forte da Lei nº 2007-1198 é que ela “tende a garantir maior igualdade entre os infratores e [que] permite que os indivíduos saibam o que enfrentarão se cometerem outro delito” (tradução nossa⁷⁹) (Pradel, 2007, p. 2247).

De outra forma, tais disposições legais refletem não apenas a desconfiança da opinião pública e do legislativo em relação ao judiciário, mas também uma política criminal em favor dos direitos das vítimas e da segurança da sociedade.

Essa reintrodução de penas mínimas no sistema de justiça criminal francês revela a dificuldade de equilibrar os papéis do legislador na definição das penas e dos juízos criminais na adaptação das penalidades (Vergès, 2007).

Com o mesmo objetivo da Lei nº 2007-1198, a Lei nº 2011-267, de 14 de março de 2011, sobre a orientação e programação do desempenho da segurança interna (LOPPSI II), introduziu penas mínimas⁸⁰ para os infratores primários tendo cometido delitos graves listados⁸¹ no novo artigo 132-19-2 do Código Penal. A exemplo da Lei nº 2007-1198, a Lei nº 2011-267 deu ao juiz criminal a possibilidade de impor uma pena inferior àquelas previstas por meio de uma decisão especialmente fundamentada, em outras palavras, uma pena inferior a esses limites ou uma pena que não seja de prisão, com base nas circunstâncias do crime, na personalidade do infrator e nas garantias de integração ou reabilitação.

Não é difícil perceber que, ao introduzir penas mínimas, o legislador inverteu a lógica do princípio da individualização das penas. A inversão da motivação usada para justificar a liberdade, em vez da prisão, demonstra o exercício da individualização pelo legislador, que não suprimiu o poder de adaptação da sanção pelo juiz penal⁸².

⁷⁹ “tend à assurer plus d’égalité entre les délinquants et [qu’] elle permet aux individus de savoir ce qu’ils encourraient en cas de nouveau passage à l’acte.”

⁸⁰ As penas mínimas impostas são de dezoito meses, se o crime for punível com sete anos de prisão e dois anos, se o crime for punível com dez anos de prisão.

⁸¹ Crimes previstos nos artigos 222-9, 222-12 e 222-13, 3º do artigo 222-14, 4º do artigo 222-14-1 e artigo 222-15-1 do Código Penal.

⁸² Ben M'Barek (2019) demonstra que, as penas mínimas provocaram forte contestação constitucional, pois “reduzem o juiz a mero aplicador automático da lei, esvaziando a individualização e criando ‘desproporções patentemente injustas’” (BEN M'BAREK, 2019, s/p)

Entretanto, o impacto da Lei de 10 de agosto de 2007 é perceptível. De acordo com o boletim de informação estatística do Ministério da Justiça, publicado em outubro de 2012, entre as condenações em casos de reincidência legal por crimes qualificados para uma pena mínima, 38,6% incluíram realmente uma pena igual ou superior à pena mínima prevista. Isso significa um aumento de cerca de 4% no quantum de prisão fechada, que aumentou, em média, de 8,2 a 11 meses (Leturcq, 2012).

Retomando a natureza cíclica que revela a dificuldade de equilibrar os papéis da individualização legislativa e judicial, o Ministro da Justiça apresentou um projeto de lei ao Conselho de Ministros em 9 de outubro de 2013 com o objetivo de fortalecer a individualização da pena por meio da abolição das penas mínimas e da introdução de disposições no Código Penal para garantir que penas individualizadas sejam proferidas e para incentivar o uso de métodos de personalização de penas⁸³.

4.1.2 A constitucionalidade das penas mínimas conforme o Conselho Constitucional

Em duas ocasiões, o Conselho Constitucional foi instado a realizar o controle de constitucionalidade das penas mínimas sob as condições estabelecidas no segundo parágrafo⁸⁴, do artigo 61 da Constituição.

Em primeiro lugar, alguns senadores e deputados contestaram a constitucionalidade das disposições da Lei nº 2007-1198 relacionadas às penas mínimas para reincidentes, à lei aplicável a reincidentes juvenis e à ordem de tratamento, argumentando que essas disposições violavam os princípios da necessidade e da individualização da pena, a competência da autoridade judicial como guardião da liberdade individual, os direitos da defesa e o direito a um processo justo.

Em 9 de agosto de 2007, o Conselho Constitucional francês proferiu a Decisão nº 2007-554 DC, determinando que as disposições da Lei para fortalecer a luta contra a reincidência entre adultos e menores não eram contrárias à Constituição. Os argumentos do Conselho para rejeitar a alegação de que o princípio da individualização das penas havia sido desprezado estão expostos na *Consideração*

⁸³ Projeto de lei. Disponível em:

http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do;jsessionid=A91BF85DD4A4FED3BDE7327747EA138F.tpdjo02v_1?idDocument=JORFDOLE000028050843&type=contenu&id=2&typeLoi=&legislature=. Acesso em: 26 fev. 2025.

⁸⁴ Diferentemente do Supremo Tribunal Federal do Brasil, o Conselho Constitucional francês tem o poder de revisar leis *a priori*.

13. Embora afirme que o princípio da individualização das penas deriva do artigo 8 da Declaração de 1789, o Conselho Constitucional declarou que ele “não pode impedir o legislador de fixar regras para garantir que os crimes sejam efetivamente punidos; nem implica que a pena deva ser determinada exclusivamente com base na personalidade do infrator” (tradução nossa)⁸⁵.

Também sustentou que o princípio da necessidade das penas não foi desconsiderado graças à possibilidade dada ao juízo criminal de não aplicar a pena mínima levando em conta as circunstâncias do crime, a personalidade do infrator ou as garantias de integração ou reintegração apresentadas por ele. A limitação da não aplicação da pena mínima no caso de uma nova reincidência (garantias excepcionais de reabilitação ou reintegração) é justificada, de acordo com o Conselho, pela necessidade do legislador de “garantir a punição efetiva de infrações particularmente graves e combater sua reincidência” (tradução nossa⁸⁶).

Em uma segunda fase, o Conselho Constitucional também foi solicitado pelos senadores e deputados a avaliar se as penas mínimas introduzidas pela Lei nº 2011-267 de 14 de março de 2011, conhecida como a Lei da orientação e da programação do desempenho da segurança interna (LOPPSI II), estavam em conformidade com a Constituição.

Seguindo o mesmo raciocínio adotado na Decisão nº 2007-554 DC, o desrespeito da LOPPSI II ao princípio da individualização das penas foi excluído, uma vez que as penas mínimas de dezoito a vinte e quatro meses destinadas aos infratores primários somente se aplicam às infrações graves; e a derrogação é sempre possível em termos de quantum ou penas suspensas em função das circunstâncias da infração, da personalidade do infrator ou das garantias de integração ou reabilitação oferecidas pelo mesmo⁸⁷.

Assim, o legislador conseguiu evitar a censura do Conselho Constitucional impondo penas mínimas sem privar o juiz de qualquer possibilidade de impor penas inferiores às penas mínimas instituídas, de acordo com a interpretação do princípio da

⁸⁵ “*ne saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une répression effective des infractions; qu’il n’implique pas davantage que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de la personnalité de l’auteur de l’infraction*”.

⁸⁶ França, C.C., 9 de agosto de 2007, dez. 2007-554 DC, Lei reforçando a luta contra a reincidência de adultos e menores, par. 15. – “*assurer la répression effective de faits particulièrement graves et lutter contre leur recidive*”.

⁸⁷ França, C.C., 19 de março de 2011, dez. 2011-625 DC, Lei de orientação e programação para o desempenho da segurança interna, par. 24.

individualização das penas adotada desde 2005. Nesse sentido, a evolução geral das leis penais é possível, na medida em que o Conselho não realizou nenhuma avaliação objetiva do quantum previsto pelo legislador, revelando que o princípio da “necessidade das penas associadas às infrações é uma questão a ser decidida pelo legislador”⁸⁸ e que “cabe ao Conselho Constitucional garantir que não haja desproporção manifesta entre o delito e a pena incorrida”⁸⁹.

Com isso, o legislador conseguiu reintroduzir as penas mínimas no Código Penal em 2007. Para o Conselho Constitucional, no entanto, as penas mínimas não são automáticas, pois os juízes ainda são livres para fazer exceções ao quantum, termos e condições ou até mesmo à natureza da pena, embora dentro de uma estrutura limitada.

4.2 A IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE UMA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NO BRASIL

Como explicamos no Capítulo I da Primeira Parte, desde 1830, o Brasil adotou como única regra o sistema de elasticidade das penas, segundo o qual o juiz tem o poder de fixar a pena apenas entre dois limites invariáveis. No entanto, um número considerável de juízes brasileiros acredita que deveria ser possível impor uma pena abaixo do limite legal, a fim de implementar o princípio constitucional da individualização das penas. Diante de tamanha incerteza sobre o ponto, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal decidiram pela impossibilidade de fixação de pena abaixo do mínimo legal. Entretanto, isso não exclui a possibilidade de aprimoramento do sistema brasileiro de fixação de penas privativas de liberdade, levando-se em consideração a experiência francesa.

4.2.1 A Impossibilidade de Fixação de uma Pena abaixo do Mínimo Legal conforme o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal

⁸⁸ França, C.C., 9 de agosto de 2007, dez. 2007-554 DC, Lei reforçando a luta contra a reincidência de adultos e menores, par. 8 – *“la nécessité des peines attachés aux infractions relève du pouvoir d’appréciation du législateur”*.

⁸⁹ França, C.C., 19 de março de 2011, dez. 2011-625 DC, Lei de orientação e de programação para o desempenho da segurança interna, par. 22 – *“il incombe au Conseil constitutionnel de s’assurer de l’absence de disproportion manifeste entre l’infraction et la peine encourue”*.

A possibilidade de circunstâncias atenuantes serem levadas em conta para permitir que o juiz imponha uma pena abaixo do mínimo legal tem sido muito discutida no Brasil. Essa discussão é anterior à 1984, quando houve acirradas controvérsias entre os sistemas bifásicos e trifásicos. Sempre houve a afirmação geral de que a pena-base não poderia ser fixada acima do mínimo legal, pois esse limite poderia ser ultrapassado na presença de uma causa de diminuição.

No sistema bifásico, não havia necessidade dessa discussão, pois tudo o que não causava aumento ou diminuição tinha de ser considerado ao estabelecer a pena-base. No entanto, desde a reforma do Código Penal de 1984, surgiu uma controvérsia, pois no sistema trifásico há um estágio intermediário em que as circunstâncias legais são levadas em consideração.

Retomando o que foi discutido na seção anterior, é com base no artigo 59 do Código Penal brasileiro que o juiz estabelece a pena-base, que estará sujeita a sucessivas modificações de acordo com os critérios previstos no Código. Na primeira fase, temos a pena “que deverá ser fixada na ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou causa de aumento ou diminuição” (Ferreira, 2000, p. 63).

Na segunda fase da fixação da pena, as circunstâncias legais são avaliadas, a saber, circunstâncias agravantes (art. 61 do Código Penal) e atenuantes (art. 65 e 66 do Código Penal). Com base nos critérios estabelecidos para essa fase, a pena base será aumentada ou reduzida pelo juiz, conforme apropriado. O juiz deve fundamentar o impacto das circunstâncias, bem como a quantidade de pena a ser acrescentada ou subtraída. Como a lei não prevê um valor específico de aumento ou redução, o juiz a fixa conforme sua convicção e dependendo do caso específico.

A terceira e última etapa da fixação da pena considera os motivos do aumento e da redução. No entanto, apesar da previsão legal do sistema trifásico, o critério de duas fases permanece em vigor quando a pena-base é fixada no mínimo legal, uma vez que não será possível levar em consideração as circunstâncias atenuantes na segunda fase da sentença.

Em 1999, o Superior Tribunal de Justiça emitiu a súmula 231, que diz o seguinte: “A consideração de circunstâncias atenuantes não pode conduzir a uma redução de pena abaixo do mínimo legal”⁹⁰, dado que “a consideração de circunstâncias

⁹⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça, Súmula 231, 22 de setembro de 1999.

atenuantes não aplicadas na pena perde seu significado, se a pena já estiver no nível do mínimo legal”⁹¹ (Bitencourt, 2002, p. 231).

A aplicação da súmula 231 ainda se baseia fortemente na doutrina dominante da década de 1940. Os argumentos expostos por Roberto Lyra na sua obra ‘Comentários ao Código Penal’ prevaleceram. Ele argumentou que a condenação se baseada na média aritmética das penas máxima e mínima. Explicou que as circunstâncias “atenuantes e agravantes, legais [...], ou judiciais [...], indicam ao juiz o máximo ou o mínimo, para que ele se aproxime de um ou de outro conforme o caso” (Lyra, 1942, p. 349). Assim, se o juiz “tem uma pena entre seis e vinte anos para fixar, ele se aproximará do máximo ou do mínimo, de 13 anos para cima ou para baixo, respectivamente” (Lyra, 1942, p. 349-350).

Como, na época, a pena-base era fixada a partir da média aritmética das penas máxima e mínima, a preocupação existente hoje não chamava a atenção. Contudo, considerando que atualmente a pena-base é definida com base na pena mínima e não mais na média aritmética das penas máxima e mínima, a menos que haja uma circunstância judicial que justifique o contrário, é evidente que a situação é completamente diferente.

A posição dominante defendia a impossibilidade da consideração das circunstâncias judiciais para fixar a pena abaixo ou acima dos limites estabelecidos para cada crime. Isso é explicado pelo argumento de que o legislador previu limites para a aplicação dos fundamentos de aumento e diminuição pelo juiz, enquanto a aplicação das circunstâncias judiciais é realizada de acordo com a convicção do juiz e dependendo do caso específico. Consequentemente, isso significaria conceder um amplo poder discricionário ao juiz do processo de conhecimento (Ferreira, 2000).

Assim, o juiz não pode reduzir uma pena abaixo do mínimo ou aumentá-la acima do máximo legal, porque isso constituiria uma violação do princípio de legalidade. Mas esses limites podem ser ultrapassados em razão das causas de aumento e diminuição, pois nesse caso não há risco de violação, uma vez que o montante do aumento ou diminuição é previamente estabelecido pelo legislador (Ferreira, 2000).

Depois de muitas discussões, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento jurisprudencial editando a súmula 231, cujo conteúdo foi repetido várias vezes até se tornar uma regra quase absoluta. O teor da súmula 231 do STJ foi

⁹¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça, HC 10.993/RJ, 11 de abril de 2000.

igualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende do seguinte julgamento que resultou no Tema 158:

Ação Penal. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Circunstâncias atenuantes ou genéricas apenas e nenhuma razão especial para redução. Fixação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário desprovido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode levar à redução da pena abaixo do mínimo legal⁹².

Nesse aspecto, há uma clara opção pelo sistema bifásico, uma vez que a jurisprudência brasileira conclui que, na segunda fase da condenação, o limite mínimo não pode ser questionado, permanecendo letra morta o conteúdo do artigo 68 do Código Penal.

4.2.2 Possibilidades de Melhorias do Sistema Brasileiro de Penas Privativas de Liberdade com Base na Experiência Francesa

Considerando a experiência francesa, o sistema brasileiro de fixação de penas privativas de liberdade poderia ser aperfeiçoado por meio de uma revisão da jurisprudência constitucional ou por meio de legislação, especialmente em um momento em que ainda temos um anteprojeto do novo Código Penal em discussão no Senado Federal.

A questão de se as circunstâncias atenuantes devem ser levadas em conta ao se fixar uma pena abaixo do mínimo legal deve ser orientada por valores constitucionais. Aqueles que defendem a aplicação da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça estimam que a fixação da pena abaixo do mínimo legal, considerando as circunstâncias legais, implica um desconhecimento dos princípios de legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição) e da determinação da pena (art. 5º, inciso XLVI, da Constituição). Enquanto a pena só pode existir por força da lei, o juiz não pode ultrapassar ou ficar aquém dos limites previstos pelo legislador, salvo nos casos autorizados (causas de aumento e de diminuição). Ao mesmo tempo, como “a lei regulará a individualização das penas” (art. 5º, inciso XLVI da Constituição), convém afirmar que não cabe ao juiz aplicar o referido princípio (Bitencourt, 2002).

⁹² Brasil. Supremo Tribunal Federal, RE 597270 RG-QO / RS, 26 de março de 2009.

Esses argumentos não podem, no entanto, prevalecer. A impossibilidade de ultrapassar os limites previstos na parte especial do Código Penal é uma discussão anacrônica e obsoleta. Como vimos, essa discussão é uma relíquia da polêmica entre os sistemas de Nelson Hungria e de Roberto Lyra. De lá para cá, o Brasil conheceu dois regimes autoritários, uma nova parte geral do Código Penal e uma nova Constituição que, segundo Roberto Barroso, foi capaz de garantir com sucesso a transição do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e por vezes violento, para um estado democrático de direito. Ademais, a Constituição de 1988 tornou possível a existência do mais longo período de estabilidade inconstitucional na história republicana do país (Barroso, 2006).

Como a ordem constitucional em vigor é completamente diferente daquela de 1937, uma reversão da jurisprudência nessa matéria é totalmente possível. O texto da Constituição fornece uma série de elementos interpretativos que orientam a interpretação da lei penal. Há a retroatividade da lei penal mais branda (art. 5º XL, da Constituição) que gera efeitos jurídicos apenas para favorecer o acusado, bem como a prisão como *ultima ratio* (art. 5º, LXVI, da Constituição), em que ninguém pode ser ou permanecer preso quando a lei permite a liberdade provisória e muitas outras medidas que podem beneficiar a pessoa processada ou condenada (art. 5º, als. LVII⁹³, LXI, LXII, LXIII, LXIV e LXV da Constituição)⁹⁴.

Essas normas penais, presentes na Constituição e interpretadas de acordo com o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, autorizam o juiz a outorgar uma força normativa à Constituição. Esse princípio, idealizado por Konrad Hesse, tem por objetivo dar máxima eficácia às normas contidas na Constituição de um Estado, sob pena de se tornarem “letra morta”. A Constituição impõe um certo número de deveres de ação com

⁹³ Princípio da presunção de inocência.

⁹⁴ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

vistas à realização dos direitos e dos programas constitucionais. O uso da força normativa da Constituição reflete o espírito do Neoconstitucionalismo⁹⁵.

Juarez Cirino dos Santos (2005) ressalta que a interdição de reduzir a pena abaixo do limite mínimo, na hipótese de circunstâncias atenuantes obrigatórias, apresenta-se como analogia *in malam partem*, fundada sobre a interdição das circunstâncias agravantes para ultrapassar o limite máximo – um processo de integração em direito penal que é precisamente vedado pelo princípio da legalidade.

Os limites das penas devem ser considerados com finalidades diferentes em cada extremos. A pena máxima estipulada deve ser interpretada como uma garantia para o indivíduo, no sentido de que não pode ser condenado a uma pena superior a esse limite legal. Trata-se de uma interpretação restritiva das normas que limitam a liberdade. No outro extremo, o limite mínimo deve ser interpretado não como um obstáculo jurídico, mas como um referencial. É justamente esta interpretação que confere a maior eficácia possível ao direito fundamental de liberdade. Dessa maneira, o limite mínimo deve ser visto como uma previsão *in abstracto* pelo legislador, sendo precisamente no momento da sentença que o juiz deve individualizá-lo à luz do caso concreto (Dias, 2006).

Dessa forma, a proibição de se levar em conta as circunstâncias atenuantes para fixar uma pena abaixo do limite mínimo, conforme o teor da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, é contrária ao espírito proposto pela ordem constitucional atual, sobretudo porque esta última determina a individualização da pena (art. 5º, XLVI) e, também, da culpa (*nulla poena sine culpa*). Não considerar as circunstâncias atenuantes quando estão presentes, equivale a punir em excesso, a punir além da culpa, a aplicar uma pena sem culpa. Assim, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça podem, na linha do que foi adotado pelo Conselho Constitucional francês, modificar sua jurisprudência para reconhecer que as penas mínimas violam o princípio constitucional da individualização da pena quando suprimem o poder da adaptação da sanção do juiz penal.

⁹⁵ Trata-se de um conceito que visa ir além da simples aplicação da legalidade estrita e, sem desprezar o direito positivo em vigor, pretende realizar uma leitura moral da Constituição e da legislação sem recorrer a conceitos metafísicos. Isso também significa abordar a Constituição com base em um novo paradigma hermenêutico de interpretação axiológica, com a detecção da normatividade dos princípios e sua diferença qualitativa em relação à legislação e à eficácia dos direitos fundamentais em relação ao princípio da dignidade humana.

Com relação ao aprimoramento legislativo, como já afirmamos no segundo capítulo da Primeira Parte, o anteprojeto do Código Penal estabelece, infelizmente, a fixação de pena na mesma base do Código em vigor. O artigo 84⁹⁶ prevê expressamente que, após a fixação da pena-base, as circunstâncias atenuantes e agravantes serão consideradas nos limites estabelecidos pela lei.

No mínimo, uma emenda ao artigo 84 poderia ser considerada para estabelecer que o limite máximo deve ser respeitado como um limite ao arbítrio do juiz e o limite mínimo como uma referência, permitindo que as penas sejam fixadas abaixo do mínimo previsto.

Outra medida, que consistiria na abolição de todas as penas mínimas, seguindo o exemplo do Código Penal francês de 1992, parece ser a mais apropriada para a aplicação prática do princípio da individualização das penas, seja na fase de fixação ou na fase de execução.

⁹⁶ Brasil. Senado Federal, Anteprojeto do Código Penal, projeto de lei nº 236 de 2012, art. 84: A pena-base será fixada com base nos critérios de circunstâncias judiciais previstos neste código; em seguida, serão levadas em conta as circunstâncias atenuantes e agravantes, dentro dos limites estabelecidos pela lei; por fim, serão consideradas as causas de aumento e diminuição.

5 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA PRÁTICA DECISÓRIA: MOTIVAÇÃO, PENAS ACESSÓRIAS E SUSPENSÃO DOS DIREITOS CIVIS

Mesmo que haja na França e no Brasil uma similitude de argumentos para dar ao juiz mais poder para individualizar a pena criminal, as medidas adotadas pelo legislador e a jurisprudência de cada país com relação às penas mínimas são completamente diferentes do ponto de vista da constitucionalidade.

Ao reintroduzir penas mínimas no Código Penal francês a partir de 2007, o legislador inverteu a lógica do princípio da individualização judicial das penas, pois o juiz deve, nesse caso, justificar a liberdade e não a pena de prisão. No entanto, como o legislador não suprimiu o poder da adaptação da sanção pelo juiz penal, o Conselho Constitucional decidiu que as penas mínimas não são automáticas e não prejudicam, portanto, o princípio constitucional da individualização das penas.

Além disso, a convicção consagrada na súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, quanto à impossibilidade de ultrapassar os limites mínimos previstos pela Parte Especial do Código Penal, é uma discussão anacrônica e obsoleta que remonta à década de 1940. Esse debate é uma reminiscência da polêmica entre os sistemas de Nelson Hungria e Roberto Lyra em um sistema jurídico completamente ultrapassado.

Dessa forma, as razões expostas pelo Conselho Constitucional podem inspirar os tribunais brasileiros a alterar sua jurisprudência, reconhecendo que as penas mínimas violam o princípio constitucional da individualização das penas quando retiram o poder do juiz penal de adaptá-la.

O Código Penal francês pode também servir de referência ao legislador brasileiro. Seja para acrescentar um dispositivo prevendo que a pena máxima deve ser respeitada como limite ao arbítrio do juiz e a pena mínima, como uma referência, permitindo que as penas sejam fixadas abaixo do limite mínimo, para garantir a aplicação prática do princípio da individualização das penas durante as fases de fixação e de execução.

5.1 A MOTIVAÇÃO DO ATO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO

De acordo com o Conselho Constitucional francês, o princípio da individualização da pena significa que, além da impossibilidade do legislador de suprimir o poder de apreciação do juiz criminal, estes também são obrigados a fundamentar expressamente as penas acessórias, em particular a interdição dos direitos civis.

Os temas de estudo neste capítulo são os conceitos legislativos e jurisprudenciais da França e do Brasil sobre a proibição de penas acessórias automáticas e sobre a individualização da pena e a suspensão dos direitos civis.

5.1.2 A Proibição das Penas Acessórias Automáticas

Enquanto as penas acessórias não são mais automáticas desde a reforma de 1984 do Código Penal brasileiro, na França, o Conselho Constitucional declarou que a automaticidade das penas infringia o seu princípio da individualização das penas. Nesta seção, analisaremos, primeiro, a proibição de penas automáticas na França e, em um segundo momento, os fatos ligados às condenações penais no Brasil.

5.1.2.1 A proibição das penas automáticas na França

O sistema de justiça penal francês prevê penas acessórias⁹⁷ decorrentes automaticamente da condenação. Consideradas uma consequência automática de uma condenação por um delito principal, o juiz não precisa impô-las, pois elas então decorriam das penas principais. Embora tenham sido excluídas desde a entrada em vigor do novo Código Penal em 1994, as penas acessórias continuam a existir nos textos especiais⁹⁸.

⁹⁷ De acordo com Desportes e Gunehec (2009, p. 888), as penas acessórias também são chamadas de penas “cegas”, porque a situação pessoal do infrator não é levada em consideração ao determiná-las, ou de penas “clandestinas”, porque sua existência pode ser ignorada pelo infrator e até mesmo pelo juiz.

⁹⁸ O que segue são exemplos de penas acessórias: a) artigo L. 322-2 do Código de Seguros, que implica a incapacidade de ser um segurador; b) artigo L. 123-11-3 do Código Comercial, que implica a incapacidade de exercer a atividade em domicílio; c) artigos L. 241-3 e L. 241-7 do Código da Construção e da Habitação francês, que o desqualifica para participar de uma empresa de desenvolvimento imobiliário; d) artigo L. 4211-2 do Código de Defesa francês, que o desqualifica para

O Código Penal em vigor aboliu as penas acessórias e manteve apenas as penas principais e complementares, que devem ser expressamente decretadas pelo juiz⁹⁹. No entanto, a legitimidade das penas acessórias que permanecem em outros diplomas legais é contestável devido ao desenvolvimento do princípio da individualização das penas, que agora está consagrado no artigo 132-24 do Código Penal, enquanto o código anterior não fazia menção a ele.

A regra de exclusão das penas automáticas está definida no primeiro parágrafo do artigo 132-24 do Código Penal, que afirma que “nenhuma pena pode ser aplicada a não ser que o juiz a tenha pronunciado expressamente” (tradução nossa¹⁰⁰). Seu segundo parágrafo afirma também que “o juiz pode impor apenas uma das penalidades incorridas pelo delito que lhe foi apresentado” (tradução nossa¹⁰¹).

Dar ao juiz o poder/dever de personalizar a pena não significa somente proibir as penas acessórias, mas também as penas obrigatórias, que são igualmente indiscriminadas quando devem necessariamente ser proferidas por ele. A partir do momento em que a automaticidade de uma pena impede o juiz de personalizá-la, o artigo 8 da Declaração dos Direitos Humanos de 1789 é desrespeitado (Desportes; Gunehec, 2009, p. 888).

As decisões do Conselho Constitucional seguem a mesma linha. Em 15 de março de 1999, ao examinar a constitucionalidade dos artigos da lei orgânica relativa à Nova Caledônia que previam penalidades envolvendo a incapacidade para o exercício de cargos públicos eletivos em caso de falência pessoal ou de interdição para administrar empresas¹⁰², o Conselho proferiu uma decisão consagrando o

ser um reservista nas forças armadas; e) artigo L. 231-6 do Código Monetário e Financeiro (CMF), que desqualifica para exercer como diretor de empresa de administração; f) artigo L. 500-1 do CMF, que desqualifica para prestar serviços financeiros; g) artigo 9 da Lei no. 70-9 de 2 de janeiro de 1970 que regulamenta as condições que regem o exercício de atividades relacionadas a certas transações envolvendo bens imóveis e ativos comerciais, que leva à incapacidade de exercer a atividade de agente imobiliário.

⁹⁹ De acordo com Tzutzuiano (2011, p. 18), “a sutileza da distinção reside no fato de que, se o tribunal não impuser essa pena suplementar obrigatória, ela não será aplicada (em princípio, a cassação é incorrida nesse caso), ao passo que a pena acessória inevitavelmente o é”.

¹⁰⁰ *aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l’a expressément prononcée.*

¹⁰¹ *La juridiction peut ne prononcer que l’une des peines encourues pour l’infraction dont elle est saisie.*

¹⁰² Art. 195 - Quando o tribunal decretar a falência pessoal ou a interdição prevista no artigo 192, determinará a duração da medida, que não poderá ser inferior a cinco anos. Ele poderá ordenar a execução provisória de sua decisão. As desqualificações, as proibições e a incapacidade para ocupar um cargo público eletivo cessarão automaticamente ao término do prazo estabelecido, sem a necessidade de uma decisão. O período da incapacidade para ocupar um cargo público eletivo resultante de uma liquidação ordenada pelo tribunal é de cinco anos. A sentença que encerra a liquidação para extinguir o passivo restaura todos os direitos do chefe da empresa ou dos gerentes da pessoa jurídica. Ela os isenta ou os libera de todas as desqualificações, proibições e da incapacidade

princípio de que uma penalidade só pode ser aplicada se tiver sido expressamente pronunciada, considerando as circunstâncias próprias a cada caso¹⁰³. Em 11 de junho de 2010, essa interpretação foi reiterada na Decisão QPC nº 2010-6/7, na qual o artigo 7 do Código Eleitoral¹⁰⁴ foi declarado inconstitucional com base no fato de que a aplicação automática da pena de privação dos direitos civis (sufrágio, inscrição em lista eleitoral e exercício de cargo público eletivo), decorrente de condenação criminal sem que o juiz decida e fundamente tal medida expressamente e sem a possibilidade de variar sua duração, viola o princípio da individualização das penas¹⁰⁵.

Além disso, segundo o Conselho Constitucional, o princípio da individualização da pena não exclui penalidades adicionais obrigatórias impostas pela lei, mas estas devem ser impostas pela autoridade competente para que sejam executáveis. O legislador pode introduzir tais penas a fim de “melhorar a prevenção e reforçar a repressão” (tradução nossa¹⁰⁶) para certos delitos, desde que a natureza da pena adicional obrigatória esteja diretamente relacionada à natureza do delito¹⁰⁷ e que a autoridade competente não seja privada do poder de individualizá-la, particularmente no que diz respeito a sua duração¹⁰⁸.

Em 2024, o Conselho Constitucional reiterou que a automática incapacidade comercial prevista no art. 459-4 do Código Aduaneiro fere o princípio da individualização, pois o juiz não pode graduar a duração da sanção de acordo com o caso concreto; por isso, declarou-o inconstitucional (FRANÇA, 2024, n.º 8)¹⁰⁹.

para ocupar um cargo público eletivo. Em todos os casos, a parte interessada pode solicitar ao tribunal que a isente, no todo ou em parte, das desqualificações e incapacidades de ocupar um cargo público eletivo se tiver feito uma contribuição suficiente para o pagamento das obrigações. Quando as desqualificações e incapacidades são suspensas por completo, a decisão do tribunal resulta em reabilitação.

¹⁰³ França, CC, n.º 99-410 DC, 15 de março de 1999, [Lei Orgânica da Nova Caledônia], par. 41.

¹⁰⁴ Por um período de cinco anos a partir da data em que a condenação se tornou definitiva, as pessoas condenadas por um dos crimes previstos nos artigos 432-10 a 432-16, 433-1, 433-2, 433-3 e 433-4 do Código Penal ou pelo crime de manipulação de propriedade roubada para um desses crimes, conforme definido nos artigos 321-1 e 321-2 do Código Penal, não devem ser inscritas nos cadernos eleitorais.

¹⁰⁵ França, C.C., 11 de junho de 2010, dez. 2010-6/7 QPC, M. Stéphane A. et autres [artigo L. 7 do Código Eleitoral], parágrafos 4 e 5.

¹⁰⁶ França, C.C., 29 de setembro de 2010, dez. 2010-40 QPC, M. Thierry B. [Cancelamento da carteira de motorista], par. 4 (tradução nossa). – “*améliorer la prévention et renforcer la répression*”.

¹⁰⁷ Por exemplo, o cancelamento de uma carteira de motorista por conduta criminosa cometida ao dirigir um veículo. - França, C.C., 29 de setembro de 2010, dez. 2010-40 QPC, M. Thierry B. [Cancelamento da carteira de motorista].

¹⁰⁸ Por exemplo, ao poder variar a extensão e a duração da publicação de uma condenação. - C.C., 29 set. 2010, dez. 2010-41 QPC, Société Cdiscount e outra [Publicação do julgamento de condenação].

¹⁰⁹ “Le principe d’individualisation des peines implique qu’une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l’a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce.” (FRANÇA, 2024, n. 3).

5.1.2.2 Os efeitos das condenações criminais no Brasil

O sistema de justiça penal brasileiro prevê no Código Penal e, igualmente na Constituição, os efeitos de caráter punitivo decorrente de uma condenação penal. Revogadas pela reforma de 1984, as penas acessórias¹¹⁰ previstas no Código Penal foram transformadas em efeitos decorrentes de sentenças condenatórias, mas não são automáticas, pois o juiz criminal deve fundamentar a sua imposição na decisão¹¹¹.

O artigo 92 do Código Penal estabelece que a perda de um cargo público, de uma função ou de um mandato eletivo também são efeitos da condenação, se uma pena privativa de liberdade de um ano ou mais tiver sido imposta no caso de crimes cometidos com abuso de poder ou violação de deveres para com a administração pública e, em outros casos, se uma pena privativa de liberdade de mais de quatro anos tiver sido imposta. A proibição do exercício da autoridade parental, da tutela ou da curatela pode ser aplicada no caso de crimes dolosos cometidos contra os filhos ou contra a pessoa sob tutela ou curatela. Por fim, a carteira de habilitação pode ser suspensa se em casos de crimes dolosos cometidos na direção de veículo automotor.

Não há dúvida de que esses efeitos não decorrem automaticamente da condenação criminal. A jurisprudência¹¹² demonstra que é necessário que o juiz fundamente a sua imposição, conforme previsto no parágrafo único do artigo 92 do Código Penal, bem como o artigo 93, inciso IX, da Constituição, que prevê que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Com relação a esse dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, Leonardo Greco afirma que o juiz desempenha um papel fundamental na racionalização dessa avaliação, que constitui um instrumento de seu controle interno e externo. A fundamentação só pode ser completa, se ele considerar que todos os elementos estruturais da decisão, em cada ponto relevante, estão racionalmente justificados: a interpretação das normas aplicadas, a exposição dos fatos, a situação jurídica e as consequências jurídicas que resultam da decisão (Greco, 2005, p. 343)¹¹³.

¹¹⁰ Nos termos do artigo 67 do Código Penal antes da reforma, as penas acessórias previstas eram a perda de cargo público, eletivo ou de nomeação, a perda de direitos e a publicação de sentença.

¹¹¹ Brasil, Código Penal, art. 93, parágrafo único.

¹¹² Por exemplo, o acórdão proferido pela 5ª Câmara do Superior Tribunal de Justiça, em 15.10.2013, no Habeas Corpus 185343 / PA, relatora: Min. Laurita Vaz.

¹¹³ *“un rôle fondamental dans la rationalisation de cette évaluation, qui constitue un instrument de son contrôle interne et externe. La motivation ne peut être complète que s’il considère que tous les éléments structurels de la décision, au titre de chaque point pertinent, sont rationnellement justifiés: l’interprétation*

Conforme Arruda e Flores (2020, p. 512), o juiz revisita permanentemente as variáveis do art. 59 para calibrar sanção e sujeito, de forma que a fundamentação escrita funcione como “filtro contra arbitrariedades” e concretize o art. 5º, XLVI, da Constituição. (Arruda; Flores, 2020, p. 512).

A Constituição de 1988 prevê a possibilidade de suspensão dos direitos civis em decorrência de condenação criminal transitada em julgado, enquanto perdurar a condenação. Entretanto, essa disposição não é nova na ordem constitucional do Brasil. A Constituição de 25 de março de 1824 – a Constituição do Império – previa a suspensão dos direitos civis em caso de condenação à pena de prisão ou exílio, enquanto durasse seus efeitos. Deve-se observar que essa é a única Constituição brasileira a restringir a suspensão dos direitos civis a determinados tipos de pena, ou seja, prisão ou exílio. Todas as demais Constituições previram a suspensão dos direitos civis como consequência da condenação criminal, independentemente da natureza da pena imposta¹¹⁴.

Essa regra, contudo, não era automaticamente aplicável na Constituição de 1969, pois a suspensão dos direitos civis dependia de uma lei complementar (Brasil, 1969) que nunca foi ratificada. Com o advento da Constituição de 1988, a exigência de regulamentação por lei complementar foi abolida.

Foi no transcurso do julgamento do recurso extraordinário RE 179.502/SP (Brasil, 1995) que o Supremo Tribunal Federal decidiu, nas palavras do relator Ministro Moreira Alves, sobre a aplicação automática do preceito constitucional do artigo 15, inciso III. O acórdão em questão afirmou que a intenção do legislador constitucional foi a de aplicação automática, sob o fundamento de que o pressuposto para a eficácia da suspensão dos direitos civis prevista na Constituição de 1969, em outras palavras, a sua regulamentação por lei complementar, não mais existe na atual Constituição. Essa interpretação jurídica, emitida em 1995, tem sido regularmente reafirmada e prevalece até hoje no Superior Tribunal Federal (Brasil, 1995).

Assim, de acordo com a jurisprudência constitucional, a suspensão dos direitos civis constitui um efeito secundário da condenação criminal, que entra

des normes appliquées, l'exposé des faits, leur statut juridique et les conséquences juridiques qui découlent de la décision” (Greco, 2005, p. 343).

¹¹⁴ A regra da suspensão dos direitos civis como efeito da condenação criminal transitada em julgado foi prevista pelo artigo 71, §1º, b, da Constituição de 1891, pelo artigo 110, b, da Constituição de 1934, pelo artigo 118, b, da Constituição de 1937 e pelos artigos 135, II e 144, I, b, das Constituições de 1946 e 1967, respectivamente.

automaticamente em vigor a partir da data em que a decisão judicial se torna definitiva. Como o juiz não precisa necessariamente prever esse efeito na condenação, basta que a condenação seja comunicada ao tribunal eleitoral para que ele determine a exclusão temporária da pessoa condenada da lista eleitoral.

Com isso, todas as condenações criminais definitivas terão seus direitos civis suspensos até o cumprimento da pena, seja após o seu cumprimento, seja por qualquer outro motivo previsto no Código Penal (Brasil, 1940), independentemente da reabilitação ou da comprovação da reparação do dano causado à vítima (Brasil, 1992).

Mesmo a substituição de uma pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos não impede a suspensão dos direitos civis. O Supremo Tribunal Federal proferiu várias decisões afirmando que não é a imposição de uma pena de prisão que justifica a suspensão dos direitos civis, mas a reprovação expressa pela condenação criminal (Brasil, 2010).

Como vimos, a jurisprudência brasileira transformou a possibilidade constitucional de suspensão dos direitos civis em um efeito automático da condenação, ignorando assim os grandes princípios constitucionais da individualização das penas e da obrigação de fundamentar as decisões judiciais.

5.2 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A SUSPENSÃO DOS DIREITOS CIVIS

Conforme descrito na seção anterior, o Conselho Constitucional proíbe qualquer pena de caráter automático, ou seja, o juiz deve pronunciar, justificar e individualizar a pena que acabou de impor a um condenado. No Código Penal brasileiro, os efeitos da sentença estão sujeitos à mesma lógica. Em contrapartida, no que diz respeito à suspensão dos direitos civis, a jurisprudência constitucional a torna automática no Brasil, enquanto na França, essa regra foi declarada contrária à Constituição, pois se o juiz não precisa pronunciar expressamente essa suspensão para que ela seja aplicada, nem a possibilidade de variar sua duração, isso significa ignorar o princípio da individualização das penas.

Devido a essa divergência na interpretação de regras semelhantes, é oportuno tratar nesta seção da exigência de fundamentação para a suspensão dos direitos civis na França, bem como da possibilidade de uma nova interpretação conjunta das regras

constitucionais sobre a individualização das penas, a fundamentação das decisões e a suspensão dos direitos civis no Brasil.

5.2.1 A Exigência de Fundamentação das Penas de Suspensão dos Direitos Civis na França e na Europa

Em 7 de maio de 2010, a Corte de Cassação encaminhou ao Conselho Constitucional uma questão prioritária de constitucionalidade relativa à conformidade do artigo L.7 do Código Eleitoral¹¹⁵ com os direitos e liberdades garantidos pela Constituição. O artigo em questão previa a interdição de inscrição nas listas eleitorais e a inelegibilidade de pessoas condenadas por determinados crimes previstos no Código Penal (concussão, corrupção passiva e tráfico de influência por pessoas que ocupam cargos públicos, aquisição ilegal de interesses, violação da liberdade de acesso e da igualdade de candidatos nos contratos públicos e delegações de serviços públicos, apropriação indevida e desvio de bens, corrupção ativa e tráfico de influência).

Em 10 de junho de 2010, o Conselho Constitucional proferiu a decisão nº 2010-6/7 QPC, censurando a inelegibilidade automática e não modificável de cinco anos determinada pelo Código Eleitoral, com o argumento de que ela não respeitava o princípio constitucional da individualização das penas. Ao considerar que o objetivo da proibição de registro nas listas eleitorais prevista no Código Eleitoral é punir mais severamente os atos cometidos por funcionários públicos encarregados de uma missão de serviço público ou investidos de um mandato público eletivo, o Conselho Constitucional reconheceu a natureza punitiva dessa sanção. Em seguida, o Conselho criticou o caráter automático dessa sanção, que priva a pessoa do direito de voto, se ela estiver automaticamente vinculada às condenações penais mencionadas acima, sem que o juiz criminal a imponha expressamente. A impossibilidade de variar sua duração ou de aumentar essa inabilitação nas condições definidas no segundo parágrafo do artigo 132-21 do Código Penal¹¹⁶ também foi mencionada como não

¹¹⁵ As pessoas condenadas por um dos delitos previstos nos artigos 432-10 a 432-16, 433-1, 433-2, 433-3 e 433-4 do Código Penal ou pelo delito de ocultação de um desses delitos, conforme definido nos artigos 321-1 e 321-2 do Código Penal, não devem ser inscritas nos cadernos eleitorais por um período de cinco anos a partir da data em que a condenação se tornou definitiva.

¹¹⁶ Qualquer pessoa sujeita a qualquer proibição, desqualificação ou incapacidade resultante de pleno direito, nos termos de disposições específicas, de uma condenação criminal pode, pela sentença de condenação ou por uma sentença posterior, ser aliviada no todo ou em parte, inclusive no que diz

estando em conformidade com os requisitos decorrentes do princípio da individualização das penas¹¹⁷.

Quando a decisão foi publicada, todas as pessoas condenadas sujeitas ao artigo L.7 recuperaram a capacidade de se registrar nas listas eleitorais sob as condições determinadas por lei¹¹⁸.

A decisão do Conselho Constitucional está em consonância com os acórdãos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos relativos (doravante TEDH) à legislação que restringe o direito de voto dos detentos.

Como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH) não prevê explicitamente o direito de voto dos cidadãos dos Estados-Membros, O Tribunal de Strasbourg retirou o direito de voto do artigo 3 do Protocolo Adicional 1 da Convenção, que dispõe que “as Altas Partes contratantes se comprometem a realizar eleições em intervalos razoáveis, por voto secreto, em condições que garantam a livre expressão da opinião do povo sobre a escolha do corpo legislativo” (tradução nossa¹¹⁹).

Inicialmente, o Tribunal EDH proferiu o acórdão Hirst v/ Reino Unido em 2005¹²⁰, depois que o requerente recorreu ao Tribunal, alegando que a privação total do direito de voto, vinculava a uma condenação penal, violava o artigo 3º do Protocolo 1 da CEDH.

A Corte considerou que o princípio da proporcionalidade não foi respeitado pela lei britânica de 1983 na qual se baseou a proibição de voto do requerente: deve-se considerar que tal restrição geral, automática e indiscriminada, a um direito consagrado pela Convenção e de importância crucial, excede uma margem de apreciação aceitável, por mais ampla que seja, e é incompatível com o artigo 3º do Protocolo nº 1 (tradução nossa¹²¹).

respeito à duração dessa proibição, desqualificação ou incapacidade, nas condições estabelecidas pelo Código de Processo Penal.

¹¹⁷ França, C.C., 11 de junho de 2010, dez. 2010-6/7 QPC, M. Stéphane A. e outros [artigo L. 7 do Código Eleitoral], par. 5.

¹¹⁸ França, C.C., 11 de junho de 2010, dez. 2010-6/7 QPC, M. Stéphane A. e outros [artigo L. 7 do Código Eleitoral], par. 6.

¹¹⁹ “*Les Hautes Parties contractantes s’engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les condition qui assurent la libre expression de l’opinion du peuple sur le choix du corps législatif.*”

¹²⁰ Sentença da Corte EDH no caso Hirst v/ Reino Unido, de 6 de outubro de 2005.

¹²¹ *Id.*, par. 82. - “*force est de considérer que pareille restriction générale, automatique et indifférenciée, à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassse une marge d’appréciation acceptable, aussi large soit-elle, et est incompatible avec l’article 3 du Protocole n°1.*”

A Corte considera, portanto, que uma restrição automática, geral e indiscriminada ao direito de voto dos detentos viola o direito garantido pela Convenção.

Esse raciocínio da Corte EDH foi reafirmado em 2012 nos acórdãos da Grande Câmara Scoppola v/ Itália. A Grande Câmara reconheceu como legítima a restrição do direito de voto dos detentos para o “fortalecer o civismo e o respeito pelo Estado de Direito, bem como para o bom funcionamento e manutenção da democracia” (tradução nossa¹²²). Por outro lado, em relação à proporcionalidade da restrição, a Grande Câmara reafirmou o fato de que não é conciliável com o artigo 3 do Protocolo 1 impor proibições gerais ao direito de voto que afetam automaticamente um grupo indiscriminado de pessoas, apenas com base em sua detenção e independentemente da duração de sua pena, da natureza ou da gravidade do crime cometido e de sua situação pessoal (tradução nossa¹²³).

Nesse caso, a Corte EDH considerou que a restrição ao direito de voto dos detentos na Itália não violava o artigo 3 do Protocolo 1, pois a lei italiana modula essa restrição de acordo com a gravidade do crime, a pena e sua duração, que, portanto, não é de natureza geral, automática e indiscriminada.

Portanto, para a Tribunal de Strasbourg, a imposição da restrição por um juiz não é obrigatória, mesmo que a restrição do direito de voto pelo juiz criminal seja um critério importante para determinar se a pena restritiva do direito não é automática, geral e indiscriminada. De acordo com os fundamentos da Decisão Scoppola v/ Itália, uma lei pode prever tais restrições e sua modulações de forma que a natureza e a gravidade da pena sejam levadas em consideração.

Mais recentemente, a Corte EDH declarou a lei turca que restringia o direito de voto contrária ao artigo 3 do Protocolo 1. A Corte observou que na Turquia, a privação do direito de voto é uma consequência automática da lei e, portanto, não está sujeita ao poder de apreciação ou de controle de um juiz e que se aplica de maneira indiscriminada, independentemente da natureza e gravidade do crime, da duração da pena e da conduta ou circunstância individuais do condenado (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 2013).

¹²² Sentença do TEDH no caso Scoppola v/ Itália de 22 de maio de 2012, par. 104. – “*renforcement du sens civique et du respect de l’État de droit, ainsi que pour le bon fonctionnement et le maintien de la démocratie.*”

¹²³ *Id.*, parágrafo. 96. – “*le fait que ne se concilient pas avec l’article 3 du Protocole n°1 des interdictions générales du droit de vote qui touchent automatiquement un groupe indifférencié de personnes, sur la seule base de leur détention et indépendamment de la durée de leur peine, de la nature ou de la gravité de l’infraction commise et de leur situation personnelle.*”

5.2.2 A possibilidade de uma nova interpretação conjunta das regras constitucionais sobre a individualização das penas, a fundamentação das decisões e a suspensão dos direitos civis no Brasil

Como vimos anteriormente, a jurisprudência brasileira transformou a possibilidade constitucional de suspender os direitos civis em um efeito automático, geral e indiscriminado da condenação, violando, assim, os principais princípios constitucionais da individualização das penas e da obrigação de fundamentação das decisões judiciais.

Além disso, as razões expostas pelo Conselho Constitucional na Decisão nº 2010-6/7 QPC (que censura a inelegibilidade automática e não modulável de cinco anos determinada pelo Código Eleitoral, por não respeitar o princípio constitucional de individualização das penas), mas também os motivos adotados nos acórdãos *Hirst v/ Reino Unido*, *Scoppola v/ Itália* e *Soyler v/ Turquia* proferidos pela CEDH (que condenou a privação do direito de voto como consequência automática da lei), podem inspirar o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal a redirecionar sua jurisprudência.

Em um mundo cada vez mais globalizado e interdependente, as interações entre tribunais de diferentes jurisdições nacionais e internacionais estão se tornando cada vez mais frequentes. Embora completamente autônomas, ou seja, desprovidas de qualquer estrutura hierárquica entre si, as decisões judiciais nacionais passam a se basear em razões adotadas por jurisdições transnacionais em sua análise das diferentes soluções possíveis em determinados casos concretos.

Nesse sentido, ao se abrir para influências transnacionais, as decisões dos tribunais nacionais ganham em racionalidade e legitimidade graças a um consenso universal de direitos que decorrem das jurisprudências transnacionais análogas anteriores.

Conduzido por meio de citações recíprocas, esse diálogo contribui para a jurisprudência global e para a qualidade das decisões nacionais por meio de um processo conhecido como fertilização cruzada (Jacobs, 2003), que fortalece sua racionalidade e legitimidade, além da construção de uma “comunidade global de juízes” engajada em um diálogo interativo e argumentativo entre tribunais (Slaughter,

2003). O aumento do fluxo de ideias e precedentes de jurisprudência entre juízes de todo o mundo promove um consenso internacional sobre determinadas questões.

De acordo com Tavares (2009), as decisões estrangeiras devem ser utilizadas para efetivar os direitos humanos fundamentais. Deve-se promover um amplo debate, ouvindo todas as vozes dissonantes, até que se encontre um denominador comum. Para tanto, a Corte deve verificar a semelhança ou proximidade textual entre a Constituição de seu país e a Constituição do país onde foi proferida a decisão constitucional que poderá ser utilizada. Essa similaridade é importante quando se deseja a concretização constitucional. No entanto, uma semelhança gramatical é insuficiente, entendendo-se que a compatibilidade do sistema e de suas instituições jurídicas como todo deve ser assegurada.

A referência a uma jurisprudência transnacional para reforçar determinados conceitos ou teses não é uma novidade para o Supremo Tribunal Federal. Entre 1961 e 2012, a Corte fez referência aos julgamentos transnacionais 178 vezes, sendo que 90% desses julgamentos foram proferidos no século XXI, e 50% entre 2010 e 2012 (Silva, 2013).

As normas constitucionais que regem o caráter universal do sufrágio, a individualização das penas, a fundamentação das decisões e a suspensão dos direitos civis no Brasil devem ser interpretadas de uma maneira conjunta, ou seja, observando o princípio interpretativo da unidade da Constituição. Uma interpretação baseada em apenas parte do texto da Constituição não pode ser considerada totalmente válida se, quando comparada com o todo, o resultado interpretativo puder ser diferente.

O princípio interpretativo da unidade da Constituição tem um caráter hermenêutico-realizador, ou seja, segundo Joaquim José Gomes Canotilho, isso significa que o intérprete deve levar em conta a Constituição como um todo para harmonizar os pontos de tensão entre as normas constitucionais a serem aplicadas. Consequentemente, o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas como disposições integradas em um sistema interno e unitário de regras e de princípios (Canotilho, 1991).

Como a unidade da Constituição deve superar as antinomias entre suas diferentes normas, cabe ao intérprete buscar uma interpretação do texto constitucional como um todo, de modo que nenhuma norma anule a outra. Na maioria dos casos, essa não é uma tarefa fácil, pois não se pode negar a eficácia dos dispositivos da

Constituição. O que o intérprete deve fazer é encontrar o equilíbrio correto, ponderando os bens e valores protegidos e reunindo-os de acordo com a intenção do legislador constitucional, que pode ser deduzida dos princípios fundamentais da Constituição.

Com relação a esse princípio, Luís Roberto Barroso (2009) argumenta que a ideia de unidade da ordem jurídica se espalha a partir da Constituição e se projeta sobre ela mesma. Além disso, o princípio da unidade da Constituição ganha força justamente em razão das dificuldades geradas pelo caráter particular do documento inaugural e fundante da ordem jurídica (Barroso, 2009).

De fato, a Carta Fundamental do Estado, especialmente quando promulgada democraticamente, é um produto dialético de crenças, interesses e aspirações distintas e, por vezes, contraditórias. Embora seja um documento de consenso em relação a determinados princípios e normas, isso não apaga, de forma alguma, o pluralismo e o antagonismo entre as ideias subjacentes ao pacto fundante. É justamente pelo fato de haver uma pluralidade de concepções que a unidade de interpretação é indispensável, pois, afinal, a Constituição não pode ser entendida como uma coleção de normas justapostas (Barroso, 2009).

Inteiramente ligado ao princípio da unidade da Constituição está o princípio do efeito integrador, que consiste na resolução de problemas jurídicos com base em critérios que promovam a integração política e social, os valores fundamentais do constituinte e o respeito pelo estado democrático (Gebran Neto, 2002).

Mais especificamente sobre o caráter automático do artigo 15, inciso III, Dyrceu Aguiar de Cintra Júnior (1996) faz a seguinte pergunta: o legislador constitucional quis impor a todos os condenados, sem distinção, a suspensão de direitos civis? (Cintra Júnior, 1996).

De acordo com Teori Zavascki (1997), a suspensão dos direitos civis prevista no artigo 15, III, da Constituição brasileira é extremamente rigorosa, pois não faz distinção entre delitos dolosos e não dolosos, entre penas privativas de liberdade e penas pecuniárias, nem entre crimes de maior potencial ofensivo e crimes de menor potencial ofensivo (Zavascki, 1997).

Quanto o Supremo Tribunal Federal julgou o recurso extraordinário RE 418.876, em 30 de março de 2004, o Ministro Marco Aurélio manifestou sua opinião divergente como segue:

não posso conferir a esse dispositivo esse alcance, porque seria reconhecer o paradoxo. Imaginemos que eu próprio viesse a ser condenado

criminalmente, tendo em vista a ofensa à honra de terceiro ou mesmo uma colisão de veículos que resultasse em lesões corporais a terceiros. Obtivesse, tendo em vista as circunstâncias, o sursis, a suspensão condicional da pena. Pois bem, continuaria no exercício da magistratura, mas não teria como exercer o direito de votar (Brasil, 2004, p. 12).

Nesse contexto, deve-se observar que a Constituição brasileira revela princípios contrários à suspensão automática dos direitos civis em caso de condenação penal. Os fundamentos constitucionais da cidadania e o caráter universal do sufrágio levam à conclusão de que os direitos civis devem ser garantidos de forma ampla, o que significa que a possibilidade de sua perda ou suspensão devem ser consideradas exceções (Brasil, 1998).

O princípio implícito da proporcionalidade entre as infrações penais e as penas é uma premissa constitucional incompatível com a suspensão irrestrita do direito de voto, uma vez que não são observadas previamente as particularidades das infrações cometidas e das penas fixadas. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana é ignorado, pois a perda incontestável de dignidade do indivíduo condenado caracteriza-se pela sua impossibilidade de se expressar como cidadão, mesmo em liberdade (Guazzelli, 2014).

Enfim, os princípios da individualização da pena e da obrigação de fundamentação das decisões do Poder Judiciário estão em contradição com a interpretação segundo a qual a privação do direito de voto é uma consequência automática da lei, uma vez que cabe ao juiz adaptar a sanção penal ao condenado, observando todas suas particularidades e de modo a promover sua reinserção social (Brasil, 1998).

O Código Penal Francês, que entrou em vigor desde 1994, aboliu as penas acessórias e manteve apenas as penas principais e complementares, que devem ser expressamente impostas e fundamentadas por um juiz. As penas acessórias em outros códigos foram declaradas contrárias ao princípio da individualização das penas pelo Conselho Constitucional, pois estavam automaticamente vinculadas às condenações penais sem que o juiz que decidisse sobre essas medidas precisasse impô-las expressamente ou sem a possibilidade de variar sua duração.

Em contrapartida, a reforma de 1984 suprimiu as penas acessórias previstas no Código Penal Brasileiro transformando-as em efeitos vinculados às decisões condenatórias, mas sem efeitos automáticos, pois o juiz criminal deve fundamentar a imposição na decisão. Em contrapartida, a jurisprudência constitucional brasileira

considera a suspensão dos direitos civis como um efeito secundário de uma condenação penal definitiva.

Mais especificamente sobre esse ponto, o Conselho Constitucional da França critica a automaticidade da pena de privação do direito de voto prevista no artigo L7 do Código Eleitoral, pois ela está vinculada de pleno direito a determinadas condenações criminais sem que o juiz criminal tenha que impô-la expressamente. Ao mesmo tempo, a CEDH critica a privação do direito de voto como consequência automática da lei, ou seja, qualquer privação do direito estabelecida indiscriminadamente, independentemente da natureza e da gravidade do delito, da duração da pena e da conduta ou situação individual da pessoa condenada.

Dessa forma, a experiência francesa na rejeição do caráter automático da pena privativa de direito de voto, bem como as decisões do TEDH sobre o tema, podem inspirar o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal a redirecionar sua jurisprudência para abolir o caráter automático, geral e indiscriminado da suspensão dos direitos civis como efeito de uma condenação criminal, em razão da violação dos princípios constitucionais da individualização das penas e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

6 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E A POSSIBILIDADE DE REVISÃO CONSTITUCIONAL PELO STF

A individualização da pena, como exposto nos capítulos anteriores, constitui um dos pilares do Direito Penal contemporâneo, assegurando que a sanção aplicada ao réu seja proporcional à sua culpabilidade e às circunstâncias fáticas do delito. No Brasil, entretanto, a interpretação consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 231 restringe essa individualização ao vedar a fixação da pena intermediária abaixo do mínimo legal, mesmo diante da incidência de circunstâncias atenuantes.

Esse entendimento foi reafirmado no julgamento do Recurso Especial 1869764-MS, no qual o Ministro Rogério Schietti Cruz (2015) propôs a revisão da Súmula 231, sendo, contudo, voto vencido diante da posição majoritária encabeçada pelo Ministro Messod Azulay Neto. O debate gerado por esse julgamento ressalta a importância de um exame mais aprofundado sobre a compatibilidade da Súmula 231 com os princípios constitucionais, especialmente os da proporcionalidade e individualização da pena.

Este capítulo analisa os fundamentos jurídicos expostos nos votos proferidos no REsp 1869764-MS, examinando a compatibilidade do atual posicionamento jurisprudencial com os princípios constitucionais e promovendo uma análise comparada com a experiência francesa. Ademais, discute-se a viabilidade de uma revisão constitucional desse entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, considerando o impacto desse debate na política criminal brasileira e nos direitos fundamentais dos condenados.

6.1 O RESP 1869764-MS E A TENTATIVA DE REVISÃO DA SÚMULA 231

O julgamento do Resp. 1869764-MS trouxe à tona uma discussão fundamental sobre a individualização da pena. O Ministro Rogério Schietti Cruz (2015) argumentou que “é dever do magistrado primar pela coerência do ordenamento jurídico e zelar pela respeitabilidade e credibilidade do Poder Judiciário”. Segundo ele, a Súmula 231 não mais se compatibiliza com o sistema jurídico-penal brasileiro, pois impede a aplicação concreta do princípio da proporcionalidade.

Schietti (2015) ressaltou que “na legislação penal em vigor, não há nenhuma norma que proíba expressamente a redução da pena intermediária abaixo do mínimo legal”. Ademais, defendeu que a interpretação que veda essa redução “desconsidera o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal”.

Em seu voto, Schietti Cruz (2015) enfatizou que a Súmula 231 impacta diretamente o superencarceramento no Brasil, pois impede que magistrados adotem penas mais justas e proporcionais. Citou dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (Sisdepen), segundo os quais, em 2000, havia 232.755 pessoas presas no país, número que aumentou para 644.316 em 2023.

A manutenção da súmula, segundo o ministro, reforça um modelo de punição excessiva, agravando a crise carcerária brasileira e contrariando tendências internacionais de racionalização do sistema penal. O Brasil tem uma das maiores populações carcerárias do mundo, e o endurecimento das penas, sem uma análise contextualizada, resulta no aumento da reincidência e na sobrecarga do sistema penitenciário. Estudos indicam que penas mais brandas e ajustadas ao contexto do réu contribuem para a reinserção social e para a redução da criminalidade. O impacto social do encarceramento em massa também é um fator de preocupação para legisladores e defensores dos direitos humanos. O Código Penal permite, em outros contextos, a redução da pena abaixo do mínimo legal, como nos casos de colaboração premiada e acordos de não persecução penal. Isso evidencia uma incoerência na vedação imposta pela súmula, já que em outros mecanismos jurídicos há margem para flexibilização da pena, visando o equilíbrio entre punição e ressocialização.

Além disso, segundo o ministro, a impossibilidade de mitigar a pena quando há atenuantes contraria o princípio da proporcionalidade, resultando em sanções que podem ser desproporcionais à culpabilidade do réu. O sistema penal deve assegurar que a pena seja compatível com a gravidade do crime e as circunstâncias individuais do réu, garantindo equidade e justiça na dosimetria. A aplicação de penas desproporcionais pode levar a injustiças e afetar a credibilidade do sistema judiciário.

O ministro argumentou ainda que a fixação de penas sem considerar as peculiaridades de cada caso reduz a autonomia do juiz na busca por decisões mais justas e equitativas. A aplicação automática da Súmula 231 limita a capacidade do

magistrado de avaliar adequadamente os casos concretos e de proferir sentenças que reflitam a verdadeira culpabilidade e periculosidade do réu.

Tal restrição pode resultar em decisões mecanizadas, sem considerar nuances essenciais do caso analisado e ainda que impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal pode desestimular réus a confessarem crimes ou colaborarem com a Justiça, já que tal conduta não lhes proporcionaria qualquer benefício real na dosimetria da pena. Esse desestímulo prejudica a obtenção de informações relevantes para a elucidação de crimes e o fortalecimento da Justiça penal. O incentivo à confissão e à colaboração pode ser uma ferramenta essencial para investigações e resoluções de crimes complexos.

Com base nesses fundamentos, o Ministro Schietti (2015) propôs o cancelamento da Súmula 231 e a adoção de uma nova interpretação, permitindo a redução da pena intermediária abaixo do mínimo legal em circunstâncias atenuantes. Desde a edição da Súmula 231, o Direito Penal e Processual Penal passou por diversas mudanças. O modelo de justiça criminal tem se modernizado para considerar fatores socioeconômicos e individuais na aplicação das penas. Manter a rigidez da Súmula 231 ignora a evolução do pensamento jurídico sobre individualização da pena e pode afastar o Brasil de padrões adotados por países que têm buscado políticas penais mais eficazes e humanizadas.

Em contrapartida, o voto vencedor do Ministro Messod Azulay Neto sustentou que “a estabilidade do sistema jurídico exige respeito aos precedentes vinculantes” e que qualquer revisão da Súmula 231 deveria ser feita pelo STF. Ele argumentou que permitir a redução da pena abaixo do mínimo legal comprometeria o princípio da legalidade e abriria margem para arbitrariedades. Também destacou que a metodologia trifásica de dosimetria da pena prevê limites claros para a atuação dos magistrados, garantindo segurança jurídica.

O acórdão da Terceira Seção do STJ reafirmou a validade da Súmula 231, com base no entendimento de que a fixação da pena deve respeitar os limites estabelecidos pelo legislador. Assim, prevaleceu a tese de que a incidência de atenuantes não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal, consolidando o

entendimento de que a flexibilização da pena deve ser debatida no âmbito legislativo ou perante o STF¹²⁴.

O debate foi amplamente discutido por juristas, defensores públicos e membros do Ministério Público, cada um apresentando argumentos fundamentados em jurisprudências, estudos comparativos e análises das consequências sociais do entendimento vigente. A necessidade de adaptação das leis à realidade carcerária do Brasil foi um dos pontos mais mencionados no julgamento. A superlotação dos presídios e a ineficiência do sistema prisional foram apontadas como fatores que tornam essencial uma revisão da política penal, visando penas mais justas e proporcionais à gravidade dos delitos.

6.2 PERSPECTIVAS DE REVISÃO CONSTITUCIONAL PELO STF

Diante da impossibilidade de revisão da Súmula 231 no âmbito do STJ, surge a alternativa de que sua superação seja efetivada pelo Supremo Tribunal Federal. Essa possibilidade se justifica pelo fato de que o STF, ao longo de sua trajetória, já demonstrou sua disposição em revisitar precedentes que se mostraram incompatíveis com os princípios constitucionais fundamentais.

Em diversas ocasiões, a Corte Superior adotou uma postura dinâmica, permitindo que entendimentos consolidados fossem reavaliados à luz de mudanças na realidade social e jurídica, o que evidencia que os precedentes não são imutáveis, mas sim sujeitos a reinterpretação quando se constata sua inadequação aos preceitos constitucionais.

Dentro desse cenário, o próprio Tema 158 da repercussão geral, que trata da impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal diante da incidência de circunstância atenuante, poderia ser objeto de uma revisão pelo STF, caso seja provocado. Essa revisão permitiria que a Corte reconsiderasse a constitucionalidade da Súmula 231, reconhecendo que, ao impedir a redução da pena, a norma restringe indevidamente o princípio da individualização da sanção penal. Assim, uma mudança

¹²⁴ A questão central do julgamento era definir se a Súmula 231 deveria ser revista para permitir uma maior flexibilidade na dosimetria da pena, considerando princípios fundamentais como a legalidade, a individualização da pena e a proporcionalidade. A decisão impactaria não apenas o caso concreto, mas também diversos processos criminais em andamento no país, tornando-se um precedente relevante no ordenamento jurídico brasileiro. A possibilidade de mudança da súmula poderia abrir novos caminhos na interpretação da legislação penal e trazer um impacto significativo na forma como as penas são aplicadas.

nesse entendimento poderia viabilizar uma dosimetria penal que se adeque melhor às peculiaridades dos casos concretos, respeitando o direito do réu a uma punição justa e proporcional.

Outra possibilidade que se apresenta é a adoção do controle difuso de constitucionalidade pelos tribunais e magistrados. Nesse modelo, os juízes de instâncias inferiores teriam a faculdade de afastar, em situações específicas, a incidência da Súmula 231 quando a aplicação desta resultar em uma sanção que viole os direitos fundamentais do réu.

Essa abordagem permitiria que, de forma individualizada, fossem analisadas as circunstâncias particulares de cada caso, garantindo que a decisão judicial respeite não apenas os limites abstratos da lei, mas também as nuances da situação concreta. Assim, a flexibilização da dosimetria penal ocorreria de maneira descentralizada, com cada magistrado podendo fundamentar sua decisão na necessidade de assegurar o equilíbrio entre a punição e a justiça individual, contribuindo para um sistema penal mais sensível e adaptável.

Por fim, uma alternativa que não pode ser desconsiderada é a possibilidade de alteração legislativa. Uma reforma no Código Penal, que expressamente conceda maior flexibilidade na fixação da pena, afastaria a vedação imposta pela Súmula 231 e permitiria ao juiz ajustar a sanção de acordo com as circunstâncias atenuantes aplicáveis ao caso. Essa mudança legislativa seria um instrumento importante para harmonizar a prática judicial com os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, proporcionando um sistema que respeite as diferenças individuais e, ao mesmo tempo, evite arbitrariedades. Tal reforma demonstraria o comprometimento do legislador com a modernização do Direito Penal, alinhando a legislação brasileira às melhores práticas internacionais e contribuindo para a redução dos problemas de superlotação carcerária e ineficiência do sistema prisional.

Em suma, a readequação do entendimento que sustenta a Súmula 231 se mostra fundamental para garantir um sistema punitivo mais coerente, equitativo e em consonância com os preceitos constitucionais. Seja por meio da revisão do Tema 158 pelo STF, do controle difuso exercido pelos tribunais ou por uma alteração legislativa expressa, é imperativo que a dosimetria penal permita a consideração adequada das circunstâncias atenuantes, garantindo a individualização da pena e, conseqüentemente, a aplicação de uma justiça mais justa e proporcional.

O debate sobre esse tema deve continuar a ser estimulado nos âmbitos acadêmico e jurídico, pressionando os tribunais superiores e o legislador a promoverem as mudanças necessárias, de forma a assegurar que o sistema penal brasileiro evolua e se adeque aos desafios contemporâneos, reduzindo os impactos negativos da superlotação carcerária e reforçando a eficiência e a legitimidade da justiça penal.

7 CONCLUSÃO

O princípio da individualização da pena, consagrado nos sistemas jurídicos brasileiro e francês, tem uma história marcada por evoluções conceituais e normativas, refletindo diferentes abordagens na relação entre punição e justiça. No Brasil, a consolidação desse princípio como norma constitucional remonta à Constituição de 1946, sendo posteriormente reafirmado pela Carta Magna de 1988, que determina expressamente que a lei deve dispor sobre a individualização das penas. Já na França, esse princípio foi sendo refinado ao longo dos séculos, consolidando-se com a atualização do Código Penal em 1992, momento em que se fortaleceu a ideia de adaptação da pena às condições individuais do infrator.

Historicamente, a individualização da pena emerge como uma resposta ao formalismo extremo das codificações penais do século XVIII, especialmente o Código Penal Francês de 1791, que buscava garantir penas fixas e inflexíveis, de modo a limitar o arbítrio dos juízes. Com o tempo, percebeu-se que essa rigidez poderia conduzir a situações de manifesta injustiça, levando à adoção de modelos mais flexíveis de sentenciamento, em que a análise das circunstâncias concretas do caso e das condições pessoais do condenado ganhavam maior relevância.

No Brasil, a evolução legislativa acompanhou, em parte, essa tendência. O Código Penal de 1940 instituiu o modelo trifásico de dosimetria da pena, que permite ao juiz ponderar fatores objetivos e subjetivos na fixação da pena. No entanto, a aplicação prática desse modelo tem sido limitada pela rigidez interpretativa dos tribunais superiores, em especial pelo enunciado da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que impede a fixação da pena abaixo do mínimo legal, mesmo em casos em que haja circunstâncias atenuantes relevantes.

A pesquisa revelou que essa rigidez imposta pela jurisprudência brasileira constitui um entrave significativo à efetiva individualização da pena, na medida em que reduz a margem de apreciação do magistrado e impede que ele adapte a pena às condições específicas do caso concreto. Esse problema é agravado pelo fato de que, no Brasil, o sistema de execução penal também enfrenta dificuldades estruturais que dificultam a reabilitação dos condenados, tornando ainda mais premente a necessidade de um modelo mais flexível de individualização da pena.

Por outro lado, a experiência francesa demonstra que é possível conferir ao juiz maior liberdade na fixação da pena sem comprometer a segurança jurídica. O Código Penal Francês permite que os juízes estabeleçam penas abaixo do mínimo legal do as circunstâncias do crime e a personalidade do infrator justificam essa medida. Além disso, a jurisprudência francesa tem interpretado o princípio da individualização da pena de forma ampla, reconhecendo a necessidade de uma abordagem mais humanizada e voltada à reinserção social do condenado.

Diante desse cenário, a necessidade de revisão da Súmula 231 e da abordagem brasileira sobre a dosimetria penal se mostra premente. Três caminhos principais podem ser considerados para esse aprimoramento: (i) a revisão do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o Tema 158, permitindo a mitigação da súmula; (ii) a adoção do controle difuso de constitucionalidade pelos tribunais, afastando sua aplicação em casos concretos em que viole direitos fundamentais; e (iii) uma reforma legislativa expressa no Código Penal, que amplie a margem de apreciação judicial para redução da pena nos casos em que as circunstâncias assim o justifiquem.

Ademais, é essencial que o debate sobre o tema continue sendo fomentado no meio acadêmico e jurídico, com o objetivo de sensibilizar legisladores e tribunais para a importância de um sistema penal mais equitativo e adaptável às particularidades de cada caso. A promoção de estudos comparativos, como o presente trabalho, pode contribuir significativamente para a elaboração de propostas concretas de aperfeiçoamento legislativo e jurisprudencial.

Por fim, a evolução do sistema penal brasileiro rumo a uma maior flexibilização da individualização da pena não implica um retrocesso em termos de combate à criminalidade. Pelo contrário, uma abordagem mais ajustada à realidade do condenado tende a ser mais eficaz na prevenção da reincidência e na ressocialização dos apenados. Apenas com um sistema penal que respeite a individualidade de cada caso será possível garantir uma justiça criminal mais humana e eficiente.

REFERÊNCIAS

ALLINNE, J. P. **Gouverner le crime: les politiques criminelles françaises de la Révolution au XXIème siècle**, Paris: L'Harmattan, 2003.

ALMEIDA, C. F. de. **Introdução ao direito comparado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

AMORIM, Kelly Cristine de. A aplicação do princípio da individualização da pena na execução penal. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação – REASE**, São Paulo, v. 9, n. 7, p. 894-909, jul. 2023. Disponível em: < https://www.academia.edu/126744202/A_Aplica%C3%A7%C3%A3o_Do_Princ%C3%ADpio_Da_Individualiza%C3%A7%C3%A3o_Da_Pena_Na_Execu%C3%A7%C3%A3o_Penal >. Acesso em: 29 abr. 2025

ARRUDA, Rejane Alves de; FLORES, Andréa. A importância das circunstâncias judiciais para a efetividade do princípio constitucional da individualização da pena. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 59, p. 499-521, 2020. Disponível em: < <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4102/371372415> >Acesso em: 29 abr. 2025.

BARROS, C. S. de M. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 256 p.

BARROSO, L. R., **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, L. R., Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília: Escola Nacional da Magistratura; Associação dos Magistrados Brasileiros, v. 1, n. 2, p. 26-72, 2006.

BEN M'BAREK, Yasmine. **Le principe d'individualisation à l'épreuve des peines minimales d'emprisonnement: étude comparée des systèmes de justice pénale français et canadien – Mémoire Maîtrise em droit**. 2019. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Laval, Québec, Canadá, 2019. Disponível em: < <http://search.ndltd.org/show.php?id=oai%3Aunion.ndltd.org%3ALAVAl%2Foai%3Acorpus.ulaval.ca%3A20.500.11794%2F38201&back=http%3A%2F%2Fsearch.ndltd.org%2Fsearch.php%3Fq%3Dsubject%253A%2522proc%25C3%25A9dure%2Bp%25C3%25A9nale%2522> >. Acesso em: 29 abr. 2025.

BITENCOURT, C. R. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal 1: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal [...]. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940->

[1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1949/decree-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html) >. Acesso em 29 abr. 2025.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad [...]. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm >. Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.464/2007, de 28 de março de 2007**. Dá nova redação ao art 2º da Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm >. Acesso em: 29 de abril 2025.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm >. Acesso em 29 abr. 2025.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm >. Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1988**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9714.htm >. Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil, 25 de março de 1824**: art. 8º, inciso II. In: (Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824, p.7. Disponível em: < <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=COI&numero=&ano=1824&ato=1db0TPn5UMBRVT9c5> >. Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. [Constituição (1891)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891. In: BALEEIRO, Aliomar. **1891**. 3. ed. Brasília: Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações Técnicas, 2012. 103 p. (Constituições Brasileiras, v.2).

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm > . Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm >. Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 18 de setembro de 1946**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm > . Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, 24 de janeiro de 1967**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm > . Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. [Constituição (1969)]. **Constituição Federal, 17 de outubro de 1969**. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html> > . Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988**. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html> > . Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-norma-pe.html> > . Acesso em 29 abr. 2025.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm > . Acesso em: 29 abr. 2025.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > . Acesso em: 29 abr. 2015.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Anteprojeto de Lei nº 236 de 2012**. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=Anteprojeto+de+Lei+n%C2%BA+236+de+2012&sca_esv=bf58db3f14c3f703&authuser=0&sxsrf=AHTn8zq8sqL4w2qgcVGq2xiUV8AWKvplQ%3A1746740298547&ei=SiQdaNuXIYb51sQPwM7EsAY&ved=0ahUKEwjb5InY6pSNAXWGvJUCHUAnEWYQ4dUDCBA&uact=5&oq=Anteprojeto+de+Lei+n%C2%BA+236+de+2012&gs_lp=Egxnd3Mtd2l6LXNlcnAilKfudGVwcm9qZXRvIGRIIExlaSBuwrogMjM2IGRIIDlwMTIyBRAhGKABSOK9AVC6CVj2rQFwA3gBkAEAmAH3AaAB9wGqAQMyLTG4AQPIAQD4AQH4AQKYAgSgAqQCqAlKwglHECMYJxjqApgDDvEFYxo7OsEZsPqSBwUzLjAuMaAH1QGyBwMyLTG4B4AC&sclient=gws-wiz-serp> . Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1869764 -MS, Súmula nº 231. Impossibilidade de fixação da Pena-Intermediária aquém no mínimo legal.** Entendimento não mais compatível com o sistema jurídico-penal. Realização de prévia audiência pública. Cancelamento de enunciado sumulado. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 19 de outubro de 2015.

CHAERELS, A.; VAN INGELGON, J. **Analyse financière.** Bruxeles: Kluwer, 2003.

CINTRA JÚNIOR, D. A. D. A suspensão dos direitos políticos em face dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 4, n. 15, p. 89–96, 1996.

CLEMENT, P., Récidive, quelles réponses judiciaires? (Mieux prévenir la récidive). **Actualité juridique**, Pénal, n. 10, p. 345-346, 2005.

COELHO, I. M., Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. **Caderno Virtual**, Brasília, 2004, n 8, p. 1-28.

Conseil de l'Europe. **Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales telle qu'amendée par les protocoles nº 11 et 14.** (Série des Traités Européens, 5). Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://rm.coe.int/1680063776 >. Acesso em: 29 abr. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pena justa:** plano nacional para o enfrentamento do estado de coisas inconstitucional nas prisões brasileiras – plano e matriz. Brasília: CNJ, 2025. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/02/2025-02-07-pena-justa-plano-e-matriz.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2025.

DESPORTES, F.; LE GUNEHEC, F. Droit pénal général. Tomo 1. *In*: **Le nouveau droit pénal.** 7. ed. Paris: Economica, 2000. (Série Enseignement et pratique).

DESPORTES, F.; LE GUNEHEC, F. **Droit pénal général**, 16. ed. Paris: Economica, 2009.

DIAS, J. de F. Sobre o “modelo” de determinação da medida da pena. *In*: MAIA NETO, C. F. **Notáveis do direito penal.** Brasília: Editora Consulex, 2006. p. 215-230.

DRÉAN-RIVETTE, I. **La personnalisation de la peine dans le code penal.** Paris: L'Harmattan, 2005.

DREYFUS, B. **Regard contemporain sur la Défense sociale nouvelle de Marc Ancel.** Paris: L'Harmattan, 2010.

FAVOREU, L. Bloc de constitutionnalité. *In*: DUHAMEL O.; MENY, Y. **Dictionnaire constitutionnel.** Paris: PUF, p. 87, 1992.

FERREIRA, G. **Aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERREIRA, I. S. A atualidade do pensamento de Carrara no direito penal. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, n. 83, p. 54-66, 1988.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision n° 2024-1096 QPC du 12 juin 2024. **Journal Officiel de la République Française**, Paris, 13 jun. 2024. Disponível em: <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dallozactualite.fr/files/resources/2024/07/2024-1096.pdf> . Acesso em: 29 abr. 2025.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. Décision n° 2024-1096 QPC du 12 juin 2024. **Journal Officiel de la République française**, Paris, 13 juin. 2024. Disponível em: <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2024/07/2024-1096.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2025.

FRANÇA. Ministère de la Justice. **Pour une refonte du droit des peines**: rapport à la Garde des Sceaux / Commission présidée par Bruno Cotte. Paris: La Documentation Française, 2015. Disponível em: https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/rapport_refonte_droit_peines.pdf. Acesso em: 29 abr. 2025.

FRANÇA. República Francesa. Documentos Parlamentares. **Projet de Loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines (JUSX1322682L)**. Disponível em: <https://www.assembleenationale.fr/14/projets/pl1413-ei.asp>. Acesso em: 7 jul. 2024.

FRANÇA. République Française. Légifrance – Le Service Public de la Diffusion du Droit. **Loi n° 2004-204 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, de 9 mar. 2004**. Adapta a justiça às mudanças na criminalidade. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000249995> >. Acesso em: 29 abr. 2025

FRANÇA. République Française. Légifrance – Le Service Public de la Diffusion du Droit. **Lei n° 57-1426, de 31 de dezembro de 1957**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000692469> >. Acesso em: 29 abr. 2025.

FRANÇA. République Française. Légifrance – Le Service Public de la Diffusion du Droit. **Loi n° 2005-1549, de 12 dezembro de 2005**. Relative au traitement de la récidive des infractions pénales. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000786845/> >. Acesso em: 29 abr. 2025.

FRANÇA. République Française. Légifrance – Le Service Public de la Diffusion du Droit. **Loi n° 92-1336, de 16 de dezembro de 1992**. Relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines dispositions de droit pénal et de procédure pénale rendue nécessaire par cette entrée en vigueur. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000177662> >. 29 abr. 2025

FRANÇA. République Française. Légifrance – Le Service Public de la Diffusion du Droit. **Lei n° 57-1426, de 31 de dezembro de 1957**. Institui o Código de Processo

Penal. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000692469> >. Acesso em: 29 abr. 2025.

FRANÇA. République Française. Légifrance – Le Service Public de la Diffusion du Droit. **Decreto de 12 de fevereiro de 1810**. Cria o Código Penal. Disponível em: < <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/dec/1810/02/12/n1/jo> >. Acesso em: 29 abr. 2025

FRANÇA. République Française. Légifrance – Le Service Public de la Diffusion du Droit. **Lei nº 92-684 de 22 de julho de 1992**. Reforma disposições do código penal relativas à repressão de crimes e delitos contra pessoas. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000540288> >. Acesso em: 29 abr. 2025.

FRANÇA. République Française. Légifrance – Le Service Public de la Diffusion du Droit. [Constitution (1958)]. **Constitution de la République Française, 4 de outubro de 1958**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>>. Acesso em: 29 abr. 2025.

FRANÇA. République Française. Légifrance – Le Service Public de la Diffusion du Droit. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 26 août 1789**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>. Acesso em: 29 abr. 2025

FRANÇA. République Française. Légifrance – Le Service Public de la Diffusion du Droit. **Loi nº 2004-204 portant sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, de 9 mar. 2004**. Adapta a justiça às mudanças na criminalidade. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000249995> >. Acesso em: 29 abr. 2025.

FRANÇA. République Française. Légifrance – Le Service Public de la Diffusion du Droit. **Code pénal, 1er février 1810**. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGISCTA000006119336> >. Acesso em: 29 abr. 2025.

FRANÇA. SENADO. Sessão Ordinária de 2004-2005. ZOCCHETTO, F. **Rapport nº 171 (2004-2005) rendu au nom de la commission des lois**. 2 fev. 2005. Disponível em: <http://www.senat.fr/rap/l04-171/l04-1711.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2024.

FROMONT, M. Préface. In: PAIVA DE ALMEIDA, D. **Introduction au droit brésilien**. Paris: L'Harmattan, 2006. 508 p.

GARLAND, D. Adaptations politiques et culturelles des sociétés à forte criminalité. **Déviance et Société**, v. 31, p. 387-403, 2007.

GARLAND, D. **The culture of control: crime and social order in the contemporary society**. Chicago: Oxford, 2001.

GEBRAN NETO, J. P. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GENINET, B. **L'indispensable du droit penal**. 2. ed. Paris: Studyrama, 2004.

GONZAGA, J. B. **O direito penal indígena: à época do descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, 1972.

GOUDARZI, M. R. **La peine privative de liberté: Étude de Droit Comparé Franco-iranien**. 2. ed. Université Nancy, 2011.

GRECO, L. A verdade no estado democrático de direito. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 340–346, 2005.

GUAZZELLI, M. C. P. **O voto como instrumento da ressocialização no estado democrático**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014.

HERZOG-EVANS, M. **Droit pénal general**. 2. ed. Paris: Vuibert, 2009.

ISIDORE, M. La personnalité du délinquant dans l'instruction judiciaire. **Revue Néo-scolastique**, n. 1, p. 85-93, 1894.

JACOBS, F. G., Judicial dialogue and the cross-fertilization of legal systems: The European Court of Justice. **Texas International Law Journal**, v. 38, n. 3, p. 547-556, 2003.

JOURDAN, A. L.; DECRUSY, P.; ISAMBERT, F. A. Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789. **Belin-Leprieur**, v. 29, 1833.

KUTY, F. **L'impartialité du juge en procédure pénale: de la confiance décrétée à la confiance justifiée**. Bruxelles: Lacier, 2005.

LEGRAND, P. Comparer. **Revue Internationale de Droit Comparé**, n. 2, p. 279-318, 1996.

LETURCQ, F. Peines planchers: application et impact de la loi du 10 août 2007. **Infostat Justice**, n. 118, 2012. Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_infostat_118_20121017.pdf. Acesso em: 26 fev. 2025.

LYRA, R. **Comentários ao código penal**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

LYRA, R. **Introdução ao estudo do direito criminal**. v. 1, Rio de Janeiro: Nacional, 1946. 258 p.

MAZIAU, N. Le revirement de jurisprudence dans la procédure de QPC: comment la Cour de cassation, dans son interprétation de la loi, s'inspire du Conseil constitutionnel dans son rôle d'interprète de la Constitution. Chroniques. **Recueil Dalloz**, n. 28, 19 jul., p. 1833-1839, 2012.

MERLE, R.; VITU, A. **Traité de Droit criminel**. 6. ed. Paris: Cujas, 1978.

OUALALOU, L. Le Brésil dépassé par la barbarie carcérale. **Le Figaro**, 12 jan. 2014. Disponível em: <http://www.lefigaro.fr/international/2014/01/12/01003-20140112ARTFIG00166-le-bresil-depasse-par-la-barbarie-carcerale.php>. Acesso em: 12 mar. 2024.

PAIVA DE ALMEIDA, D. Regards sur le droit brésilien. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 59, n. 4, p. 879-890, 2007.

PICARD, E. L'État du droit comparé en France. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 51, n. 4, p. 885-915, 1999.

PORRET, M., **Le Crime et ses circonstances**: de l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève. 6. ed. Genève: Librairie Droz, 1995.

PRADEL, J. Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes. **Recueil Dalloz**, n. 38, p. 2247, 2007.

ROBERT, J. H. **La détermination de la peine par le législateur et par le juge, dans Droit pénal, le temps des réformes**. Paris: Litec, 2011. p. 241-250, 2011(Colloques & Débats).

SALEILLES, R., L'individualisation de la peine: étude de criminalité sociale. À Paris en 1898, ouvrage dont la 3ème édition a été publiée dans. In: OTTENHOF R. **L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui; suivie de L'individualisation de la peine, cent ans après Saleilles**. Ramonville: Érés, 2001.

SANCHEZ, J. L. Les lois Bérenger (lois du 14 août 1885 et du 26 mar. 1891), **Crimino Corpus**, 2005. Disponível em: <https://journals.openedition.org/criminocorpus/132>. Acesso em: 12 jul. 2024.

SANTOS, J. C. dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SLAUGHTER, A. M., A global community of courts. **Havard International Law Journal**, n. 44, p. 191-219, 2003.

TAVARES, A. R. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, p. 17-55, 2009.

TINEL, M. **Le contentieux de l'exécution de la peine privative de liberté de Poitiers**. Paris: Librairie LGDJ.fr; Faculté de Droit et des Sciences Sociales, 2012. 474 p. (Collection Thèses).

TREILHARD; FAURE; GIUNTI. Exposé des motifs du Livre premier du code pénal, 1er février 1810. In: TEIXEIRA, M. A. C.; LIMA, M. C.; APOLIANO JUNIOR, A. C.

Direitos humanos e execução penal: estudos em homenagem ao Desembargador José de Ribamar Froz Sobrinho. Disponível em: < [https://www.academia.edu/43570834/Direitos Humanos e Execu%C3%A7%C3%A3o Penal estudos em homenagem ao Desembargador Jos%C3%A9 de Ribamar Froz Sobrinho](https://www.academia.edu/43570834/Direitos_Humanos_e_Execu%C3%A7%C3%A3o_Penal_estudos_em_homenagem_ao_Desembargador_Jos%C3%A9_de_Ribamar_Froz_Sobrinho) >. Acesso em: 29 abr. 2025

TZUTZUIANO (C.). Les dernières peines accessoires à l'épreuve du Conseil constitutionnel, Communication présentée au 8e Congrès de l'Association Française de Droit Constitutionnel, 17 juin 2011, Nancy-France. Disponível em: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN1/tzutzuianoTD1.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2024.

VAINFAS, R. **Dicionário do Brasil Imperial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.

VERGES, E. Peines-plancher et retour de circonstances d'atténuation de la peine: le pouvoir judiciaire d'individualisation de la sanction à l'épreuve de la lutte contre la récidive (loi n° 2007-1198 du 10 août 2007). **Revue de science criminelle et de droit pénal compare**, n. 4, p. 853, 2007.

VIENNE, R. De l'individualisation de la peine à la personnalisation de la mesure, à propos du soixante-quinzième anniversaire de la parution de l'ouvrage de Saleilles (1898-1973). Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. Tomo II. Paris: Pedone, Tomo II. p. 177-200, 1975. (Aspects Nouveaux de la Pensée Juridique)

WALD, A. La protection des droits individuels au Brésil. Le mandado de segurança. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 16, n. 2, p. 307-317, 1964.

ZAVASCKI T. A. Direitos políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 61, 1994,

ZAVASCKI, T. A. Direitos Políticos: perda suspensão e controle jurisdicional. **Revista de Processo**, ano 22, n. 85, p. 181-189, jan./mar. 1997.