

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

Elton Oliveira Amaral

**A POLÍTICA OU CULTURA DA PENA MÍNIMA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL  
DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Belo Horizonte  
2025

Elton Oliveira Amaral

**A POLÍTICA OU CULTURA DA PENA MÍNIMA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL  
DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

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: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.


Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

Belo Horizonte  
2025

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A485p	<p>Amaral, Elton Oliveira</p> <p>A política ou cultura da pena mínima e o princípio constitucional da individualização da pena / Elton Oliveira Amaral. Belo Horizonte, 2025. 187 f. : il.</p> <p>Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p>1. Princípio da individualização da pena. 2. Dosimetria da pena (Direito penal). 3. Sanção penal - Brasil. 4. Responsabilidade penal - Brasil. 5. Pena (Direito) - Brasil. 6. Direito penal - Brasil. 7. Direito constitucional - Brasil. I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p style="text-align: center;"> SIB PUC MINAS</p> <p style="text-align: right;">CDU: 343.21</p>
-------	---

Ficha catalográfica elaborada por Daniela Luzia da Silva Gomes - CRB 6/2505

Elton Oliveira Amaral

**A POLÍTICA OU CULTURA DA PENA MÍNIMA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL  
DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

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: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão.

Área de Concentração: Democracia, Liberdade e Cidadania

Linha de Pesquisa: Intervenção Penal e Garantismo

---

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (Orientador)

---

Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 23 de maio de 2025

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família, Érika (esposa), Theo (meu pequeno filho) e Ísis (que logo, logo, colorirá ainda mais nossas vidas). Minha mãe, Haidê, e à memória de meu sempre presente pai, Maurício. Não esqueço de minhas irmãs, Ana Claudia e Victória. Todos que sempre me incentivaram na jornada acadêmica e profissional, compreendendo que o tempo dedicado ao estudo nunca é desperdiçado, perdido, mas sim uma luz de esperança para concretização de dias melhores. Por vocês, acordo todos os dias com um objetivo único: tornar este mundo um lugar mais digno de se viver.

A todos os amigos do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, instituição que abraçou este forasteiro, vindo parar nessas terras por um acaso do destino, mas que aqui pretende passar o resto da jornada na busca incansável de zelar pela plena aplicação do interesse público. O amparo dos mais experientes e a alegria do compartilhamento de experiências com os mais novos revelam o ciclo que deságua no reconhecimento da excelência institucional a nível nacional.

A todos os professores e servidores da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, que não mediram esforços para a troca de conhecimentos e a iluminação dos ensinamentos aos alunos deste curso. Sem qualquer sombra de dúvidas, o tempo dedicado às aulas, aos estudos e à produção acadêmica contribuíram, sobremaneira, ao aprimoramento das atividades ministeriais em solo mato-grossense. Inexistiram barreiras geográficas ou de qualquer natureza que assombrassem o desenvolvimento científico das atividades do mestrado.

Meus cumprimentos especiais ao Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão. Além de assumir a hercúlea tarefa de coordenar o curso, na condição de orientador, recebeu diversas mensagens, textos e até mesmo desabafos científicos nos mais diversos horários (por vezes, enviados após uma cansativa rotina de audiências e compromissos inerentes ao cargo de Promotor de Justiça). Nunca, contudo, ignorando-os ou deixando de tecer orientações e comentários que só somaram ao compromisso científico desta obra. Confesso que, até antes dessa aventura denominada mestrado, não tive contato com a obra do Prof. Dr. Cláudio. Hoje, a tenho como inseparável e imprescindível. Alguns diriam obra invejável. Adjetivação errada, creio. Com certeza, inspiradora, ao invés.

Por fim, aquele que todos os dias ouve o clamor e as preces deste escritor. Deus. O único que pode conceder sabedoria, paz e dedicação para aplicação da Justiça mundana.

## RESUMO

A presente dissertação analisa a tensão entre o princípio constitucional da individualização da pena e o fenômeno denominado cultura ou política da pena mínima no sistema jurídico brasileiro. Este fenômeno caracteriza-se pela aplicação sistemática e, por vezes, automática da sanção penal no patamar mínimo estabelecido pelo legislador, sem a necessária reflexão sobre as peculiaridades de cada caso concreto. O estudo parte da hipótese de que tal prática pode representar uma violação aos princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da isonomia, além de comprometer a eficácia dos fins da pena no sistema jurídico-penal. Por meio de uma abordagem hipotético-dedutiva e método predominantemente monográfico, a pesquisa examina a natureza jurídica da individualização da pena como princípio constitucional, analisa o sistema de dosimetria na legislação infraconstitucional brasileira e investiga criticamente os fatores que contribuem para a cultura ou política da pena mínima, como a sobrecarga processual, o sistema de metas do Poder Judiciário e aspectos relacionados à formação e atuação dos magistrados. Busca-se não apenas compreender o fenômeno, mas também propor reflexões e alternativas para uma aplicação mais justa e eficaz da sanção penal, em consonância com os princípios constitucionais norteadores do Direito Penal contemporâneo.

Palavras-chave: Individualização da pena. Política da pena mínima. Cultura da pena mínima. Dosimetria penal. Princípios constitucionais. Sistema penal brasileiro. Mínimo esforço de fundamentação.

## **ABSTRACT**

This dissertation examines the tension between the constitutional principle of individualization of punishment and the phenomenon known as the culture or policy of minimum sentencing in the Brazilian legal system. This phenomenon is characterized by the systematic and sometimes automatic application of criminal sanctions at the minimum level established by the legislator, without necessary reflection on the particularities of each specific case. The study is based on the hypothesis that such practice may represent a violation of the constitutional principles of individualization of punishment, proportionality, and isonomy, in addition to compromising the effectiveness of sentencing purposes in the criminal justice system. Through a hypothetical-deductive approach and predominantly monographic method, the research examines the legal nature of individualization of punishment as a constitutional principle, analyzes the dosimetry system in Brazilian legislation, and critically investigates factors contributing to the culture or policy of minimum sentencing, such as procedural overload, the Judiciary's goal system, and aspects related to the training and performance of magistrates. The research seeks not only to understand the phenomenon but also to propose reflections and alternatives for a more just and effective application of criminal sanctions, in accordance with the guiding constitutional principles of contemporary Criminal Law.

**KEYWORDS:** Individualization of punishment. Minimum sentencing policy. Minimum sentencing culture. Criminal dosimetry. Constitutional principles. Brazilian penal system. Minimum effort of reasoning.



## SUMÁRIO

1 Introdução .....	12
2. Força normativa da individualização da pena .....	15
2.1 Princípio ou regra? .....	15
2.2 Vertentes do princípio da individualização da pena.....	19
2.1.1 A vertente legislativa.....	25
2.1.1.1 O Projeto de Lei Complementar n. 215 de 2019 – uma (im)possível transferência da individualização da pena aos Estados e Distrito Federal.....	28
2.2.2 A vertente judicial .....	31
2.2.2.1 A não superação do Enunciado n. 231 da Súmula de Jurisprudência dominante Superior Tribunal de Justiça .....	33
2.2.3 A vertente da execução penal .....	39
2.2.3.1 O programa pena justa.....	42
2.2.3.2 O regime inicial de cumprimento de pena e a limitação do juízo da execução penal .....	43
2.3. A relação triangular entre as vertentes do princípio da individualização da pena .....	45
2.4 O controle de convencionalidade e a individualização da pena .....	46
2.4.1 O status hierárquico dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos .....	51
2.4.2 A sanção adequada no âmbito dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil .....	53
2.4.2.1 Convenção da Guatemala.....	53
2.4.2.2 Convenção de Belém do Pará.....	55
2.5 A individualização da pena no Direito Comparado .....	58
2.5.1 Sistema espanhol.....	59
2.5.2 Sistema argentino .....	61
2.6 A integral compreensão da individualização da pena como premissa para o estudo da legislação infraconstitucional .....	62
3 A dosimetria da pena na legislação infraconstitucional brasileira .....	64
3.1 A individualização da pena na vertente judicial: tecnologia disponível na legislação infraconstitucional brasileira. ....	64
3.2 As finalidades da pena no ordenamento jurídico pátrio.....	67
3.2.1 A função retributiva .....	69
3.2.2 A função preventiva .....	73
3.3 A individualização da pena no ordenamento jurídico infraconstitucional .....	75
3.3.1 Primeira fase – pena base.....	76
3.3.1.1 Culpabilidade.....	78
3.3.1.2 Antecedentes.....	82

3.3.1.3 Conduta social.....	86
3.3.1.4 Personalidade do agente.....	89
3.3.1.5 Motivos .....	92
3.3.1.6 Circunstâncias .....	94
3.3.1.7 Consequências.....	96
3.3.1.8 Comportamento da vítima .....	99
3.3.1.9 A existência de múltiplos fatores de negatização e intensidade na análise das circunstâncias judiciais do art. 59.....	106
3.3.2 Segunda fase – agravantes.....	106
3.3.2.1 Reincidência.....	109
3.3.2.2 Motivo fútil ou torpe .....	111
3.3.2.3 Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.....	113
3.3.2.4 À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido.....	114
3.3.2.5 Com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum .....	114
3.3.2.6 Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge .....	115
3.3.2.7 Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica .....	116
3.3.2.8 Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.....	118
3.3.2.9 Contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida .....	120
3.3.2.10 Quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade .....	121
3.3.2.11 Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido .....	122
3.3.2.12 Em estado de embriaguez preordenada .....	123
3.3.2.13 Concurso de pessoas.....	124
3.3.3 Terceira fase – causas especiais de aumento de pena .....	126
4 A Cultura ou Política da Pena Mínima .....	129
4.1 Uma questão semântica: política ou cultura?.....	129
4.2 Cultura ou Política da Pena Mínima: uma tentativa conceitual.....	134
4.2.1 O elemento conceitual da cognição no Processo Penal.....	135
4.2.1.1 Cognição horizontal plena .....	136
4.2.1.2 Cognição vertical exauriente .....	139
4.2.1.3 Cognição horizontal plena e cognição vertical exauriente como pressupostos para a aplicação da pena adequada .....	142
4.2.2 O elemento conceitual da discricionariedade – o solipsismo e o divórcio da tecnologia jurídica dosimétrica .....	143

4.2.3 O elemento conceitual da (des)motivação extraprocessual .....	148
4.2.3.1 A sobrecarga processual e o sistema de metas .....	149
4.2.3.2 O juiz cordial e a personalidade.....	155
4.2.4 O elemento conceitual da originalidade - o princípio da vedação da nova punição pelo mesmo fato - o non bis in idem .....	162
4.2.4.1 A originalidade e as nuances concretas do processo penal .....	166
4.2.5 O elemento conceitual da isonomia .....	168
5 Conclusão .....	174
REFERÊNCIAS.....	182
APÊNDICE A – CERTIDÃO SIMP – ANÁLISE ESTATÍSTICA.....	187

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal contemporâneo enfrenta um desafio essencial em sua aplicação prática: a tensão entre a individualização da pena e a tendência ao estabelecimento de padrões punitivos generalizantes. Esta dissertação debruça-se sobre um fenômeno recorrente no sistema jurídico brasileiro – a cultura ou política da pena mínima – entendida como a aplicação sistemática e, por vezes, automática, da sanção penal no patamar mínimo estabelecido pelo legislador, sem a necessária reflexão sobre as peculiaridades de cada caso concreto.

A individualização da pena constitui garantia fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, encontrando amparo no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988. Sua concretização representa um dos pilares essenciais do Estado Democrático de Direito, pois assegura que a sanção penal seja proporcional à conduta praticada e às circunstâncias específicas de cada caso. Contudo, a praxe forense tem revelado uma tendência à padronização das decisões judiciais no momento da dosimetria da pena, em aparente contradição com o mandamento constitucional da individualização.

A presente pesquisa parte da hipótese de que a política da pena mínima, ao desconsiderar elementos relevantes para a adequada dosimetria, pode representar uma violação aos princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da isonomia, além de comprometer a eficácia dos fins da pena no sistema jurídico-penal.

O tema assume relevância destacada no contexto jurídico brasileiro contemporâneo, especialmente quando se considera a crescente judicialização dos conflitos sociais e o aumento expressivo da criminalidade. A compreensão dos fatores que influenciam a aplicação da pena mínima e suas implicações para a efetividade do sistema penal é fundamental para o aprimoramento da prestação jurisdicional e para a realização dos objetivos de prevenção e retribuição que orientam o Direito Penal moderno.

Ademais, o estudo do tema proposto contribui para o debate sobre os limites da discricionariedade judicial na aplicação da pena e a necessidade de critérios objetivos que assegurem a previsibilidade e a segurança jurídica, sem comprometer a indispensável individualização exigida pela Constituição Federal.

Na perspectiva metodológica, esta pesquisa adota uma abordagem hipotético-dedutiva, partindo da análise dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais que regem a individualização da pena, para, em seguida, examinar sua aplicação concreta no sistema judicial brasileiro. O método de procedimento é predominantemente monográfico, com análise documental da doutrina especializada, da jurisprudência dos tribunais superiores e da legislação pertinente.

Como recorte temático, a investigação concentra-se na análise da aplicação da pena nos crimes comuns previstos no Código Penal brasileiro, com ênfase nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais de Justiça Estaduais nos últimos anos.

O trabalho está estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo aborda a análise constitucional da individualização da pena, explorando sua natureza jurídica como princípio constitucional, suas vertentes (legislativa, judicial e executória) e sua relação com o controle de convencionalidade. Ainda neste capítulo, tem-se uma pequena intrusão no Direito Comparado sobre a temática.

O segundo capítulo alia-se ao estudo da dosimetria da pena na legislação infraconstitucional brasileira, examinando as finalidades da pena, o método trifásico de aplicação da pena e as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Nesta seção, as hipóteses permissivas para a majoração da pena, com destaque para os critérios objetivos e subjetivos que devem orientar sua aplicação.

Por fim, o terceiro capítulo concentra-se especificamente na análise crítica da cultura ou política da pena mínima, explorando seus aspectos conceituais, suas causas e consequências para o sistema penal brasileiro. São examinados os fatores que contribuem para essa prática, como a sobrecarga processual, o sistema de metas do Poder Judiciário e aspectos relacionados à formação e à atuação dos magistrados. Neste contexto, investiga-se a relação entre a cultura da pena mínima e o princípio da isonomia, bem como suas implicações para a efetividade dos fins da pena.

A pesquisa busca não apenas identificar e compreender o fenômeno da cultura da pena mínima, mas também propor reflexões e alternativas que possam contribuir para uma aplicação mais justa e eficaz da sanção penal, em consonância

com os princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da isonomia.

Espera-se que os resultados obtidos nesta investigação possam oferecer subsídios para o aprimoramento da prática judicial na dosimetria da pena, fortalecendo a legitimidade do sistema penal brasileiro e sua capacidade de responder adequadamente às demandas sociais por justiça e segurança.

## 2. FORÇA NORMATIVA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

### 2.1 Princípio ou regra?

A CF/1988 prevê a individualização da pena no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), art. 5º, incisos XLVI, XLVII, XLVIII e XLIX<sup>1</sup>. As normas em estudo estruturam as espécies de pena, as vedações e os paradigmas para a execução penal.

Após remeter ao legislador infraconstitucional o dever de individualização, elenca as seguintes espécies de sanção penal: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Adiante, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, veda a existência de reprimendas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, inciso XIX. Proíbe também as de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. Em sintonia com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), enaltece o direito do preso à integridade física e moral, além de pontuar como norte a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado para a adequação dos estabelecimentos penais.

Deste arcabouço normativo, surge uma indagação que merece atenção. Valendo-se da clássica lição de Robert Alexy, a individualização da pena, tal qual constitucionalmente prevista, mais se amolda ao conceito de regra ou princípio?

No capítulo destinado à distinção entre essas duas espécies do gênero normas jurídicas em sentido amplo, doutrina Robert Alexy<sup>2</sup>:

Segundo Dworkin, há entre regras e princípios uma diferença lógica. O termo “lógica” é empregado em um sentido amplo, que abrange também características gerais da estrutura da norma. Já que dificilmente pode-se esperar, aqui, mal-entendidos, deve ser seguida a terminologia de Dworkin. A primeira parte da tese da diferença lógica significa que **as regras são aplicáveis de um**

<sup>1</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

<sup>2</sup> Grifos acrescentados. ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Coleção Fora de Série. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.148.

**modo “tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*).** Quando as características do antecedente da norma ocorrem, haveria apenas duas possibilidades. Ou a regra seria válida, e a consequência jurídica deveria ser aceita, ou ela não seria válida, e então ela em nenhuma medida resolveria o conflito. O fato de uma regra poder ter exceções (*exceptions*) não afetaria seu caráter tudo ou nada. Uma formulação completa da regra deveria conter todas as exceções. **As exceções seriam, por conseguinte, parte integrante da regra.** Ocorrendo a exceção, seguir-se-ia forçosamente que a regra, à qual a exceção pertence, não seria aplicável. Mesmo podendo as exceções ser bem numerosas, seria possível, pelo menos teoricamente, mencioná-las integralmente.

Princípios, por outro lado, não determinariam necessariamente a decisão, mesmo quando se pode neles separar o antecedente normativo e a consequência jurídica, e as condições do antecedente são preenchidas. **Eles simplesmente contêm razões que indicam uma ou outra decisão, que eles sugerem. Outros princípios podem ter precedência sobre eles.** Os contraexemplos (*counter-instances*) encontrados em relação aos princípios não poderiam ser tratados, como no caso das regras, como exceções. **Seria impossível abranger as exceções em uma formulação integral dos princípios, e, portanto, aplicar o princípio como uma regra, de um modo tudo ou nada.** Diferentemente das exceções às regras, não seriam os contraexemplos a princípios sequer teoricamente enumeráveis.

A primeira parte da tese da distinção de Dworkin implica uma segunda. De acordo com ela, **os princípios têm uma dimensão que as regras não têm, uma dimensão de peso (*dimension of weight*),** que se mostraria em seu comportamento no caso de colisão. **Quando dois princípios colidem, o princípio que possui o maior peso relativo decidiria, sem que, com isso, o princípio com o menor peso relativo se tornasse inválido.** Nas circunstâncias de outro caso poderiam os pesos ser atribuídos inversamente. Diferentemente ocorreria com um conflito entre regras, em que, por exemplo, quando uma regra comanda algo que outra regra proíbe sem que uma das regras estatua uma exceção à outra, sempre pelo menos uma delas seria inválida. Seria indiferente como se decide o que vale. Isso poderia ocorrer segundo uma regra como “*lex posterior derogat legi priori*” ou de acordo com a regra que é apoiada pelo princípio mais importante. O que seria decisivo é que tal decisão seria uma decisão sobre a validade, o que significa que a regra inválida, diferentemente de um princípio preterido, seria retirada do ordenamento jurídico.

A distinção entre regras e princípios é o tema central na teoria dos direitos fundamentais, conforme proposto por Robert Alexy. As regras são normas que exigem cumprimento absoluto, enquanto os princípios são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das possibilidades jurídicas e fáticas. Alexy argumenta que essa distinção é fundamental para resolver casos difíceis (*hard cases*) e para a aplicação racional dos direitos fundamentais<sup>3</sup>.

Dentre as características dos princípios:

<sup>3</sup> AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas.** Revista de Informação Legislativa. n. 165 jan/mar. 2005. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril\\_v42\\_n165\\_p123.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf)>. Acesso em 11/06/2024.



1) são normas que devem ser realizadas na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas (mandados de otimização);

2) conflitos entre princípios são resolvidos por meio da ponderação, avaliando qual princípio deve prevalecer no caso concreto, considerando as circunstâncias específicas;

3) aplicabilidade flexível: permitem uma aplicação graduada e adaptável às circunstâncias do caso.

Em contrapartida, a espécie normativa regra:

1) determina de maneira definitiva o que deve (ou não) ser feito;

2) é dotada de binariedade: regras se aplicam ou não se aplicam ao caso específico;

3) a tensão entre regras é solucionada de maneira excludente, seja por meio da invalidação de uma das regras, aplicação de critérios hierárquicos ou cronológicos.

No sistema constitucional brasileiro, os princípios e as regras desempenham papéis fundamentais na interpretação e aplicação da Constituição, refletindo o compromisso com a justiça e a equidade. Os princípios constitucionais, por sua natureza aberta e abrangente, permitem que a Constituição dialogue de forma mais eficaz com a realidade social, econômica e cultural do país. Sua flexibilidade oferece espaço para interpretações que consideram as peculiaridades do contexto empírico de cada caso, possibilitando soluções mais adequadas e justas às situações concretas.

Essa característica dos princípios, muitas vezes chamada de "plasticidade", proporciona um horizonte mais amplo para que as decisões jurídicas levem em conta não apenas a letra da lei, mas também os valores e objetivos que fundamentam o ordenamento constitucional. Com isso, os princípios atuam como guias para que a Constituição vá além de uma interpretação rígida, promovendo a justiça em seu sentido mais pleno.

Os princípios constitucionais estão intimamente ligados ao ideal de justiça, uma vez que permitem uma abordagem mais humanizada e equitativa das normas. Oferecem critérios normativos que, embora não determinem regras específicas, orientam a aplicação do Direito em busca de resultados que atendam ao bem comum e à proteção dos direitos fundamentais. Dessa forma, os princípios são essenciais na construção de uma interpretação constitucional que responda às

demandas da sociedade, promovendo uma justiça que transcende a simples aplicação literal das normas e se aproxima de uma realização concreta dos valores constitucionais.

As regras sedimentam a segurança jurídica necessária, a concretização da gama principiológica. Por meio de comandos concretos, o Poder Legislativo deve atenção ao delinear a orientação necessária ao intérprete e aplicador da lei. Quanto à questão, leciona-se na literatura jurídica pátria<sup>4</sup>:

Ademais, as regras economizam energia e tempo que a concretização dos princípios tende a demandar, especialmente em uma sociedade plural e complexa, prevenindo controvérsias políticas ou sociais muitas vezes desnecessárias. **A eficiência do sistema jurídico, portanto, exige a presença de regras.** Imagine a dificuldade que existiria em definir a competência legislativa para regular as relações familiares se, ao invés de uma regra que atribui à União a competência privativa para legislar sobre Direito Civil, o constituinte tivesse apenas consagrado o princípio da predominância do interesse. Caso não existissem regras que compartilhassem competências entre as entidades federativas, mas apenas um princípio genérico regulando a questão, poderiam surgir graves controvérsias sempre que um ente federativo decidisse legislar sobre determinado tema.

Neste breve quadro emoldurado, tem-se a conclusão de que a individualização da pena no texto constitucional brasileiro mais se harmoniza ao conceito de princípio. Não se desconsiderada, noutra verve, o verdadeiro aspecto de regra em relação às vedações impressas no inciso XLVII (vale dizer, não há espaço para a mitigação da exclusão realizada pelo constituinte originário). Portanto, representa um mandado de otimização que exige a ponderação de múltiplos fatores e uma aplicação flexível e graduada da sanção penal. Almeja a justiça na aplicação das penas, ajustando-as às particularidades de cada caso. Permite a ponderação de diversos fatores e a adaptação da pena às circunstâncias específicas, afastando-se de uma regra fixa e rígida.

No âmbito jurisprudencial, não é a outra a conclusão. Veja, exemplificadamente, o sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em que se erigiu a individualização da pena à natureza de princípio constitucional. Ali, discutiu-se, à luz dos arts. 3º, incisos I e III, e 5º, *caput* e XLVI, da CF/1988, a possibilidade de o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de preceito secundário de tipo

---

<sup>4</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 390.

penal, por eventual contrariedade aos princípios constitucionais da isonomia, da proporcionalidade e da individualização da pena. Assim restou sedimentado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PENA DE MULTA. ALEGADA CONTRARIEDADE **AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO SUBSTITUIR O PODER LEGISLATIVO NA QUANTIFICAÇÃO DA PENA. PRECEDENTES. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL DOTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO<sup>5</sup>.

Fincou-se a seguinte Tese de Julgamento quanto ao Tema Repetitivo 1.178:

A multa mínima prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06 é opção legislativa legítima para a quantificação da pena, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la com fundamento nos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da individualização da pena.

Estabelecida a natureza principiológica e nomogenética da individualização da pena, interessa ao presente estudo o detalhamento de suas projeções.

## 2.2 Vertentes do princípio da individualização da pena

Tradicionalmente, a individualização da pena é abordada sob o prisma de três alicerces: legislativo, judicial e executivo. Antes do adentramento no escopo de uma possível cultura da pena mínima, mister delinear as peculiaridades de cada um.

Desde já, necessária se faz a leitura da cultura da pena mínima albergado pelo princípio da separação harmônica dos Poderes. Elencado no art. 2º da CF/1988, tem-se que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Verifica-se que a divisão das vertentes da individualização da pena está umbilicalmente vinculada ao exercício das atribuições e competências do Poder Legislativo (responsável pela eleição das penas cominadas),

<sup>5</sup> Grifos acrescentados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.347.158/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 out. 2021. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757937008>>. Acesso em: 10 out. 2024.

Poder Judiciário (aplicação da pena no caso concreto) e Poder Executivo (que tem o dever de estruturar e possibilitar a aplicação da pena concretizada no título executivo durante a Execução Penal).

A **separação harmônica entre os poderes** se ancora na noção de limitação do poder, seguindo a clássica formulação de Montesquieu, segundo a qual "o poder deve conter o poder". Para o autor, a liberdade política de um cidadão corresponde à tranquilidade de espírito que surge da certeza de que sua segurança está garantida. Para que essa liberdade exista, é necessário que o Governo esteja estruturado de modo que nenhum cidadão precise temer outro.

Não há liberdade quando o Poder Legislativo e o Executivo estão concentrados na mesma pessoa ou na mesma instituição. Isso ocorre ante a possibilidade do receio de que o mesmo governante ou o mesmo órgão legislativo crie leis opressivas e as aplique de maneira arbitrária.

A liberdade política de um indivíduo é justamente essa paz de espírito que decorre da convicção de que sua proteção está assegurada. Para que isso aconteça, o Governo deve ser organizado de forma a impedir que qualquer cidadão tema outro.

Quando os poderes Legislativo e Executivo são exercidos pela mesma pessoa ou instituição, a liberdade deixa de existir. Do contrário, há o risco de que o mesmo governante ou órgão legislativo elabore normas tirânicas e as imponha de maneira despotista.<sup>6</sup>

Dessa forma, qualquer tentativa de instaurar uma hegemonia no exercício do poder será considerada inconstitucional, uma vez que o objetivo do constituinte foi explícito: impedir, no âmbito político e jurídico do Estado, qualquer possibilidade de predomínio institucional por parte dos Poderes da República. Este princípio serve como critério essencial para a interpretação das normas constitucionais e constitui um dos pilares fundamentais da CF/1988. Em essência, o poder político é uno, ou seja, não se fragmenta em termos de conteúdo, e é indivisível em sua forma. Portanto, a separação dos Poderes refere-se, na realidade, à distinção

---

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis**. 9. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008. E-book. p.169-170. Acesso em: 12 out. 2024.

das funções estatais, atribuídas a diferentes órgãos com especialização para cada função<sup>7</sup>.

Algumas dessas funções são típicas ou predominantes: ao Legislativo compete a criação de normas gerais, abstratas e impessoais, ou seja, as leis. Ao Executivo cabe resolver questões concretas e específicas com base nessas leis, desempenhando tanto a função governamental, com decisões políticas, quanto a administrativa, por meio de intervenções, promoção de incentivos e prestação de serviços públicos. Ao Judiciário incumbe aplicar a lei de maneira autoritativa em litígios concretos entre as partes. Além disso, os órgãos estatais também exercem funções consideradas atípicas ou secundárias, que não são sua atribuição principal. Por exemplo, o Legislativo também administra e julga (arts. 51, inciso IV, e 52, inciso XI da CF/1988); o Executivo pode legislar (art. 62 da CF/1988); e o Judiciário pode legislar e gerir a administração (art. 96, inciso I, alíneas *a* e *f* da CF/1988).

A despeito de consagrada na doutrina as expressões Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, termos amplamente aceitos no contexto jurídico, convém volver os olhos à contemporânea corrente científica que refuta a utilização desta nomenclatura, homenageando a indivisibilidade do poder estatal. Na lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>8</sup>, elucida-se:

Essas formulações teóricas acerca das funções jurídicas do Estado vêm sendo desenvolvidas e sustentadas pela esmagadora maioria dos mais renomados publicistas, em substituição à decrépita teoria da separação ou tripartição dos poderes estatais – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Tal teoria é atribuída com certa deturpação de seu enfoque original a Montesquieu, o qual, por sua vez, inspirou-se nas ideias de Locke. Porém, de qualquer forma, embora os doutrinadores, sobretudo os processualistas, em maioria, não percebam, a esclerosada e deturpada teoria da tripartição dos poderes restou revisada por importantes manifestações doutrinárias produzidas nos últimos cem anos e amplamente criticada, por sugerir a ideia de fragmentação ou divisão do poder e de fracionamento da soberania do Estado. Tal aspecto suscitou a moderna posição doutrinária tendente à substituição da expressão separação dos poderes do Estado pela locução separação das funções do Estado.

É importante perceber que o fundamento da concepção jurídica do Estado reside no seu reconhecimento como unidade, do que decorre, em consequência, a doutrina da indivisibilidade do poder estatal. Este ponto é fundamental para se combater a afirmativa muitas vezes divulgada de que juízes e tribunais integram o entendido Poder Judiciário e, quando exercem a jurisdição, sob delegação do Estado, o fazem na qualidade de órgãos da sua

---

<sup>7</sup> BULOS, Uadi L. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. Acesso em: 12 out. 2024.

<sup>8</sup> DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Del Rey. Edição do Kindle. p. 36-37.

soberania, como se o erroneamente nominado Poder Judiciário pudesse ser considerado um poder estanque do Estado e o exercício da atividade jurisdicional um dos privilégios da soberania. Não existe órgão estatal soberano.

O Estado é que detém a soberania, em nome do povo, sua comunidade política. E o exercício do poder pelo Estado é limitado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que integram seu ordenamento jurídico, legitimado e definido pelo intransigente respeito aos direitos e garantias fundamentais, uma das importantes marcas do Estado Democrático de Direito.

Constatando-se a preferência pela nomenclatura das funções do Estado, não se destoa da conclusão de que a harmônica independência entre elas também é prevista pelo poder constituinte originário. Em verdade, a indivisibilidade do Estado apenas reforça a necessidade de sintonia entre as diferentes funções, de tal sorte que, independentemente do órgão estatal a exercê-la de maneira constante ou atípica, deve-se a manutenção ao equilíbrio executivo, judiciário e legislativo.

O princípio da individualização da pena deve ser aplicado sob a égide da separação harmônica entre tais funções estatais. Desde o debate legislativo, passando pela individualização no caso concreto e até o momento da fiscalização da execução penal, as vertentes devem atuar em sintonia.

Rompe-se o pacto federativo quando a função legislativa não permite a análise técnica da individualização pela função judiciária. Foi o que ocorreu, exemplificadamente, com a redação originária do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da CF/1988, e determina outras providências. Dali, emanou-se a norma de cumprimento integral da pena no regime fechado ao indivíduo condenado por crime de tal natureza. O STF, ao se deparar com a temática, arrematou que a previsão legislativa fere o princípio da individualização da pena, por não possibilitar a efetiva análise pelo Estado-Juiz durante a vertente judicial e executiva:

**PENA — REGIME DE CUMPRIMENTO — PROGRESSÃO — RAZÃO DE SER.** A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso, que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. **PENA — CRIMES HEDIONDOS — REGIME DE CUMPRIMENTO — PROGRESSÃO — ÓBICE — ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990 — INCONSTITUCIONALIDADE — EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena — art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal — a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da**

**individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990.<sup>9</sup>**

Não por outro motivo, editou o órgão guardião da constituição o Enunciado n. 26 de sua Súmula de Jurisprudência Vinculante, estampando que para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do dispositivo em estudo, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Noutra senda, a função judicial da individualização da pena deve respeito ao exercício da função legislativa posta. Neste ponto, como exemplo de conduta desarmônica, tem-se o interessante debate acerca da aplicação da pena aquém do mínimo legal na segunda fase dosimétrica ante a presença de circunstância atenuante da confissão, cujo aprofundamento do estudo será realizado adiante<sup>10</sup>.

Por fim, exemplificando o desrespeito pela vertente executiva, soa necessária a análise da possibilidade de remissão pelo estudo pelo indivíduo condenado que obtém êxito na aprovação do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) ou do Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA), mesmo concluído o ensino médio antes do ingresso no sistema prisional.

O instituo encontra respaldo no art. 126 da Lei de Execução Penal, bem como na Resolução nº 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça (quanto a tal resolução, tem-se um verdadeiro exercício de função normativa atípica por parte de órgão judiciário), que prevê no seu art. 3º, parágrafo único, premiação ao reeducando que lograr êxito na graduação no ensino médio durante o curso da execução penal. Claramente, o espírito normativo é incentivar com o abatimento do tempo remanescente de cumprimento de pena aquele que, por meio de seus esforços, consegue obter nível de escolaridade novo no curso da execução penal (verdadeira homenagem à função reeducativa da pena).

---

<sup>9</sup> Grifos acrescentados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário de Justiça, Brasília, 1º set. 2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>> . Acesso em: 12 out. 2024.

<sup>10</sup> Vide, neste capítulo, o tópico 2.2.2.1 A não superação do Enunciado n. 231 da Súmula de Jurisprudência dominante Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que se iniciou uma corrida dos indivíduos que já possuíam tal grau de escolaridade para a realização anual dos exames, no condão de ver a pena reduzida. Daí, viu-se uma deturpação do espírito normativo. Não raro, os juízes da execução penal consideravam que o esforço individual deveria ser levado em consideração, de tal sorte a autorizar o abatimento. O Ministério Público, no exercício de sua função de fiscal do ordenamento jurídico na fase executória, questionou tal argumentação, exatamente impugnando o desrespeito ao espírito normativo de incentivo à conclusão do ensino médio. Chamada a pacificar o assunto, emanou-se da jurisprudência nacional:

(...) I. CASO EM EXAME

1. Recurso interposto contra decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais que indeferiu pedido de remição de pena por aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM/2023).

2. A decisão recorrida fundamentou-se na ocorrência de duplicidade de benefício (bis in idem), em razão de homologação anterior da remição para o mesmo nível educacional (Ensino Médio) pela aprovação no ENCCEJA/2022.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

3. Saber se a homologação prévia da remição de pena por aprovação no ENCCEJA impede a concessão de nova remição com base em aprovação no ENEM, considerando que ambos os exames certificam o mesmo nível de escolaridade.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Nos termos do art. 126 da Lei de Execução Penal e da Resolução n. 391/2021 do CNJ, a remição de pena por estudo é assegurada para atividades educacionais que representem efetivo avanço nos níveis de escolaridade.

5. O Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais estaduais têm jurisprudência consolidada no sentido de que a concessão de nova remição para o mesmo nível educacional, ainda que baseada em exames diferentes, configura duplicidade de benefício (bis in idem), inviabilizando a pretensão recursal. No caso em tela o requerente pleiteia remição em duplicidade pela aprovação do ensino médio no ENCCEJA/2022 (já homologado) e no ENEM/2023.

**6. A aprovação no ENEM, que certifica o mesmo nível de escolaridade já homologado via ENCCEJA, não evidencia evolução acadêmica apta a justificar nova remição.<sup>11</sup>**

<sup>11</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Acórdão 1965488, **0752482-72.2024.8.07.0000**. Relator: CRUZ MACEDO. Brasília, 06 fev., 2025. Disponível em: <<https://jurisdf.tjdft.jus.br/acordaos/1965488/inteiro-teor/0d03bc7b-71d9-49a1-9463-c3f44a0548bb>>. Acesso em: 05 mar. 2025.



AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - RECURSO DEFENSIVO - REMIÇÃO DA PENA PELA APROVAÇÃO NO ENEM - INVIABILIDADE - REEDUCANDO JÁ HAVIA CONCLUÍDO O ENSINO MÉDIO EM DATA ANTERIOR - RECURSO DESPROVIDO.

- Conforme dispõe a Resolução nº 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 3º, parágrafo único, o reeducando que obtiver, estudando por conta própria, aprovação no ensino médio ou fundamental, através do ENEM ou ENCCEJA, faz jus à remição de pena.

- Se o apenado já havia concluído o ensino médio em momento anterior, a aprovação no ENEM não pode servir como causa para remição de pena, por não enquadramento na hipótese legal.<sup>12</sup>

1. O art. 126 da LEP prevê a remição pelo estudo como uma via para incentivar o reeducando a enriquecer culturalmente, contribuindo para sua ressocialização, assim, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 44/2013 – posteriormente substituída pela Resolução nº 391/2023 -, estabelece a possibilidade de remição para a pessoa privada de liberdade, que por conta própria e que venha a ser aprovada nos exames que certifiquem a conclusão do ensino fundamental ou médio (ENCCEJA e outros) e aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). **No presente caso, tratando-se de reeducando portador de diploma de curso superior (bacharelado em direito), o qual foi concluído antes mesmo de ingressar no sistema prisional, não é cabível a remição pela aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), pois não houve a aquisição de novos conhecimentos para fomentar sua reintegração social.**<sup>13</sup>

A atuação destes três alicerces deve se dar de maneira harmônica e respeitando a margem de desenvolvimento da fixação da pena em cada uma das etapas. É dizer: o princípio da separação harmônica entre os Poderes (ou funções estatais) encontra significativa aplicação na individualização da pena. Com essa premissa, resta o aprofundamento em cada uma das vertentes que acompanham a previsão da sanção penal, sua concretização processual e o seu cumprimento na fase executória.

### **2.1.1 A vertente legislativa**

O princípio da legalidade é tratado por Cesare Beccaria principalmente no Capítulo III de Dos Delitos e das Penas. Com o nome de "Consequências desses

<sup>12</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Execução Penal **1.0231.16.025520-5/002**. Relator: Des. Haroldo André Toscano de Oliveira (JD Convocado). Belo Horizonte, 10 jun., 2024. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=37&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=encceja%20ensino%20m%E9dio%20conclu%EDdo&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20upa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 05 mar. 2025.

<sup>13</sup> Grifos acrescidos. MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Agravo de Execução Penal: **1008014-36.2024.8.11.0000**. Relator: MARCOS REGENOLD FERNANDES. Cuiabá, 16 abr., 2024. Disponível em: <<https://hellsgate-preview.tjmt.jus.br/jurisprudencia/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=211322171&colegiado=Segunda&origem=PJe&token=3u35s547H0twxVuT>>. Acesso em: 13 out. 2024.

princípios", o autor discute de maneira clara a necessidade de que as leis sejam previamente estabelecidas pelo legislador e que ninguém possa ser punido sem que haja uma lei anterior que defina a conduta como crime.

Destaca que "somente as leis podem decretar as penas aos delitos", atribuindo que tal autoridade pertence exclusivamente ao legislador, representando a vontade coletiva da sociedade, e não ao juiz, que deve apenas aplicar a lei e não interpretá-la de maneira subjetiva. Desmistificando a teia que une os indivíduos em sociedade, arremata:

A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social.

A segunda consequência é que o soberano, que representa a própria sociedade, só pode fazer leis gerais, às quais todos devem submeter-se; não lhe compete, porém, julgar se alguém violou essas leis.<sup>14</sup>

O princípio apontado pelo doutrinador foi consagrado no art. 5º, inciso XXXIX<sup>15</sup>, da CF/1988, bem como no artigo inaugural do Código Penal<sup>16</sup>. Portanto, não há falar em individualização da pena sem a atuação da função legislativa do Estado. O próprio constituinte originário criou mandados constitucionais de criminalização, como a previsão do inciso XLIII do art. 5º, em que remete ao legislador a necessidade de elencar como crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Ocorre que sem a previsão da conduta e da pena, após o devido processo legislativo, não há falar em hipótese de aplicação da sanção (*rectius*, individualização da pena pela vertente judiciária) mesmo com a previsão constitucional. E aqui se tem uma vez mais explicitada a necessidade de harmonia e sintonia entre princípios e regras, traduzindo que o ordenamento jurídico calcado tão somente na gama principiológica traz consigo uma inevitável carga de insegurança<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> BECCARIA, Cesare Bonsana. **Dos Delitos e das Penas**. Edição do Kindle. Ed. Ridendo Castigat Moraes. p. 136-137.

<sup>15</sup> Art. 5º. (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

<sup>16</sup> Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

<sup>17</sup> Vide o tópico anterior 2.1 Princípio ou regra?

A roupagem Constitucional brasileira, já no art. 22, inciso I, define que a competência legislativa para a matéria de Direito Penal é da União. Daí, afasta-se a conclusão de que os Estados e Municípios exerçam função legiferante sobre o tema.

O processo legislativo é o adstrito às leis ordinárias, conforme previsto nos artigos 61 a 69 da CF/1988. A iniciativa pode partir de diversas autoridades, como membros do Congresso Nacional, o Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e o Procurador-Geral da República. Além disso, a iniciativa popular também é um mecanismo previsto na Constituição, permitindo que a população participe diretamente do processo legislativo.

Uma vez apresentado o projeto de lei, se iniciado na Câmara dos Deputados, ali é discutido. Se aprovado, segue para o Senado Federal, onde passará por nova discussão e votação. Caso o Senado aprove o projeto sem alterações, ele é encaminhado para sanção presidencial. No entanto, se o Senado vier a operar alterações, retorna à Câmara dos Deputados para análise. O Presidente da República tem a prerrogativa de sancionar o projeto, tornando-o lei, ou vetá-lo, total ou parcialmente. Se o veto for parcial, apenas as partes vetadas retornam ao Congresso Nacional para nova apreciação.

Após a sanção presidencial ou a derrubada do veto pelo Congresso Nacional, a lei é promulgada pelo Presidente do Senado Federal e publicada no Diário Oficial da União. A aprovação de um projeto de lei ordinária, em qualquer matéria, se dá por maioria simples dos votos, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal.

A **tipificação** de uma conduta como crime e a pena a ser aplicada, portanto, revelam uma verdadeira **necessidade do funcionamento da democracia indireta**, também conhecida como democracia representativa, entendida como o sistema político em que os cidadãos não participam diretamente da tomada de decisões governamentais. Em vez disso, elegem representantes para tomar essas decisões em seu nome. Esse tipo de democracia é contrastado com a democracia direta, na qual os cidadãos participam diretamente das decisões políticas, votando em leis e questões importantes de maneira direta, sem intermediários.

Impossível, contextualmente, a individualização da pena por costume, analogia ou na livre convicção desmotivada do órgão judicial. Não se desconhece, contudo, que a função judiciária, pela via do controle de constitucionalidade ou convencionalidade, poderá (*rectius*, deverá) afastar a validade de leis editadas que

contrariam as normas constitucionais (como no caso do regime integral fechado para crimes hediondo, como já analisado).

Ainda quanto à competência exclusiva da União para a criação de leis penais, sublinha-se o disposto no parágrafo único do art. 22 da CF/1988, apontando que, por meio de Lei Complementar, ter-se-ia a possibilidade de delegação da competência legislativa aos Estados para a normatização de **questões específicas**. Aqui, paira a controvérsia se tal delegação deve ocorrer de maneira uniforme entre os demais entes federativos ou se pode ser individualizada. Sobre a dicotomia, alerta a doutrina<sup>18</sup>:

Neste ponto a doutrina não é unânime. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários, cit., p.180) afirma ser possível a delegação a Estado ou Estados determinados. Já Alexandre de Moraes (Constituição do Brasil interpretada, cit., p.681), na consideração da vedação constitucional à criação de preferências dos entes federativos entre si, entende que a União somente poderá delegar pontos específicos de sua competência a todos os Estados, o mesmo sustentando Anna Candida da Cunha Ferraz (União, Estados e Municípios na nova Constituição: enfoque jurídico formal. A nova Constituição paulista. São Paulo: Fundação Faria Lima/Fundação de Desenvolvimento Administrativo, 1989, p. 71).

Até hoje não houve a edição da Lei Complementar delegatória nos termos em estudo. Mas é justamente na possibilidade de delegação da individualização da pena que reside projeto de lei merecedor de uma análise mais aprofundada.

#### *2.1.1.1 O Projeto de Lei Complementar n. 215 de 2019 – uma (im)possível transferência da individualização da pena aos Estados e Distrito Federal.*

O Projeto de Lei Complementar n. 215 de 2019, proposto pelo Deputado Federal Lucas Redecker, é digno de atenção. Afirma que a distribuição da autoridade legislativa sobre crimes poderia atender melhor às particularidades regionais e locais. O escopo, então, é autorizar aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre questões específicas de Direito Penal e Direito Processual Penal.

---

<sup>18</sup> ALMEIDA, Ferananda Dias Menezes de. Comentários ao art. 22, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 747.

Eis a íntegra da proposta:

Art. 1º. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados, nos termos do art. 22, parágrafo único, da Constituição Federal, a tipificar condutas como crime ou contravenção, cominando as respectivas penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos, nas seguintes hipóteses:

- I - crimes contra a vida;
- II - crimes contra a pessoa;
- III - crimes contra o patrimônio;
- IV - crimes contra a liberdade sexual;
- V - crimes contra a Administração Pública estadual;
- VI - crimes contra a Administração Pública municipal;
- VII - tráfico ilícito de substâncias entorpecentes;
- VIII - comércio, posse, transporte e utilização de arma de fogo e respectiva munição.

§ 1º. A autorização de que trata este artigo não inclui:

- I - tipificar condutas como crime hediondo;
- II - crimes eleitorais;
- III - crimes militares.

§ 2º. A legislação penal estadual obedecerá ao disposto no art. 75 do Código Penal.

Art. 2º. Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a legislar sobre questões processuais penais relativas aos delitos enumerados no art. 1º.

Parágrafo único. A autorização de que trata este artigo não inclui:

- I - legislação sobre recursos para o Supremo Tribunal Federal ou Tribunais Superiores;
- II - processo penal eleitoral;
- III - processo penal militar.

Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação. <sup>19</sup>.

A justificativa do projeto de lei, que sugere que os Estados e o Distrito Federal tenham o poder de estabelecer seus próprios tipos penais, viola o princípio de uniformidade e promove uma ruptura no sistema federal com consequências graves. A previsão de crimes locais permitiria que uma ação fosse considerada criminosa em um estado específico em vez de outro, criando um mosaico legislativo apto a ferir de morte a segurança jurídica.

À primeira vista pragmática, no entanto, essa premissa esbarra em importantes entraves constitucionais, principalmente no que diz respeito à ruptura do sistema federativo e à impossibilidade de atribuir competência penal a entidades subnacionais.

O equilíbrio de competências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios no Brasil é o fundamento do sistema federativo estabelecido

<sup>19</sup> Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020190921001690000.PDF#page=19>>. Acesso em 11/09/2024.

na CF/1988. A fim de manter esse equilíbrio, os entes federativos têm atribuições claramente estabelecidas. Isso evita que um ente extrapole seus poderes ou invada a esfera de competência de outro. O objetivo da competência privativa da União no que diz respeito à legislação penal é garantir que o poder punitivo do Estado seja exercido uniformemente em todo o país.

Além do mais, tal projeto de lei, invariavelmente, acaba por afrontar uma das vedações constitucionais protetoras do pacto federativo, cunhada no art. 19, inciso III, da CF/1988<sup>20</sup>. Obviamente, a modificação do tratamento penal tão somente quanto ao aspecto geográfico resvala na distinção vedada. Enaltecendo o conflito com o princípio federativo da isonomia, emana da doutrina:

A última vedação expressa prevista no art. 19, III, da CF, tem outra finalidade, estando vinculada à preservação da integridade e do equilíbrio federativo, mediante **a garantia do tratamento isonômico tanto dos cidadãos brasileiros quanto dos entes federativos entre si**. De acordo com a dicção do texto do dispositivo referido, é vedado às unidades da Federação “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”. A primeira parte da vedação, que proíbe distinções entre os brasileiros, significa que a nenhum dos entes da Federação é facultada a possibilidade de criar vantagens (ou encargos) em favor apenas dos que nasceram ou residem em seu território ou mesmo beneficiar os que são oriundos de outros e determinados Estados-membros ou Municípios. **Assim, como bem explicita José Afonso da Silva, “a União não poderá beneficiar ou prejudicar filhos de uns Estados ou Municípios ou do Distrito Federal mais do que filhos de outros. Tampouco os Municípios poderão fazê-lo. O ato discriminativo será nulo e a autoridade responsável por ele poderá incidir no crime previsto no art. 5.º, XLI”.**<sup>21</sup>

O projeto de lei que dá aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar sobre crimes locais viola essa harmonia federativa. Existe a possibilidade de que a descentralização resulte na formação de padrões penais que reflitam mais as diferenças políticas e ideológicas de cada região do que um consenso nacional sobre o que é considerado crime. Isso levaria a um sistema penal desigual. A gravidade de certas condutas e as penas associadas a elas variariam dependendo do local do crime.

O argumento de que o indigitado parágrafo único autorizaria a nova roupagem normativa por meio de Lei Complementar refuta a própria norma do inciso I. Vale dizer, a abertura para cooperação federativa de forma alguma autoriza o

<sup>20</sup> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

<sup>21</sup> Grifos acrescentados. MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.436.

desrespeito à competência privativa da União. Como já se viu, quis o constituinte originário a delegação de questões específicas, e não a transferência da competência penal em crimes de grande relevância, cujo debate legislativo há de ser travado em nível federal.

Para além de afronta ao princípio da isonomia, há sérias violações ao constitucional princípio da individualização da pena. O estabelecimento de um sistema de penas que permita essa individualização é crucial na esfera legislativa. A justiça penal, que deve ser proporcional e adequada aos delitos cometidos, é comprometida quando o legislador, seja ele federal ou estadual, imponha penas fixas e inflexíveis ou determine penas sem a possibilidade de ajuste pelo juiz de acordo com as circunstâncias do caso. A descentralização legislativa sugerida pelo projeto de lei pode aumentar essa rigidez, pois cada estado poderia legislar sem seguir as diretrizes e princípios constitucionais do país, resultando em disparidades injustificáveis na aplicação das penas.

Assim, a ideia de dar aos Estados e ao Distrito Federal a capacidade de legislar sobre Direito Penal viola a competência privativa da União e compromete a individualização da pena.

Como resultado, é evidente que o projeto de lei em questão viola a competência privativa da União para legislar sobre Direito Penal, além de ferir de morte o princípio da individualização da pena. A pulverização legislativa, no ponto, padece de sérios e insanáveis vícios de inconstitucionalidade.

### **2.2.2 A vertente judicial**

É exatamente nesta vertente que repousa a pedra de toque central do trabalho em mãos. O que se entenderá pela política ou cultura da pena mínima encontra no momento de concretização da pena pelo Estado-Juiz o epicentro da crítica científica. A tecnologia jurídica não permite a aplicação da pena individualizada afastada das nuances do caso concreto, o que é verificado quando por razões alheias ao ordenamento jurídico pátrio se opta pela pena dócil, entendida aquela como aquela mínima prevista pela vertente legislativa. Por uma questão didática, contudo, o desenvolvimento aprofundado do estudo dar-se-á em capítulo específico<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Vide Capítulo 4. A cultura ou política da pena mínima.

A CF/1988 elenca o devido processo penal constitucional em diversas passagens. Dentre elas, destaca-se a vedação da privação de liberdade ou dos bens individuais sem a existência de processo prévio (art. 5º, inciso LIV), a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), o princípio do estado de inocência, pelo qual o status de condenado só existirá com o advento do trânsito em julgado formal e material da sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII), e a regra constitucional de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inciso IX). Ao Estado-Juiz é vedada a aplicação da pena sem a observância da amálgama das mencionadas regras e princípios constitucionais.

No campo infraconstitucional, a sistemática da dosimetria da pena encontra no Título V do CP, Capítulo III, os principais eixos normativos para a quantificação da pena prevista pelo legislador no caso concreto. É o que se consolidou na doutrina e na jurisprudência com a nomenclatura de método trifásico de aplicação da pena. Também conhecido como método de Nélson Hungria, ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1951 e 1961 e um dos revisores do anteprojeto do Código Penal de 1940. O então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, ao elaborar a exposição de motivos do Código Penal, enalteceu o método de aplicação de pena desenvolvido, permitindo-se, dentre outras possibilidades, a ampla discussão do acerto da pena aplicada pelo juízo de primeiro grau de jurisdição em sede recursal:

51. 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<sup>23</sup>.

Decorridos mais de 80 anos da promulgação do Decreto-Lei nº 2.848/1940, o método ainda é o utilizado no cotidiano forense, o que revela, no mínimo, a segurança jurídica quanto à adequação técnica de sua aplicação. Dada a sua

<sup>23</sup> Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 19/10/2024.



extensão e necessidade de compreensão para conflito com a cultura da pena mínima, a dosimetria trifásica receberá o estudo detalhado no segundo capítulo desta obra.

Como destacado em linhas pretéritas, a regra da convicção motivada do Estado-Juiz para a concretização da pena, após o devido processo penal, deve obediência aos parâmetros delineados pela função legislativa, quando do desenvolvimento da individualização da pena na sua primeira vertente.

No ano de 2024, o STJ elegeu a individualização da pena como um dos principais temas a serem pacificado na sua função de unificação interpretativa do Direito federal infraconstitucional. Dadas a contemporaneidade da discussão e a afinidade com o estudo da harmonia entre as três vertentes para aplicação da sanção penal, mister o aprofundamento.

#### *2.2.2.1 A não superação do Enunciado n. 231 da Súmula de Jurisprudência dominante Superior Tribunal de Justiça*

Em pauta, por ocasião do Recurso Especial nº 2057181/SE, discutiu-se a possibilidade de superação do enunciado n. 231 da Súmula de jurisprudência do STJ. Eis sua redação: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”<sup>24</sup>.

Sob a ótica do artigo 65 do CP, além de outros institutos despenalizadores impressos no ordenamento jurídico pátrio (v.g. acordo de não persecução penal, colaboração premiada), questiona-se se a orientação sumular revela afronta ao princípio da individualização da pena e da legalidade.

Vozes encamparam a inexorável necessidade de revisão do posicionamento (*overruling*)<sup>25</sup>. Convocou-se audiência pública para discussão da temática (em 17 de maio de 2023).

Por necessário, eis o texto nodal a ser interpretado:

Código Penal  
Circunstâncias atenuantes  
Art. 65 - São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena:

<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 231. Diário de Justiça, Brasília, 22 set. 1999. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_17\\_capSumula231.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2025.

<sup>25</sup> Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-abr-28/munize-rocha-tese-158-stf-sumula-231-stj/>>. Acesso em 19/10/2024

(Grifos acrescentados)

As teses favoráveis à revisão do enunciado possuem uma característica comum: a preferência pela interpretação gramatical do vocábulo **sempre**. Havendo circunstância atenuante na segunda fase dosimétrica de Hungria, mesmo com a pena base fixada em seu mínimo patamar, a redução seria de rigor.

Chancelar tal linha de raciocínio é mitigar o papel do Poder Legislativo no constitucional princípio da individualização da pena, que recebeu especial atenção do poder constituinte originário, como já destacado.

A individualização da pena tem sua gênese já na discussão legislativa, quando da eleição dos parâmetros mínimos e máximos. Vale dizer, sem prévia aprovação da lei, seguindo-se o devido processo legislativo constitucional, não há sequer cogitar da aplicação da pena. Logo, as demais fases desenvolvidas (judicial e judicial executória) são balizadas pela atuação legiferante.

Nesse contexto, indaga-se: a isolada interpretação da palavra **sempre** tem o condão de mitigar a limitação mínima da pena (individualização da pena) na fase judicial? A resposta negativa é a única a se coadunar com o princípio da *vox populi* (verdadeiro exercício da representatividade democrática no momento da tipificação penal). Não é demais lembrar que o **princípio da proporcionalidade** também é protagonista na discussão legislativa, servindo de norte também para a eleição da sanção mínima.

Outro reflexo da interpretação gramatical isolada é se descuidar da real percepção da técnica legislativa empreendida.

Numa análise histórica, vê-se que o artigo 59 do Código Penal de 1969 (que sequer teve sua vigência avivada) traduzia a necessidade de observância do intervalo legal:

Art. 59. Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, **guardados os limites da pena cominada ao crime**.  
(Grifos acrescentados).

Aliás, tal linha de entendimento já foi adotada pelo Tribunal da Cidadania por ocasião do Tema Repetitivo n. 190, em que se cunhou a seguinte tese<sup>26</sup>:

<sup>26</sup> Disponível em <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temasrepetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=190&cod\\_tema\\_final=190](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temasrepetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=190&cod_tema_final=190)>. Acesso em 03 mar. 2025.

O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.

Na norma vigente, não se descuidava que o vocábulo **sempre** também foi empreendido na tratativa das circunstâncias agravantes:

### Circunstâncias agravantes

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

Ao se valer da limitação da aplicação da pena máxima na segunda fase dosimétrica, doutrina e jurisprudência invocam justamente o princípio da legalidade (pena máxima cominada) sob o viés do paradigma adotado pelo legislador ordinário. Ao juiz, pois, não é dado o poder decisório de fixação da pena para além do legislado. Nem mesmo a utilização de idêntica expressão (**sempre**) autoriza uma interpretação gramatical em sentido contrário. E assim também deve ser feito em relação à pena mínima.

O rompimento da barreira interpretativa advinda da superação do enunciado sumular acabaria, invariavelmente, por reverberar na edição de novas normas penais. É que o legislador ordinário, no contexto da separação harmônica entre as funções estatais, ao indicar a existência de uma sanção mínima, espera (e merece) respeito à lei editada. Tal expectativa se dá desde da edição da CF/1988 (e até mesmo anteriormente). Com isso não se está a afastar a hipótese de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Sabedor da hipótese de pena concreta aquém do mínimo legal já na segunda fase e num contexto de hiperinflação de leis penais incriminadoras, o legislador ficará tentado a adotar a técnica de aumento significativo da pena mínima e a redução do intervalo de aplicação da pena. No quadro emoldurado, ter-se-ia um efeito colateral ao princípio da intervenção mínima e da *ultima ratio*.

Para além da mitigação da função legislativa na individualização da pena, tem-se que o rompimento da orientação sumulada trará incertezas de ordens práticas. No ordenamento jurídico pátrio, a pena mínima é utilizada como critério legal para o desenvolvimento de diversos institutos.

Cita-se:

Suspensão condicional do Processo

Lei n. 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a **pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano**, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal);

Acordo de Não Persecução Penal

Código de Processo Penal:

**Art. 28-A.** Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e **com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos**, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Grifos acrescidos)

As indigitadas medidas despenalizadoras dependem **genuinamente** da pena mínima para a aplicação. Ocorre que a superação do enunciado acabaria por dar gênese a um questionamento: após a cognição ampla, profunda e exauriente e o advento da sentença penal condenatória, valendo-se da aplicação da pena abaixo do mínimo legal, teria o acusado (*rectius*, condenado) o direito adquirido ao fornecimento da medida despenalizadora (desde que preenchidos os demais requisitos legais, obviamente)?

A situação é deveras semelhante ao que acontece quando há a desclassificação do crime ou parcial procedência da pretensão punitiva, pontuando-se o consolidado entendimento jurisprudencial:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO EM SEGUNDO GRAU PARA POSSE DE ARMA DE USO PERMITIDO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SÚMULA 337/STJ. SANÇÃO CORPORAL SUBSTITUÍDA POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 77, III, DO CP. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE SURSIS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Conforme a dicção da **Súmula/STJ 337, "é cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva"**. Diante disso, deve ser aberto prazo para o Ministério Público, a fim de que verifique a possibilidade de oferecimento dos

benefícios previstos na Lei n. 9.099/1995, não cabendo ao julgador tal análise, uma vez que trata de prerrogativa do órgão ministerial.<sup>27</sup>

O legislador, ao imprimir a pena mínima, tem o afã justamente da escolha da aplicação ou não de certas medidas despenalizadoras. Romper a barreira com a permissão da dosimetria abaixo do mínimo legal na segunda fase é desrespeitar a *mens legislatoris* e a *mens legis*. Dar-se-á margem para a aplicação destes institutos em casos não almejados quando da gênese normativa.

E valer-se da argumentação de que as medidas dizem respeito tão somente a penas cominadas é orientar-se por uma interpretação seletiva e ocasional: “devo respeitar o limite mínimo para a aplicação dos institutos despenalizadores, mas não para a aplicação da sanção penal propriamente dita”.

Além disso, outros institutos encontram na pena mínima sua existência **não genuína**, mas **são por ela diretamente influenciados**. Exemplificadamente:

#### Código Penal

##### Penas restritivas de direito

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade **não superior a quatro anos** e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;  
(...)

##### Requisitos da suspensão da pena

Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, **não superior a 2 (dois) anos**, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:  
(Grifos acrescidos)

A mensagem legislativa no momento da individualização da pena mínima em abstrato é hialina: em determinados crimes, institutos certos institutos despenalizadores são inaplicáveis.

Quanto à existência de circunstância especial de diminuição de pena para aquém do mínimo cominado, o assunto é inserido contextualmente no debate legislativo. Ou seja, ao legislador é dada a previsibilidade da hipótese, refletindo, inclusive, na aplicação dos institutos que, genuinamente ou não, dependam da pena

<sup>27</sup> Grifos acrescidos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 455560 MG 2018/0151723-3. Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS. Brasília, 18 ago., 2020. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201801517233&dt\\_publicacao=24/08/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801517233&dt_publicacao=24/08/2020)>. Acesso em: 05 mar. 2025.

mínima. O mesmo não acontece com a fixação da pena na segunda fase da dosimetria judicial. Logo, ***são situações que não podem ser equiparáveis por meio da interpretação analógica.***

No julgamento das ADPFs 964, 965, 966 e 967 pelo Supremo Tribunal Federal discute-se a nulidade do decreto presidencial que concedeu indulto ao ex-deputado federal Daniel Silveira, condenado pela Corte à pena de 8 anos e 9 meses pelos crimes de ameaça ao Estado Democrático de Direito e coação no curso do processo.

A Ministra Presidente e Relatora Rosa Maria Pires Weber, ao bater pela inconstitucionalidade do ato administrativo, destacou em seu voto proferido em 03 de maio de 2024:

Não se pode aceitar a instrumentalização do Estado, de suas instituições e de seus agentes para, de modo ilícito e imoral, obter benefícios de índole pessoais, sob pena de subversão dos postulados mais básicos do Estado de Direito.

(...)

Atribuir **aos demais poderes competência para revisar ou desconstituir os atos decisórios dessa casa significa, ao meu juízo, tornar sem eficácia prática suas deliberações, em nítida subversão da ordem constitucional**<sup>28</sup>.

Fora das hipóteses de patente inconstitucionalidade, a não obediência aos parâmetros legais na aplicação da sanção penal (tal qual ocorre com a observação da pena mínima), é adentrar num pantanoso terreno hermenêutico apto a abalar a separação harmônica das funções do Estado Brasileiro, tornando sem eficácia a função legislativa da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da CF/1988).

Retomando a atenção ao tema levado ao STJ, o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz concluiu que a incidência da circunstância atenuante pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, com o consequente cancelamento do enunciado sumular em foco.

Prevaleceu, contudo, o voto-vista do Ministro Messod Azulay Neto, fincando-se as seguintes teses:

1. A incidência de circunstância atenuante não pode reduzir a pena abaixo do mínimo legal, conforme o entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal no Tema 158 da repercussão geral. 2. O Superior Tribunal de Justiça

---

<sup>28</sup> Grifos acrescidos. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mai-03/rosa-weber-indulto-daniel-silveira-inconstitucional>>. Acesso em 02 out. 2024.

não possui competência para revisar precedentes vinculantes fixados pelo Supremo Tribunal Federal. 3. A circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Na oportunidade, assim fundamentou:

Na dimensão judicial, não se discute que a discricionariedade do magistrado para aplicar a pena não é ilimitada ou absoluta. A legalidade estrita, inserta no plano legal, impõe as balizas e limita, de forma democrática e republicana, o poder de punir do Estado. Ao prever um crime, por meio de lei, o legislador estabelece a conduta, valora a gravidade, e prevê a pena máxima e mínima que o tipo deverá admitir. Além disso, também, prescreve causas excepcionais, igualmente, constantes do tipo instituído, que podem aumentar ou diminuir os limites previstos. **E cabe o Judiciário, em respeito à separação de poderes, atenção às condições impostas pelo Legislativo.**

O Código Penal adotou, para a individualização da pena, na fase judicial, o método trifásico. Nos termos do art. 68, do CP, a dosimetria possui três fases distintas: na primeira, da pena-base, são valoradas as circunstâncias judiciais do critério do art. 59, do CP; na segunda, da pena provisória, são avaliadas circunstâncias agravantes e atenuantes; e, por fim, na terceira fase, da pena definitiva, são aplicadas causas de aumento e diminuição.<sup>29</sup>

Viu-se, então, o respeito à separação harmônica entre as funções legislativa e judiciária, em estrita homenagem ao previamente disposto pelo legislador infraconstitucional.

### **2.2.3 A vertente da execução penal**

Tipificado o delito e cominada a pena, quantificada a sanção penal por força da sentença penal condenatória tocada pelo manto da imutabilidade da coisa julgada, resta a atuação da terceira fase do princípio da individualização, qual seja, a execução penal.

Há um debate robusto sobre a natureza da vertente em estudo. De um lado, autores como Sabatini<sup>30</sup> e outros da doutrina italiana sustentam que a execução penal é uma atividade de natureza administrativa, e não jurisdicional. Por outro ângulo, alguns autores, especialmente da escola alemã, defendem a jurisdicionalidade da execução penal. A posição majoritária entre os italianos, contudo, afirma que a

<sup>29</sup> Grifos acrescidos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2.057.181/SE. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator para acórdão Ministro Messod Azulay Neto. Brasília, 14 ago., 2024. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203109810&dt\\_publicacao=18/09/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203109810&dt_publicacao=18/09/2024)>. Acesso em: 05 mar. 2025.

<sup>30</sup> SABATINI. *Istituzioni di diritto penale*. 4. ed. Catania: Casa del Libro, 1946. v. 2. p. 193.

execução é essencialmente uma atividade administrativa que ocorre após a sentença judicial.<sup>31</sup>

Não se desconhece que a função estatal executiva exerce imprescindível função administrativa no curso da execução penal. À União e aos Estados da federação incumbe o dever de estruturação dos estabelecimentos adequados para a concretização do título executivo penal.

A despeito da discussão doutrinária alienígena sobre a natureza jurídica da execução penal, neste derradeiro momento da individualização da pena, o Estado-Juiz se faz presente. É o que se conclui da leitura da Lei n. 7.210/1984, também denominada Lei de Execução Penal, inexistindo dúvidas acerca da jurisdicionalidade do cumprimento da pena. Tal norma conferiu aos órgãos judiciários a competência integral para conduzir o processo de execução, anteriormente delegado ao Executivo, incluindo a previsão de recurso próprio ao juiz competente para resolver questões emergentes da execução penal. No entanto, destaca-se a relevância da participação dos órgãos administrativos, que mantêm certa autonomia em atos como a remoção de presos dentro do mesmo estado e a permissão para o trabalho externo, o que faz com que a atividade seja classificada como mista:

Esta é a essência da afirmação de Ada Pellegrini Grinover, sempre citada pelos escritores da matéria, ao escrever que a execução penal desenvolve o entrosamento dos planos jurisdicional e administrativo, mas cada qual mantém sua atividade cabendo ao executivo e ao direito administrativo a aplicação concreta da pena, e ao judiciário e ao direito processual a efetivação da sanção penal, por meio de um verdadeiro processo de execução (Grinover; Busana. Execução penal, p. 7).

Porém, jamais se poderá olvidar que o **cerne da execução deve ser judicial, ou seja, que a orientação, condução e fiscalização devem ser ponderadas e determinadas pelo juiz de direito**, para que se garanta a execução da pena dentro dos ditames de um Estado de Direito.<sup>32</sup>

A realidade do cárcere brasileiro também deve ser levada em conta pelas peculiaridades da segurança pública e do desenvolvimento da Execução Penal Constitucional. Aliás, é notório que o STF, ainda em sede de apreciação de pedido liminar, já declarou o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro:

---

<sup>31</sup> SILVA, Adhemar Raymundo da. **Execução Penal**. Revista Forense, v. 52, n. 160, p. 55 a 59, jul./ago. 1955.

<sup>32</sup> Grifos acrescidos. BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.7.



CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – **ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL** – CONFIGURAÇÃO. **Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.** FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.<sup>33</sup>

Contextualmente, noutra verve, a adequada aplicação da pena, em estrita homenagem às vertentes anteriores (legislativa e judiciária) não pode ser afastada sob o argumento da falência do sistema carcerário.

A uma, porque a adoção da política da pena mínima, de forma alguma, contribuirá para a correção das falhas estruturais na fase executória da pena.

A duas, haja vista que a reforma do sistema carcerário está intimamente ligada à seara do Direito Administrativo e à efetivação de políticas de segurança pública e direitos humanos, não devendo reverberar influências na fase de cognição do processo penal, mormente na dosimetria penal. Concluir de outra maneira, como lecionou o Professor Antônio Carlos da Ponte, é “querer combater a fome com a adoção de política pública de distribuição de pratos e talheres”<sup>34</sup>.

Por fim, é certo que os bens jurídicos lesados pela ação delitiva merecem especial atenção do Estado-Juiz no momento da repreensão, de acordo com cada peculiaridade.

<sup>33</sup> Grifos acrescidos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 MC. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. Brasília, 09 set., 2015. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=3896480&ext=RTF>>. Acesso em: 05 mar. 2025.

<sup>34</sup> Fala do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte na disciplina Fundamentação Constitucional do Direito Penal, Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processual Penal, FESMP/MT, em 23 de setembro de 2022.

Tal qual abordado anteriormente, emana a necessidade da situação prática em que a fase da execução penal venha a desafinar com os anteriores alicerces do princípio da individualização da pena.

### 2.2.3.1 O programa pena justa

Exatamente em razão da declaração do estado de coisa inconstitucional, o STF determinou a criação do plano nacional Pena Justa após a conclusão do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347) em outubro de 2023.

A elaboração desse plano é guiada por princípios discutidos e amadurecidos ao longo de décadas pelos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Ficou evidente que a violação dos direitos dos presos impacta não apenas suas vidas, mas também favorece o surgimento e a expansão de organizações criminosas.

Além disso, a ausência de políticas de cidadania voltadas para essa população aumenta as chances de reincidência. O plano propõe um sistema prisional que contribua para a segurança pública por meio da garantia dos direitos humanos e fundamentais de todos os brasileiros, promovendo um desenvolvimento nacional mais amplo.

O conjunto integrado de ações foi então estruturado nos seguintes eixos: 1) controle de entrada e das vagas; 2) qualidade da ambiência dos serviços e da estrutura; 3) processos de saída da prisão e de reintegração social; 4) políticas de não repetição do estado de coisas inconstitucional.

Pelo Sumário Executivo do plano<sup>35</sup>, é possível verificar algumas nuances:

#### 1.3.8 CRIAÇÃO DA SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS – 2023 ATÉ O MOMENTO PRESENTE

Por força do Decreto n.º 11.348/2023, o Depen foi transformado na Senappen, focada no planejamento e na coordenação das políticas nacionais de serviços penais. Longe de constituir uma alteração meramente formal, a mudança implicou no redimensionamento de serviços e ações que abrangem todo o ciclo de criminalização terciária. Ou seja, a transformação pretendeu incluir como objeto das políticas penais as ações voltadas às incidências na porta de entrada e na porta de saída do sistema penal. **Assim, a modificação estabeleceu a adoção da pena privativa de liberdade como medida excepcional**

<sup>35</sup> Grifos acrescentados. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/pena-justa/plano-pena-justa/sumario-executivo.pdf/@@download/file>>. Acesso em 05 mar. 2025.

**e possibilidade mais gravosa de punição, tal qual previsto pela norma constitucional.**

A criação da Senappen configura importante marco para o avanço das políticas penais e para a profissionalização de serviços e carreiras dedicados a essas políticas, uma vez que passa a representar a preocupação do Estado brasileiro com o ciclo completo da responsabilização e da execução penal, com estrutura institucional voltada à formulação e à coordenação de políticas que vão além da tradicional e hegemônica resposta do encarceramento.

Principalmente por empreender esforços para a questão da estrutura física do cárcere pátrio, o plano merece aplausos. Ainda, em consonância com os ditames constitucionais, a prisão (tanto a preventiva quanto à definitiva) deve ser medida excepcional. Não há que se confundir, contudo, excepcionalidade com o afastamento do instituto quando necessário.

Se, por um lado, o estado de coisas inconstitucional revela a premente necessidade de regularização do sistema carcerário, a ausência de resposta estatal aos crimes (por meio do devido processo constitucional e punição adequada) vem sendo protagonista das condenações do Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>36</sup>. É preciso sinceridade: punição adequada e regularização do sistema carcerário não são tal qual água e óleo. São institutos que merecem a coexistência. Não se deve deixar de punir pela calamidade dos estabelecimentos penais brasileiros, da mesma forma que soa absurdo o contrário: possibilidade de punição mais severa pela adequação e ausência de superlotação do cárcere.

A própria nomenclatura do plano põe por terra a necessidade de atuação harmônica entre as três vertentes da individualização da pena. Confere-se a falsa impressão de que só há justiça penal na fase da execução. Falaciosamente, cria-se um cenário fictício em que há injustiça na cominação (vertente legislativa) e na concretização da sanção ao caso levado ao Judiciário (vertente judicial). Mais adequada a terminologia *Justa Execução*, pois.

Tanto é assim que, não raro, a vertente executória cerra os olhos para toda individualização realizada até então. Exemplifique-se.

#### ***2.2.3.2 O regime inicial de cumprimento de pena e a limitação do juízo da execução penal***

---

<sup>36</sup> Para mais detalhes, vide 2.4 O controle de convencionalidade e a individualização da pena neste capítulo.

Salvo raríssimas exceções (v.g., a inovação legislativa benéfica ao indivíduo), ao juízo da execução penal é vedada a mutação do édito condenatório expedido.

Comumente, a defesa técnica do reeducando<sup>37</sup>, por meio de diversas argumentações, busca o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, numa verdadeira tentativa de modificação da coisa julgada. Ventila a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90 (já analisado em linhas pretéritas) e a quantificação do art. 33, §2º, alíneas “a” e “b”, para a transferência ao regime semiaberto ou aberto. Ocorre que o paradigma de pena para tais regimes indica que o juiz **“poderá”** elegê-las ou não, desde que o faça fundamentadamente.

Ressalta-se que o juízo da execução deve acompanhar o cumprimento da pena, bem como decidir sobre questões atinentes a esta matéria, não tendo competência para reformar a sentença penal condenatória, o que só pode ser feito por meio de recurso cabível. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve ser definida com análise criteriosa das circunstâncias fático-probatória, de modo que o juízo da execução não possui competência para se manifestar acerca dos termos da sentença, diante da impossibilidade de reexame das provas, sendo responsável tão somente, frisa-se, pela sua efetividade.

Após o trânsito em julgado da sentença, ademais, o regime de cumprimento de pena só pode ser alterado mediante a progressão ou regressão de regime, com preenchimento dos requisitos legais ou constatação do descumprimento das condições fixadas.

Enfrentando o tema, sedimentou o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE PENA FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA, DO FECHADO PARA O SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE - INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL PARA ALTERAR REGIME DE PENA FIXADO PELO JUÍZO DE CONHECIMENTO. REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DE PENA APLICADO CONSOANTE

---

<sup>37</sup> O vocábulo reeducando é comumente utilizado no cotidiano forense para se referir ao indivíduo que está na fase de cumprimento de pena. Merece algumas críticas, contudo. O termo afasta a função retributiva da pena, focando tão somente no aspecto ressocializador. A realidade carcerária brasileira sofre severas limitações quanto ao efetivo exercício da reeducação. Ainda, mitiga-se a prática de crimes por indivíduos hipersocializados, principalmente nos denominados crimes de colarinho branco, contribuindo para o mito rotulação dos destinatários da sanção penal. No presente trabalho, contudo, adota-se o termo por ser o amplamente consagrado na doutrina e na jurisprudência.

DISPOSITIVO LEGAL DO ART. 33, § 2º “A” DO CP. RECURSO DESPROVIDO. CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

1. Ao proferir a sentença condenatória, atribuição do Juízo de conhecimento, depois de observados os critérios do sistema trifásico da dosimetria da pena (art. 68, do CP), será fixado o regime inicial da pena privativa de liberdade a ser cumprido pelo apenado.

1.1. In casu, além de apreciado pelo Magistrado sentenciante, a decisão foi modificada por este Tribunal no julgamento da Apelação Criminal de nº. 0000276-42.2019.8.11.0015, que, aliás, é o recurso cabível para tanto. Ademais, **afigura-se defeso ao Juízo da Execução alterar o regime de pena, porque seria necessário reanalisar as circunstâncias que o determinaram, sob pena de ferir coisa julgada, art. 5º XXXVI, da CF, visto que já ocorreu o trânsito em julgado da decisão.**

1.2. Ao Juízo da Execução Penal, cabe, tão somente, alterar a forma do cumprimento de pena de prestação de serviços à comunidade (art. 148 da Lei de Execução Penal).<sup>38</sup>

A individualização judicial da pena deve homenagem à individualização legislativa. Da mesma forma, o Estado-Juiz, após o trânsito em julgado da sentença condenatória e a expedição da guia de execução penal, deve observar o delimitado no título executivo formado, qual seja, a sentença que individualizou a pena. Neste lance, pelo indigitado julgado, viu-se homenagem à sinergia entre as três fases de individualização da pena.

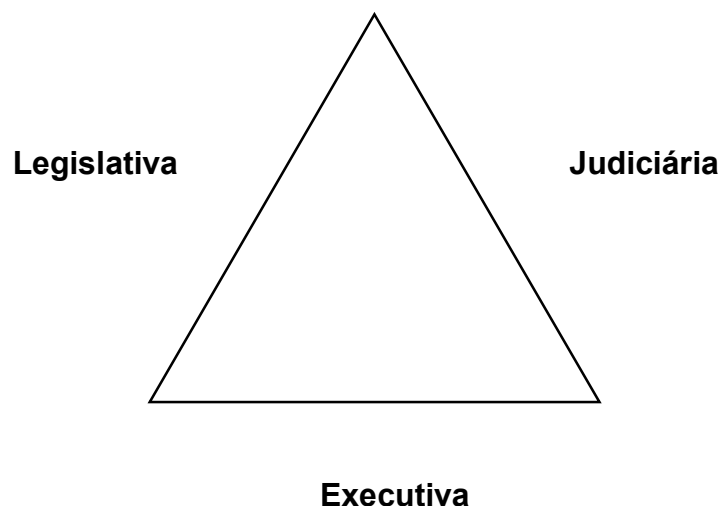
### 2.3. A relação triangular entre as vertentes do princípio da individualização da pena

Em arremate ao até aqui pontuado, não há como desvencilhar da conclusão de que, assim como existe a harmonia e independência entre os Poderes (ou funções) do Estado Nacional Brasileiro, em estrita observância ao art. 2º da CF/1988, as três vertentes do princípio da individualização da penal devem atuar de forma sinérgica.

A vertente legislativa não pode tolher a atuação da aplicação da pena no caso concreto pela vertente legislativa, que deverá observar os paradigmas pretéritos delineados pelo mecanismo da democracia indireta. Da mesma forma, após o devido processo constitucional, o Estado-Juiz, pelo desempenho da execução penal, é impossibilitado de fazer tábula rasa da sentença condenatória com o trânsito em julgado.

<sup>38</sup> Grifos acrescidos. MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. N.U 1010564-38.2023.8.11.0000. Relator: RONDON BASSIL DOWER FILHO. Cuiabá, 12 jul., 2023. Disponível em: <<https://hellsgate-preview.tjmt.jus.br/jurisprudencia/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=175774694&colado=Segunda&origem=PJe&token=3u35s547H0twxVuT>> . Acesso em: 05 mar. 2025.

Neste espectro, fosse possível geometrizar a interdependência de cada uma das vertentes da individualização da pena no ordenamento jurídico pátrio, ter-se-ia:



A relação triangular resta desrespeitada quando da adoção da política ou cultura da pena mínima pela vertente judiciária. Há completo desequilíbrio. O Estado-Juiz que não se atenta para as verdadeiras possibilidades de aumento de pena no caso em julgamento, age em desconformidade com a vontade popular esculpida pela atuação legislativa. Da mesma forma, limita a atuação da individualização na fase executiva, pois no terceiro estágio resta impossível o agravamento da pena posta.

Nesse contexto, o Ministério Público, enquanto órgão titular da ação penal pública e no exercício de função de fiscal do ordenamento jurídico brasileiro, protagoniza o dever de abordar as peculiaridades que refletem no aumento de pena durante a fase de conhecimento do processo penal, recorrer nas hipóteses de adoção da cultura da pena mínima e impugnar as nuances da execução penal que estão em desacordo com o título executivo formado.

## **2.4 O controle de convencionalidade e a individualização da pena**

Colorido o viés principiológico constitucional da individualização da pena, passa-se a uma síntese de contextualização no cenário do Direito Internacional.

A punição adequada é corolário da eficácia plena dos Direitos Humanos. Sob o prisma do garantismo penal integral, deve-se afastar a simplória conclusão de que a tutela de tal gama de direitos dar-se-á tão somente sob o aspecto da vedação do excesso. Do contrário, cria-se uma falsa vedação de majoração da reprimenda em casos autorizados. Contextualmente, Ana Paula Couto e Marco Couto alertam para o pantanoso terreno do garantismo monocular hiperbólico discorrendo:

Saliente-se que nada justifica o embasamento de teses flagrantemente descabidas a título de observância da teoria do garantismo penal, sendo certo que, muito ao contrário, o que encontra amparo na mencionada teoria é justamente a adoção de razoáveis pontos de vista, e não um radicalismo injustificado.<sup>39</sup>

Reflexo da repulsão ao monarca, a vedação do excesso enquanto viés do princípio da proporcionalidade não é único e não deve ser aplicado isoladamente, sob pena da chancela do garantismo monocular hiperbólico. Destaca a doutrina de Douglas Fischer:

Integral e equilibradamente aplicado, o garantismo (positivo e negativo) impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previsto na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos sem a devida justificativa e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre acorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de alguns deles. **Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos individuais fundamentais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo (penal) monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, nunca foi e não é o propósito do garantismo (penal) integral.**<sup>40</sup>

A sanção penal justa é inerente ao garantismo penal integral. E tal aspecto não fugiu à cognição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em 1992, assumindo obrigações

<sup>39</sup> COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco. **Crítica ao Garantismo Penal Hiperbólico Monocular**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 148 - 165, Janeiro-Março. 2020.

<sup>40</sup> Grifos acrescidos. FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Coord.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 92

de respeito, proteção e garantia dos direitos humanos previstos no tratado. Em 1998, reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte IDH, comprometendo-se a submeter-se às decisões e, com isso, oferecendo aos cidadãos uma instância adicional de proteção além das cortes nacionais.

E foi justamente na inércia punitiva que o Brasil encontrou as principais sanções naquela instância internacional. É o que destrincha a literatura especializada:

Contudo, após o reconhecimento brasileiro das normas internacionais de direitos humanos e da competência obrigatória da Corte IDH para casos relacionados à interpretação ou aplicação da Convenção Americana, **vieram também as condenações contra o Brasil**, começando com a condenação no caso Ximenes Lopes, julgado pela Corte IDH em julho de 2006. A partir daí, sucederam-se as condenações nos casos Sétimo Garibaldi (setembro de 2009), Escher e Outros (novembro de 2009), Gomes Lund e Outros (novembro de 2010), Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde (outubro de 2016), Favela Nova Brasília (fevereiro de 2017), Povo Indígena Xucuru e seus Membros (fevereiro de 2018) e Herzog (março de 2018).

Com exceção do caso Povo Indígena Xucuru e seus Membros, verifica-se que **todas as demais condenações internacionais contra o Brasil ocorreram em razão da inação do Estado na adoção de medidas eficazes para reprimir delitos ou proteger pessoas, gerando impunidade e, consequentemente, violações aos direitos humanos de homens e mulheres**. Por exemplo, ao julgar o caso Sétimo Garibaldi vs. Brasil — em que a Comissão IDH pleiteava a condenação do Brasil pelo descumprimento da obrigação de punir e investigar o homicídio do Sr. Sétimo Garibaldi, ocorrido durante operação extrajudicial de despejo de famílias de trabalhadores sem-terra em área rural do Estado do Paraná — a Corte IDH reconheceu que o Brasil violou o dever de respeitar os direitos previstos na Convenção Americana (art. 1º), as garantias judiciais (art. 8º) e o direito à proteção judicial (art. 25). Nesse caso, a Corte IDH reconheceu a obrigação do Brasil de investigar os atos violadores dos direitos reconhecidos pela Convenção Americana, buscando o restabelecimento, quando possível, do direito infringido ou a reparação de danos, **ênfatizando o papel da vítima e de seus familiares na persecução penal pela morte do Sr. Sétimo Garibaldi, com possibilidades de atuação no processo não somente em busca da sanção do responsável, mas também visando a uma devida reparação**.<sup>41</sup>

Já no ano de 2025, repercutiu na comunidade internacional nova condenação ao Estado Brasileiro no âmbito do caso Manoel Luiz da Silva. A Corte IDH condenou o Brasil pela demora na investigação e falta de punição dos responsáveis pelo assassinato do trabalhador rural Manoel Luiz da Silva, morto em maio de 1997 na Paraíba. A decisão aponta que o Estado brasileiro violou o direito da família da

---

<sup>41</sup> Grifos acrescidos. MAZZUOLI, Valeiro de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de Convencionalidade Pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 3.



vítima à verdade, descumprindo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

A sentença confirmou a conclusão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que havia encaminhado o caso à Corte em 2021, acusando o Brasil de não investigar adequadamente o crime. Os juízes destacaram que o homicídio ocorreu em um contexto de violência contra trabalhadores rurais e defensores do acesso à terra.

A Corte determinou que o Brasil adote medidas de reparação, incluindo assistência médica e psicológica à família da vítima, divulgação pública da decisão, um ato público de desculpas, a realização de um diagnóstico sobre a violência contra trabalhadores rurais na Paraíba e pagamento de indenizações por danos materiais e morais.

O caso começou com uma denúncia em 2003 por organizações de direitos humanos, alegando negligência na investigação do assassinato de Manoel da Silva, integrante do Movimento dos Sem Terra (MST). Na época, os acusados foram julgados e absolvidos pelo Tribunal do Júri. Em 2024, durante audiência na Costa Rica, o Brasil reconheceu sua responsabilidade pela violação dos direitos à justiça e à proteção judicial, além de pedir desculpas pelo sofrimento causado aos familiares da vítima.

Destacando a necessidade da adequada punição, emerge da decisão em estudo<sup>42</sup>:

83. A Comissão solicitou que a Corte ordene ao Estado conduzir uma investigação diligente, efetiva e em um prazo razoável, com o objetivo de esclarecer plenamente os fatos e identificar todas as possíveis responsabilidades em relação ao homicídio e aos atrasos que resultaram na impunidade do caso. Tendo em conta a gravidade dos fatos e os padrões interamericanos pertinentes, a Comissão sublinhou que o Estado não pode invocar a prescrição para justificar o descumprimento da medida.

84. Os representantes reconheceram que dois acusados foram processados e absolvidos duas vezes, de forma que desde o ponto de vista da legislação interna brasileira, um terceiro Tribunal do Júri não seria possível. Além disso, notaram que a pessoa que pareceria ser responsável por organizar a estrutura repressiva que provocou a morte de Manoel Luiz da Silva, o proprietário da fazenda onde ocorreu o crime, já faleceu, impossibilitando sua responsa-

---

<sup>42</sup> Grifos acrescentados. CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Da Silva e Outros Vs. Brasil. Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2025/fevereiro/corte-interamericana-condena-brasil-em-caso-de-homicidio-de-trabalhador-rural-na-paraiba/corteidhcasoda-silvayotrosvsbrasilintegra\\_pt.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2025/fevereiro/corte-interamericana-condena-brasil-em-caso-de-homicidio-de-trabalhador-rural-na-paraiba/corteidhcasoda-silvayotrosvsbrasilintegra_pt.pdf)>. Acesso em 05 mar. 2025.

bilização penal. Apesar disso, solicitaram que seja ordenada uma investigação completa e imparcial para o julgamento da terceira pessoa envolvida no crime, que teria sido responsável pelo disparo. No entanto, em virtude do tempo decorrido e da ineficácia da investigação prévia, sublinharam a importância de conceder medidas de satisfação e de não repetição. Ademais, os representantes argumentaram que o reconhecimento parcial da responsabilidade internacional do Estado deve levar à imposição da obrigação de investigar os fatos nos termos apresentados.

85. O Estado opôs-se às medidas solicitadas pela Comissão e pelos representantes. Reiterou que todas as investigações e processos internos já foram realizados e destacou que, no curso do processo penal, a figura da prescrição não foi aplicada e que os acusados foram efetivamente julgados e, finalmente, absolvidos pelo Tribunal do Júri. Adicionalmente, o Estado argumentou que o caso não pode ser qualificado como uma grave violação de direitos humanos e dar lugar às consequências próprias desse tipo único de violação, a qual constitui uma exceção e não uma regra. Ressaltou que o crime cometido contra o senhor Manoel Luiz da Silva foi perpetrado por particulares, sem qualquer participação de agentes estatais, de modo que não se assemelha a casos de tortura, desaparecimento forçado ou execução extrajudicial, aos quais a Corte costuma aplicar sua interpretação no que tange à prescrição. Por outro lado, considerando o pedido dos representantes de que o Estado inicie investigações para identificar e sancionar o terceiro possivelmente envolvido no crime – o senhor M.S.W. –, o Estado argumentou que a autoridade policial competente realizou esforços adequados e suficientes no momento oportuno. Assim, a ausência de processamento do terceiro suspeito, segundo o Estado, não se deveu à negligência ou a uma conduta tendente a deixar o crime impune, mas sim à falta de resultados positivos nas diligências realizadas para sua plena identificação.

86. Esta Corte toma nota de que o homicídio do senhor da Silva ocorreu em um contexto de violência contra trabalhadores rurais e defensores dos direitos dos camponeses ao acesso à terra, sobre o qual esta Corte já se pronunciou no caso Sales Pimenta Vs. Brasil. **Nesse sentido, no presente caso, ficou estabelecida a responsabilidade internacional do Estado pela falta de devida diligência por parte das autoridades estatais em relação às falhas e omissões durante o trâmite do processo penal, à violação da garantia do prazo razoável e à violação do direito à verdade (pars. 71 e 77 supra).**

87. A Corte considera que não é apropriado ordenar ao Estado a reabertura das investigações penais sobre os fatos relacionados ao homicídio de Manoel Luiz da Silva. Sem prejuízo do exposto, **o sofrimento causado às vítimas deste caso em razão da impunidade decorrente da falta de devida diligência na coleta das provas necessárias para esclarecer o ocorrido, bem como o particular efeito negativo da impunidade prolongada sobre os familiares do senhor da Silva, serão considerados na seção de indenizações.**

Ainda que se tenha concluído pela ausência de nova submissão ao tribunal do júri e a continuidade das investigações penais, a CIDH reconheceu direitos ressarcitórios à família decorrentes à perda de uma chance da condução do devido processo penal de forma adequada, afastando-se a possibilidade de impunidade por parte da inadequada conduta estatal na condução das investigações e dos andamentos processuais. É da ordem do dia, então, o crescimento exponencial no âmbito do Direito Internacional da tese de que a ausência de punição adequada é

sinônimo de desrespeito aos direitos humanos das próprias vítimas e de seus familiares.

Com clareza meridiana, tem-se que a justa sanção encontra na seara do Direito Convencional palco para debate. Para além da violação ao princípio da individualização da pena, a pseudo sanção advinda da política ou cultura da pena mínima também é uma postura inconveniente, rompendo com o compromisso assumido pelo Brasil no reforço da investigação e punição de determinados crimes no âmbito do Direito Internacional. No momento, importa o estudo da simbiose dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos com o ordenamento jurídico pátrio.

#### ***2.4.1 O status hierárquico dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos***

O controle de convencionalidade emerge como um instituto de análise e interpretação jurídica essencial no contexto do sistema constitucional brasileiro, ganhando relevo no cenário de integração dos direitos fundamentais e no fortalecimento da harmonização normativa entre o direito interno e o direito internacional. Se caracteriza pela avaliação de normas infraconstitucionais em confronto com tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil aderiu, especialmente após a CF/1988, que conferiu status superior a esses compromissos na ordem jurídica interna.

Para entender o desenvolvimento desse controle, é necessário considerar a CF/1988, um marco democrático e humanista, que incorporou direitos fundamentais e estabeleceu a prevalência dos direitos humanos como um princípio orientador das relações internacionais (art. 4º, inciso II). Assim, a Constituição instituiu uma abertura para o direito internacional, promovendo uma integração normativa que reflete o compromisso brasileiro com a proteção e promoção de direitos humanos.

A hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, e, portanto, a fundamentação do controle de convencionalidade, foi amplamente discutida pelo STF e pelo Congresso Nacional. A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, passaram a ter o status de emendas constitucionais (art. 5º, §3º). Essa inovação trouxe maior clareza sobre a importância

dos direitos humanos no sistema jurídico, conferindo um status equivalente ao constitucional a certos tratados e reforçando o papel do controle de convencionalidade.

No entanto, para tratados internacionais de direitos humanos aprovados por rito ordinário, o STF adotou a visão de que possuem status supralegal, isto é, estão acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição. Veja-se:

(...) diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). **Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.** (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.<sup>43</sup>

O controle de convencionalidade é o instrumento que visa garantir a efetividade dos direitos humanos no Brasil, pois impede a aplicação de normas internas que contrariem as disposições de tratados internacionais de direitos humanos vigentes. Este controle assume especial relevância em temas de proteção de minorias, direitos dos povos indígenas, proteção do meio ambiente e combate à tortura, entre outros.

Finalmente, é importante destacar que o controle de convencionalidade não se limita a um mecanismo de análise normativa, mas também representa um compromisso ético e político da nação brasileira com os direitos humanos, vinculando o Estado brasileiro a padrões internacionais de justiça e proteção da dignidade humana. Consequentemente, a prática deste controle contribui para o fortalecimento do Estado de Direito e para a consolidação de uma cultura jurídica baseada no respeito e na promoção dos direitos fundamentais, tanto no contexto interno quanto na esfera global.

---

<sup>43</sup> Grifos acrescentados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso, voto do Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 03 dez., 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 05 mar. 2025.

### **2.4.2 A sanção adequada no âmbito dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil**

Descortinado o status normativo das convenções internacionais sobre Direito Humanos na ordem jurídica pátria, passa-se a um breve estudo de alguns crimes cuja sanção adequada se tornou compromisso pelo Estado Brasileiro.

#### **2.4.2.1 Convenção da Guatemala**

Aprovada nos termos do art. 5º, §3º, da CF/1988, com força de emenda à Constituição, portanto, o diploma repudia o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância. No *caput* de seu art. 4º, elenca-se o dever do país signatário em punir, de acordo com a legislação doméstica, manifestações e condutas que afrontem o bem jurídico internacionalmente tutelado.

Além disso, trazendo protagonismo aos direitos da vítima do racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância, a ela garantiu um tratamento equitativo e não discriminatório, acesso igualitário ao sistema de justiça, processo ágeis e eficazes e reparação justa nos âmbitos civil e **criminal**, conforme pertinente (art. 10).

O Decreto Promulgador n. 10.932/2022 entrou em vigor na ordem jurídica pátria em 11 de janeiro de 2022. O STF, já no ano seguinte, começou a recusar a possibilidade de medida despenalizadora em crimes desta natureza, invocando, além dos preceitos da CF/1988, os próprios compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Na oportunidade, sedimentou:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. OBSERVÂNCIA. NECESSIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TESE DEFENSIVA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME RACIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INAPLICABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. A construção e o efetivo alcance de uma sociedade fraternal, pluralista e sem preconceitos, tal como previsto no preâmbulo da Constituição Federal, perpassa, inequivocamente, pela ruptura com a praxis de uma sociedade calcada no constante exercício da dominação e desrespeito à dignidade da pessoa humana. 2. A promoção do bem de todos, aliás, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da Constituição Federal de 1988. 3. Assim, a delimitação do alcance material para a aplicação do

acordo “despenalizador” e a inibição da *persecutio criminis* exige conformidade com o texto Constitucional e com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente, como limite necessário para a preservação do direito fundamental à não discriminação e à não submissão à tortura – seja ela psicológica ou física, ao tratamento desumano ou degradante, operada pelo conjunto de sentidos estereotipados que circula e que atribui tanto às mulheres quanto às pessoas negras posição inferior, numa perversa hierarquia de humanidades. 4. Considerada, pois, a teleologia da excepcionalidade imposta na norma e a natureza do bem jurídico a que se busca tutelar, tal como os casos previstos no inciso IV do art. 28 do CPP, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não abarca os crimes raciais, assim também compreendidos aqueles previstos no art. 140, § 3º, do Código Penal (HC 154248). 5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.<sup>44</sup>

A orientação da Corte Suprema está umbilicalmente ligada à individualização adequada da pena, objeto da presente obra. Simplesmente, a aplicação de medida despenalizadora na hipótese em que o Brasil assumiu o compromisso de punição sequer permite o início da aplicação da pena adequada na vertente judicial.

No exercício de sua função de fiscal do ordenamento jurídico, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso está em sintonia com força normativa constitucional da Convenção de Guatemala. Por meio de decisão do Procurador-Geral de Justiça Deosdete Cruz Junior, na análise do recurso contra a recusa de oferecimento de acordo de não persecução penal em crime sobre o racismo (art. 28-A, §14, do CPP, firmou-se a seguinte orientação:

Após detida análise dos autos, entendo pela impossibilidade de celebração de Acordo de Não Persecução Penal ao presente caso, dada as circunstâncias que envolvem atos discriminatórios raciais, pela natureza do fato, não seria suficiente e necessária à prevenção e repressão do crime.

Nesse aspecto, não se pode ignorar o fato que o crime de injúria racial reúne elementos que excedem a mera conduta de macular a honra, **adentrando na esfera do racismo, crime inafiançável e imprescritível, conforme prevê a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLII.**

(...)

Cumpra consignar que o ANPP não se trata de direito subjetivo do réu a concessão do instituto (STF HC 191124 e STJ 161.251-PR), sendo prerrogativa do Ministério Público como instrumento de política criminal adotada pela instituição, mitigada pela devida observância dos requisitos legais.

(...)

No presente caso, o ANPP não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime, em razão da prática de crime racial.

<sup>44</sup> Grifos acrescentados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 222.599. Relator: Ministro EDSON FACHIN. Brasília, 07 fev., 2023. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766490810>>. Acesso em: 05 mar. 2025.

Portanto, no caso concreto, não se mostra proporcional, adequado e suficiente oferecer a ré o acordo de não persecução penal.

Diante do exposto, INDEFIRO o pedido formulado pela d. Defesa Técnica e NEGOU a celebração do acordo de não persecução penal.<sup>45</sup>

Não raro, advogados, amparados no art. 28-A, §14, do CPP, invocam uma inexistente sanha acusatória no ponto, recorrendo à instância revisional ministerial, no condão de ver possibilitada a medida despenalizadora e, em alguns casos, na esperança de ver caracterizada a prescrição (mesmo com regra constitucional explícita imantando a imprescritibilidade dos crimes desta natureza). Neste contexto, a aplicação de medida despenalizadora em situação convencionalmente impossível se amolda à nefasta cultura da penalidade mínima (leia-se, à ausência da punição adequada).

#### 2.4.2.2 *Convenção de Belém do Pará*

Trata-se de Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. A Convenção de Belém do Pará é um marco na proteção dos direitos das mulheres no Brasil, ao repudiar todas as formas de violência contra a mulher, inclusive a violência doméstica. Com força normativa supralegal, estampa em seu art. 7º o dever do país signatário em prevenir, **punir** e erradicar a violência de gênero. Foi internalizada no ordenamento por meio do Decreto n.º 1.973/1996, em vigor desde 1º de agosto de 1996.

A Convenção em estudo foi a pedra fundamental para a edição da Lei n. 11.340/06, a famigerada Lei Maria da Penha, que buscou instrumentalizar os compromissos internacionais assumidos. Por ora, calha o estudo do direito a integral reparação da vítima de crimes desta natureza no âmbito do processo penal.

Como já adiantado anteriormente<sup>46</sup>, dentre as espécies de sanções penais previstas na CF/1988, não se inclui a reparação dos danos causados à vítima. Logo, tecnicamente, a ausência de arbitramento indenizatório não se insere numa política ou cultura da **pena mínima**, mas revela um **esforço mínimo de cognição processual ceifador do direito integral da vítima**.

<sup>45</sup> Grifos acrescentados. Procedimento Administrativo SIMP n. 015587-001/2024. Procurador-Geral de Justiça Deodete Cruz Junior. Publicado em 1º out. 2024.

<sup>46</sup> Vide 1. Força normativa da individualização da pena - princípio ou regra?

Amparado no mecanismo de mínimo esforço, alguns juízes de primeiro grau de jurisdição passaram a negar a indenização à vítima destes crimes sob o argumento de que não há a instrução específica com a indicação de valores e provas suficientes, de modo a possibilitar ao acusado o direito de defesa com a comprovação de inexistência de prejuízo material ou moral a ser reparado. Verdadeiro sofisma, contudo.

Isso porque, se houve o devido processo constitucional penal, conferindo ao acusado o direito ao contraditório e à ampla (ou plena) defesa, e, ainda assim, concluiu-se pela sanção penal pertinente, não há como se afastar da conclusão de que houve cognição ampla, exauriente e profunda para o devido arbitramento indenizatório. Do contrário, chancela-se a seguinte incongruência: durante o processo, tem-se os elementos probatórios para a aplicação da pena corporal, em homenagem ao princípio da intervenção mínima, mas, sob o aspecto cível indenizatório, não se tem os elementos suficientes para o diagnóstico dos danos mínimos operacionalizados pela conduta delitiva.

Durante muito tempo, a legislação penal pátria não dispensou a vítima a especial atenção que lhe é devida. Prova disso é que, somente com o advento da Lei n.º 11.719/2008, passou-se a prever no art. 387, inciso IV, a possibilidade de fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos (tanto morais, quanto materiais).

Verifica-se que a cognição ampla, exauriente e profunda empreendida no édito condenatório, chancela a suficiência probatória pela conclusão da existência de conduta típica, antijurídica e culpável, aplicando-se a devida repreensão corporal. Assim, concluir pela inexistência de dano a ser reparado à vítima se mostra deveras contrariador a todo o manancial probatório produzido pelo crivo do contraditório e da ampla defesa.

O Tribunal da Cidadania colocou uma pá de cal sobre qualquer celeuma atinente à natureza dos danos morais em casos tais. Por ocasião do julgamento do REsp n. 1643051 / MS, assim fincou:

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO



CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça - sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º) - tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n. 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600.

2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

**3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.**

4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a **viabilidade de indenização para as duas espécies de dano - o material e o moral -, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.**

**5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.**

6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada.

**7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa.**

8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua **revitimização** e as possibilidades de **violência institucional**, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos.

9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma

vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.

10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica<sup>47</sup>.

Ao arremate, cunhou a seguinte tese:

Tema Repetitivo 983

TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

Tem-se, então, dois deveres estatais para garantia integral do direito das mulheres vítimas da violência doméstica e familiar à integral reparação (seja no âmbito constitucional, seja no âmbito convencional), que não se compatibilizam com a cultura do esforço mínimo; 1) ao Estado-Acusação incumbe a obrigação de tecer o pedido indenizatório mínimo e quantificá-lo na denúncia; 2) ao Estado-Juiz, quando da prolação da sentença condenatória, deve enfrentar o ponto com amparo no arcabouço probatório produzido.

## 2.5 A individualização da pena no Direito Comparado

Analizada a individualização da pena sob o viés da CF/1988 e a necessidade da punição adequada como corolário dos Direitos Humanos no âmbito internacional, resta um passar de olhos sob o prisma do Direito Comparado. Sem o afã de exaurir o tema, as breves anotações a seguir delineadas permitem a conclusão da eleição de sanções proporcionais, do respeito aos limites legais previstos pelo legislador e do dever de fundamentação como objetivos comuns aos do ordenamento jurídico penal brasileiro.

Elegeu-se os sistemas espanhol e argentino como foco, pois, assim como o Brasil, estão inseridos no sistema jurídico de *Civil Law*. Também conhecido como "direito codificado" ou "direito romano-germânico," é caracterizado por uma estrutura normativa predominante baseada em códigos e leis. A influência principal

---

<sup>47</sup> Grifos acrescentados. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1643051/MS. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Brasília, 28 fev., 2018. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201603259674&dt\\_publicacao=08/03/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603259674&dt_publicacao=08/03/2018)>. Acesso em: 05 mar. 2025.

vem do Direito Romano, consolidado principalmente a partir do Código de Napoleão, que serviu como base para a maioria dos países que adotaram o *Civil Law*.

A principal fonte do direito é a legislação, o que significa que os juízes devem aplicar a lei escrita aos casos, seguindo a norma codificada, e têm um papel mais limitado na criação do direito em comparação com o sistema de *Common Law*, onde a jurisprudência (decisões anteriores) assume o protagonismo<sup>48</sup>.

### **2.5.1 Sistema espanhol**

A individualização da pena é um princípio fundamental no sistema penal espanhol. Está amplamente regulado no Código Penal Espanhol (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)<sup>49</sup>. Assegura que a pena aplicada ao condenado seja proporcional e adequada às características do delito e do agente, considerando aspectos como a gravidade do crime, os antecedentes do réu e as circunstâncias agravantes ou atenuantes do caso. Daí, vê-se a íntima sintonia com o disposto na CF/1988 e no CP quanto ao tema.

A concretização das penas previstas é orientada pelo art. 66 do Código Penal Espanhol, que especifica as bases e critérios a serem seguidos pelo juiz ao determinar a pena adequada para cada caso concreto. Norteia o respeito aos limites penais previamente previstos na lei (em estrita homenagem à vertente legislativa). Noutro lanço, determina a adaptação às características específicas do delito e do delinquente (vertente judicial em atuação). Estabelece diferentes circunstâncias que podem atenuar ou agravar a responsabilidade criminal do réu, afetando diretamente a dosimetria. Cita-se algumas:

**1)** circunstâncias atenuantes (Art. 21): inclui fatores como a confissão voluntária (Art. 21.4), a reparação voluntária dos danos ocasionados à vítima (Art. 21.5) e a colaboração eficaz para prevenir ou esclarecer o delito (Art. 21.6). Permitem ao juiz reduzir a pena dentro dos limites legais previstos;

**2)** circunstâncias agravantes (Art. 22): reincidência (Art. 22.8), traição (Art. 22.1) e o uso de violência desnecessária (Art. 22.2), por exemplo. Aumentam a

<sup>48</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. *E-book*. p.225.

<sup>49</sup> Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2024.

severidade da pena, exigindo que o juiz releve sua existência para fins de recrudescimento.

O Código Penal Espanhol estabelece que a pena aplicada deve respeitar os limites mínimo e máximo previstos para cada delito. O art. 61 enfatiza que o juiz deve manter-se dentro dos parâmetros estabelecidos pela legislação, salvo em casos especiais onde se aplicam as circunstâncias atenuantes ou agravantes previstas.

Num passado recente, a dosimetria da pena no Direito Espanhol assumiu protagonismo em solo brasileiro. Daniel Alves, famoso jogador de futebol que já integrou a seleção canarinha, foi processado, julgado e condenado pelo crime estampado no art. 179 do Código Penal Espanhol<sup>50</sup>, qual seja, violação sexual. A reparação voluntária dos danos ocasionados à vítima (Art. 21.5) foi sopesada enquanto atenuante a favor do acusado, razão pela qual a sanção foi dosada em 4 anos e 6 meses de prisão. Reacendeu-se o debate acerca da plutocracia penal, entendida como a influência ou o poder do dinheiro na aplicação da pena. No ponto, releva a análise empreendida por Valéria Diez Scarance Fernandes e Rogério Sanches Cunha<sup>51</sup>:

Mas, se todas essas teses foram rechaçadas, como a pena de Daniel Alves foi fixada em 04 anos e 06 meses?

À época, a pena prevista para o crime de violação sexual era de 4 a 12 anos, o que já foi modificado na legislação, no final de 2023, depois de intensos debates, para tornar a pena de estupro com violência de 06 a 12 anos, ampliando-se a pena mínima. Como a lei mais gravosa não retroage, aplicou-se a pena vigente à época.

**Além disso, houve atenuação da pena em razão da reparação do dano em 150.000 Euros, o que ocorreu antes do Juízo Oral, conforme exige a lei espanhola. Com efeito, o Código Penal Espanhol considera circunstância atenuante (art. 21, 5º), “ter o réu reparado o dano ocasionado à vítima ou diminuído seus efeitos, em qualquer momento do procedimento e antes da celebração do ato do Juízo Oral”.**

Os questionamentos na Espanha estão centrados no *quantum* de redução da pena por esta atenuante e no fato de que a condição econômica do réu foi determinante para a redução da pena, que caiu pela metade em relação ao pedido da acusação e um terço em relação ao pedido da advogada da vítima.

<sup>50</sup> Artículo 179. 1. Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de cuatro a doce años. 2. Si la agresión a la que se refiere el apartado anterior se cometiere empleando violencia o intimidación o cuando la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad, se impondrá la pena de prisión de seis a doce años.

<sup>51</sup> Grifos acrescidos. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2024/02/22/pena-de-04-anos-e-06-meses-para-daniel-alves-entenda-a-sentenca-e-sua-repercussao-na-espanha/>>. Acesso em 04 nov. 2024.

Como foi rechaçada a atenuante da embriaguez, a presença de uma única atenuante levaria à fixação da pena entre 4 e 8 anos (art. 66, 1º, CPE) e a opção por uma pena muito próxima ao mínimo gerou grande indignação.

**Muitos meios de comunicação questionam o fato de que – por ter influência, poder econômico e condições de reparar o dano – Daniel Alves recebeu uma pena menor.**

Posteriormente, em sede de avaliação pelo juízo de segundo grau, já em março de 2025, entendeu-se pela ausência de provas suficientes para a condenação do indivíduo. Nem por isso, contudo, afasta-se o diagnóstico de que, para além do aspecto da técnica jurídica, a individualização adequada da pena também é pauta de discussão na sociedade, em sintonia com os anseios sociais para se refutar a cultura da impunidade.

### **2.5.2 Sistema argentino**

A individualização da pena no sistema argentino é orientada por princípios constitucionais, internacionais e infralegais, que reconhecem a dignidade do ser humano, os direitos fundamentais e a proporcionalidade da resposta penal. A Lei 11.179 de 1984 estabelece o Código Penal da Nação Argentina<sup>52</sup>, delineando os paradigmas para a dosagem. Prevê como espécies penais: reclusão, prisão, multa e inabilitação

Os arts. 40 e 41 do referido diploma traçam os pilares da individualização da pena em função das características pessoais do condenado e das circunstâncias do delito. Elencam que a pena deve ser proporcional à gravidade do delito e às condições do autor. A sanção deve se ajustar à gravidade objetiva do crime, bem como às condições subjetivas do infrator. Uma vez mais, o legislador opta pela adoção do critério da proporcionalidade.

Para fixar a pena, o juiz levará em consideração: a) a natureza dos motivos que impulsionaram o agente a cometer o delito; b) as circunstâncias de tempo, modo e lugar em que ocorreu o fato; c) a idade, educação, instrução e condição social do condenado; d) a conduta anterior do condenado e os efeitos que o crime teve sobre a vítima.

---

<sup>52</sup> Disponível em: <[https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/te\\_xact.htm](https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/te_xact.htm)>. Acesso em 04/11/2024.

São eleitos aspectos subjetivos e objetivos do crime, permitindo ao juiz adaptar a pena à realidade das circunstâncias fáticas, sem destoar do estudo de características inerentes ao sujeito do delinquente.

Adota-se o sistema duplo binário, ao contrário do vicariante adotado no ordenamento jurídico pátrio. Sobre as nuances da individualização da pena na Argentina, anota a literatura jurídica:

Vige o sistema do duplo binário, impondo-se reclusão por tempo indeterminado, como acessória à condenação, quando a reincidência for múltipla, desde que as penas anteriores envolvam: a) 4 penas privativas de liberdade, sendo uma maior de 3 anos; b) 5 penas privativas de liberdade de 3 anos ou menos. Pode o juiz deixar em suspenso a aplicação da medida de segurança acessória quando preenchidas as condições do sursis. Na medida acessória, após 5 anos, pode haver liberdade condicional, caso haja a constatação de boa conduta, aptidão para o trabalho e outros atos que façam presumir não constituirá o condenado perigo para a sociedade. E após as medidas de segurança devem ser cumpridas em presídios federais.

Quanto ao homicídio doloso, a pena, na forma simples, varia de 8 a 25 anos. Se for qualificado, aplica-se **reclusão perpétua** e medida acessória<sup>53</sup>.

Ao contrário da CF/1988, que veda a aplicação da prisão perpétua como regra de individualização, no país vizinho é possível a eleição de tal modalidade sancionatória na hipótese de homicídio qualificado.

## **2.6 A integral compreensão da individualização da pena como premissa para o estudo da legislação infraconstitucional**

Não há como realizar o estudo adequado da individualização da pena no contexto do Código Penal sem as premissas aqui delineadas. O Estado-Juiz, quando da análise do caso concreto, há de conferir respeito às três vertentes estudadas (legislativa, judicial e executória), em harmonia com o princípio da independência harmônica entre os Poderes (Funções) do Estado Brasileiro.

Deve atenção, ainda, aos compromissos assumidos pelo Brasil na seara do Direito Internacional, sob pena de afronta à punição justa e necessária. Vale dizer, o status supralegal (quicá, constitucional, quando observado o rito do art. 5º, §3º, da

---

<sup>53</sup> Grifos acrescidos. NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 69-71.

CF/1988), revela o dever da punição proporcional (entendida como aquela adequada às nuances do caso concreto).

De forma alguma, o combate à política ou cultura da pena mínima pode ser entendida como afronta aos Direitos Humanos e às garantias do acusado no curso do processo penal. O garantismo penal integral, como se viu, não exclui essas duas nuances, em verdade, propaga se tratarem de duas faces da mesma moeda.

Dáí, tem-se a seguinte estrutura para o correto entendimento da aplicação da sanção penal: 1) o esclarecimento dos preceitos constitucionais e convencionais sobre o princípio da individualização da pena; 2) após, e permeado pelo aspecto nomogenético deste princípio, a compreensão da legislação infraconstitucional sobre o tema.

Nesta quadra, adiante, ter-se-á o estudo dos paradigmas do legislador ordinário para a quantificação das penas constitucionalmente previstas no caso concreto.

### 3 A DOSIMETRIA DA PENA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA

#### 3.1 A individualização da pena na vertente judicial: tecnologia disponível na legislação infraconstitucional brasileira.

Com a compreensão da relação triangular entre as três vertentes da individualização da pena consoante as normas constitucionais, surge a necessidade do estudo das disposições normativas para o desenvolvimento da atividade judicial na concretização da sanção penal ao caso concreto. Logo, tem-se o foco na vertente judicial.

Por tecnologia, entende-se o conjunto dos termos técnicos de uma arte ou de uma ciência<sup>54</sup>. Sobre a tecnologia jurídica, especifica a literatura:

Ao se debruçar sobre uma norma jurídica para delimitar as decisões que podem ser adotadas a partir dela, o estudioso desenvolve um **conhecimento tecnológico. Ou seja, ele conhece os meios mais ou menos adequados para se alcançarem fins preestabelecidos. Se se considera que a finalidade do direito é a realização da justiça, a tecnologia jurídica fornece o conhecimento acerca dos significados mais ou menos justos que se podem atribuir as normas vigentes.** Se se considera que é a administração dos conflitos sociais com o menor nível de perturbação, será novamente o conhecimento tecnológico que poderá apontar quais interpretações das normas jurídicas estão aptas a realizar tal escopo. Se se considera o direito um instrumento de dominação de classes, a exegese normativa fornecerá os meios de reafirmação dos interesses dominantes. **Se, enfim, se entrevê no direito um instrumento de insurreição contra a ordem estabelecida, a tecnologia jurídica indicará modos de interpretação crítica das leis em vigor.** Em suma, independente da razão de ser vislumbrada no direito, **o conhecimento do conteúdo das normas jurídicas postas não pode ser mais que o estudo dos meios aptos (inaptos, mais ou menos aptos etc.) a propiciarem que o direito cumpra suas finalidades.**<sup>55</sup>

Mostra-se prudente a eleição de tal vocábulo (tecnologia) para o estudo das disposições normativas da dosimetria penal. Técnica não se confunde com discricionariedade. A despeito do método adotado pelo legislador conferir certa margem de discricionariedade ao Estado-Juiz na quantificação da pena, o órgão

<sup>54</sup> "tecnologia", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2024. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/tecnologia>>. Acesso em 10 nov. 2024.

<sup>55</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29-30.



julgador está adstrito a uma série de normas, dogmática e regras decisórias. E é exatamente o estudo deste conjunto que será desenvolvido no presente capítulo.

Antes, contudo, não é demais lembrar que a cultura da pena mínima pode ser percebida em todos os estágios constitucionais da individualização. Quanto ao aspecto legislativo, cita-se o estudo da evolução histórica da pena da lesão corporal leve praticado contra a mulher no contexto da violência doméstica e familiar. Num primeiro momento, amoldava-se à de lesão corporal simples, detenção de três meses a um ano (art. 129 do CP). A Lei n. 10.886/2004, aumentou o intervalo para seis meses a um ano, mantendo-se a detenção. Somente com o advento da Lei n. 14.994/2024, passou-se à pena de reclusão, de dois a cinco anos (atual redação do art. 129, §13, do CP<sup>56</sup>).

A própria “ratio legis” explicitada evidencia que o Poder Legislativo teve como força motriz a necessidade de recrudescimento sancionatório para condutas criminais anteriores ao crime de feminicídio, no contexto do ciclo da violência doméstica e familiar contra mulher, até então punidas de maneira menos firme. É o que se vê dos motivos do Projeto de Lei n° 4266/2023 (posteriormente aprovado, originando a norma em estudo), de autoria da Senadora Margareth Buzetti (PSD/MT):

Dados estatísticos **evidenciam que as mulheres são mais frequentemente vítimas de violência doméstica e crimes de ódio decorrentes de questões de gênero**. O feminicídio é a manifestação mais extrema dessa violência, representando um grave atentado ao direito à vida e à dignidade das mulheres. Sendo assim, é importante considerar o feminicídio como um crime autônomo, de forma a reconhecer a gravidade e a especificidade desse tipo de violência.

(...)

Por sua vez, também agravaremos as penas daqueles crimes que são considerados precursores do crime de feminicídio, que são os crimes de lesão corporal (leve ou grave), vias de fato, contra a honra ou de ameaça, praticados contra a mulher. **No nosso entendimento, tais crimes precisam ter a sua punibilidade agravada, para que, desde o início, seja possível impedir que o agressor progrida em sua empreitada criminosa, chegando no crime mais grave, que é o feminicídio.**<sup>57</sup>

A projeção da cultura da pena mínima também se deu em casos envolvendo a vertente da execução (terceiro estágio). Cita-se o reconhecimento do período pandêmico da Covid-19, como tempo de pena efetivamente cumprida nos

<sup>56</sup> Art. 129 (...) §13. Se a lesão é praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 1º do art. 121-A deste Código: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

<sup>57</sup> Grifos acrescentados. Disponível em: <[https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9445779&ts=1730319154947&rendition\\_principal=S&disposition=inline](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9445779&ts=1730319154947&rendition_principal=S&disposition=inline)>. Acesso em 10 nov. 2024.

regimes aberto e semiaberto. Em geral, essa tese jurídica de cumprimento ficto está calcada na máxima de que não é lícito atribuir a responsabilidade de não comparecimento ao reeducando. Segundo a lógica, o período que o apenado esteve impossibilitado de cumprir as penas restritivas de direitos, deveria ser computado como período ficto de adimplemento.

Chamado a pacificar o tema, o STJ compartilhou o seguinte entendimento firmado mediante a 5ª e a 6ª Turmas:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO INTEGRAL EM RAZÃO DA PANDEMIA DA COVID-19. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES PRESENCIAIS. CUMPRIMENTO FICTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. I - No caso, o Tribunal de origem entendeu que, em casos excepcionais, decorrentes da pandemia de Covid-19, o tempo em que houve a suspensão do dever imposto ao apenado de comparecimento em juízo pode ser considerado como pena efetivamente cumprida, mormente quando o apenado fica sujeito às sanções que decorrem do descumprimento das penas alternativas impostas. II - **O entendimento adotado pela Corte de origem está em desarmonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, fixada no sentido de que não é admissível, por ausência de previsão legal, que se considere como cumprida a pena daquele que já obtivera - por motivo de força maior e para não se expor a maior risco em virtude da pandemia - o benefício da suspensão da pena restritiva de direitos, sendo absolutamente necessário o efetivo cumprimento da pena como instrumento tanto de ressocialização do apenado como de contraprestação em virtude da prática delitiva, a fim de que o reeducando alcance o requisito necessário para a extinção de sua punibilidade. Precedente.** III - Demais, ao contrário do que sustenta o insurgente, a compreensão da controvérsia não foi alterada pelo julgamento do Tema 1120, porquanto, na ocasião, a Terceira Seção desta Corte debruçou-se sobre temática distinta, qual seja, a possibilidade de cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho. Agravo regimental desprovido.<sup>58</sup>

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. SUSPENSÃO EM RAZÃO DA PANDEMIA (COVID-19). PRETENSÃO DE QUE O PERÍODO SEJA CONSIDERADO COMO PENA EFETIVAMENTE CUMPRIDA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. 1. Deve ser mantida a decisão monocrática na qual se indefere liminarmente a inicial, por não se evidenciar constrangimento ilegal à liberdade de locomoção. 2. **Este Superior Tribunal, por meio das duas Turmas que tratam da matéria, firmou orientação no sentido de ser inviável considerar o tempo de suspensão da reprimenda restritiva de direitos, em razão da pandemia causada pela Covid-19, como pena efetivamente cumprida, por reputar necessário o efetivo cumprimento**

<sup>58</sup> Grifos Acrescidos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2.055.319/TO. Relator: Ministro Messod Azulay Neto. Brasília, 06 fev., 2024. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202300524728&dt\\_publicacao=15/02/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300524728&dt_publicacao=15/02/2024)>. Acesso em: 10 nov. 2024.

**como forma de ressocialização e contraprestação pela prática do crime.**  
Precedente. 3. Agravo regimental improvido.<sup>59</sup>

Relembre-se, contudo, que no presente estudo tem-se a necessidade de delimitação do objeto quanto à segunda vertente da individualização da pena. Por isso, imprescindível a compreensão da tecnologia disponível ao juiz quando da prolação da sentença condenatória para fins de aplicação da pena adequada.

Antes, porém, mister um passar de olhos no seguinte questionamento: qual a razão de ser da pena? Essa premissa, quando decifrada, permite compreender que a política da pena mínima, por si só, é uma afronta à própria razão de ser do preceito secundário da norma penal.

Se a pena é necessária para cumprir determinados fins, inviável ao órgão judicial, por espúrios motivos, se afastar do amoldamento da sanção dentro do seu espectro de objetivos.

### **3.2 As finalidades da pena no ordenamento jurídico pátrio**

Sem margem de dúvidas, mesmo com as disposições constitucionais no sentido de humanização da pena, a aplicação de uma sanção penal ao indivíduo é, de alguma forma, infligir dor àquele que recebe uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Essa sanção, contudo, está amparada numa lei prévia, com gênese no devido processo legislativo constitucional. Sua aplicação, ainda, demanda a preexistência de um processo tocado pela ampla defesa e pelo contraditório.

Por outro lado, quem recebe essa retribuição assim a mereceu por ter afrontado com sua conduta algum bem jurídico constitucionalmente tutelado. A vítima do infrator e a sociedade em geral possuem uma perspectiva de que as instituições funcionem no sentido da aplicação da sanção justa, pois.

O equilíbrio dessa equação (conduta criminosa / sanção adequada) é inerente ao estado democrático de direito.

Por isso, primordial o estudo das lições de Luigi Ferrajoli quanto ao equilíbrio da administração da dor na seara do Direito Penal:

---

<sup>59</sup> Grifos Acrescidos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 855.110/SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 30 out., 2023. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202300321707&dt\\_publicacao=05/03/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300321707&dt_publicacao=05/03/2024)> . Acesso em: 10 nov. 2024.

**Dor infligida e dor sofrida.** Em um ensaio de alguns anos atrás Salvatore Natoli propôs repensar o direito com base em suas ligações – como cura e como sanção – com a dor. Acho muito fecunda e estimulante, em particular, a distinção sugerida por ele das duas figuras da dor sofrida e da dor infligida – uma natural, a outra produto dos homens – correspondentes aos dois males em cuja eliminação ou redução Natoli reconhece a razão ou justificação do direito.

Essas duas figuras de dor oferecem uma chave adequada para a leitura das formas ou linhas de desenvolvimento do moderno Estado Constitucional de Direito. **Podemos afirmar, de fato, que todos os direitos fundamentais podem ser configurados como direitos à exclusão ou à redução da dor.** Precisamente, os direitos de liberdade, juntamente com o direito à vida e à integridade pessoal – todos consistindo em expectativas negativas ou imunidades de lesão – são interpretáveis como direitos voltados à prevenção da dor infligida, ou seja, do mal causado pelo homem, por meio do direito penal e da regulação e minimização da reação punitiva ao crime. Por outro lado, todos os direitos sociais – à subsistência e à sobrevivência – podem ser concebidos como expectativas positivas, ou seja, a benefícios públicos que visem à redução da dor sofrida, em sentido amplo natural. como a doença, a miséria, a ignorância, a falta de meios de subsistência.

Acredito que toda a história do direito moderno pode ser lida como a história do desenvolvimento, em formas cada vez mais complexas e articuladas, da estrutura institucional da esfera pública como um sistema de respostas a esses dois tipos de dor ou males distinguidos por Natoli. Certamente o direito moderno, o do estado liberal de direito, nasceu no campo do direito penal, como Estado mínimo e direito destinado a organizar, na proteção dos direitos de liberdade e imunidade, dois tipos de respostas a dor infligida, correspondendo aos dois objetivos justificativos do direito penal em que identifiquei o paradigma do direito penal mínimo: **a minimização da dor infligidos aos indivíduos em suas relações uns com os outros, através da proibição e sanção como crimes das ofensas produzidas aos direitos alheios; e a minimização das penas infligidas pelo Estado na forma de penas, através dos limites a elas impostos pelos direitos de liberdade, sobretudo ao seu poder de proibir, isto é, configurando como crimes o exercício das liberdades fundamentais ou comportamentos inócuos, e em segundo lugar ao seu poder punir, através dos limites impostos pelas garantias processuais.**<sup>60</sup>

Sob pena de se adotar um abolicionismo penal, a necessidade sancionatória não pode ser negada. Nem por isso, contudo, chancela-se a existência de excessos, nem tampouco sanções ínfimas.

No contexto, a leitura do art. 59 do CP, ao inaugurar o capítulo da aplicação da pena, trava que os aspectos abordáveis pelo Estado-Juiz na quantificação sancionatória devem atender a dois aspectos: a reprovação do delito em julgamento e a prevenção da prática criminosa. Daí, tem-se ao menos a tipificação de duas funções inerentes à pena: a retributiva e a preventiva.

<sup>60</sup> Ferrajoli, Luigi. **Derecho y Dolor**. Disponível em: <<https://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/derecho-y-dolor-0/>> Acesso em 15 mar. 2025. Tradução nossa.

### 3.2.1 A função retributiva

A função retributiva da pena possui raízes profundas na história do Direito Penal, sendo uma das justificativas mais antigas para o uso da sanção punitiva. Fundamentada no princípio de que o delito exige uma resposta proporcional ao dano causado à ordem jurídica e social, a retribuição é compreendida como a concretização da justiça em face da prática de um crime. Tal conceito encontra respaldo tanto em teorias clássicas como nas práticas jurídicas contemporâneas, ainda que seu protagonismo tenha sido relativizado diante de outras funções da pena.

Trata-se, verdadeiramente, da devolução do mal causado pelo delinquente na devida proporção, respeitando-se normas do Estado Social e Democrático de Direito que escudam a violação da dignidade do indivíduo punido.

Historicamente, a retribuição era desvinculada dos limites institucionais da civilização contemporânea. Vigia-se o reino da vingança privada, o fazer justiça pelas próprias mãos, despida de qualquer procedimentalidade ou intervenção estatal organizada.

O Código de Hamurabi, tido como um dos mais antigos conjuntos de normas conhecidos pela humanidade, já estampava a retribuição por meio da lei de talião:

O Código de Hamurabi foi descoberto em Susa em 1902. Contém três partes: na primeira, o legislador consigna suas glórias; na segunda, estão 282 parágrafos dos textos legais; na terceira, o rei abençoa os sucessores que seguissem as leis de seu Código e amaldiçoa seus infratores. Esta última passagem é muito semelhante ao texto do Deuteronômio, em que Moisés ataca duramente os transgressores do Decálogo, com bênçãos para os observantes. O Código condena o adultério com pena de morte para os adúlteros. O homem que repudia sua mulher fica obrigado a sustentá-la, e não se reconhecem direitos para sua concubina. Proíbe-se igualmente o incesto, punido com penas severíssimas.

**Admitia-se a Lei de Talião (olho por olho, dente por dente).** Um arquiteto, por exemplo, era responsável pelo desabamento de uma casa, e, se morressem os moradores, os familiares do arquiteto seriam passíveis de morte. Em certos casos haveria simplesmente indenização em dinheiro.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Grifos acrescidos. CICCIO, Cláudio de. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2017. p.37.

O desenvolvimento civilizatório, contudo, fez com que autores clássicos sistematizassem o viés retributivo da sanção penal. A pena surge como verdadeiro fator equacional de tentativa de reestabelecimento do *status quo* anterior ao crime:

A concepção benthaniana de delito confronta-se com a concepção que predominou no pensamento jurídico greco-romano e medieval. Esse pensamento foi influenciado pela concepção de Aristóteles, para quem prevalecia a crença na ordem social natural e harmônica, em que qualquer coisa ou qualquer indivíduo encontravam um lugar, uma condição, sob o princípio da justiça distributiva. **Quando um evento perturba essa ordem natural, um segundo tipo de justiça, a retributiva ou corretiva, intervém para restabelecer a ordem e o equilíbrio.** A regra da Justiça é a da igualdade pura e simples. **O delito, segundo essa concepção, coloca-se, portanto, como um problema a essa ordem, pois causa o desequilíbrio, e deve ser reparado por um mal equivalente, por uma expiação equivalente: por uma pena.** Entre esses dois termos: delito e pena, a Justiça estabelece um liame natural. A igualdade entre o delito e a pena é a regra geral, princípio que pode ser atenuado diante das circunstâncias do crime.<sup>62</sup>

Falar em sanção penal é invariavelmente falar em retribuição. Tem-se, então, uma conclusão inafastável: a pena enquanto retribuição do mal causado por meio de sanções institucionalizadas é inerente ao Direito Penal, dele sendo impossível de se dissociar. Basta verificar a própria nomenclatura da ciência (que já estampa o viés punitivo). Vale dizer, a função retributiva é a única sem a qual não sobrevive a Teoria Geral da Pena.

Isso porque a função preventiva despida da retribuição sancionatória no caso concreto é incongruente, ilógica e se traduz numa verdadeira arbitrariedade. Não é cabível ao Estado-Juiz e ao Estado-Acusação tecer considerações genéricas a fim de justificar o recrudescimento penal, sob o único foco de atribuir ao acusado a necessidade da função preventiva da pena. Sequer num juízo de cognição menos exauriente e profundo é autorizado tal linha de fundamentação.

Daí a razão pela qual abalizada doutrina encontrar na culpabilidade o limite para a retribuição sancionatória. Barreira esta que não pode ser trespassada pela função preventiva da pena:

Estamos a nos referir, como suscitado acima, sobre a influência das questões preventivas na medida da pena de liberdade, pois, para os seus defensores, a culpabilidade deixa de ser o seu fundamento continuando apenas como limite. Isso se deve a inserção da culpabilidade dentro um elemento mais ge-

<sup>62</sup> Grifos acrescidos. BICUDO, Tatiana V. **Por que punir? Teoria Geral da Pena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2015. E-book. p.88.

ral, a responsabilidade, que restaria afastada não exclusivamente pelas situações conhecidas e clássicas de exclusão da culpabilidade como a menoridade ou a deficiência mental que leva o agente a não entender o caráter ilícito do fato, por exemplo, mas também pela desnecessidade de aplicação de uma pena, em face de questões de prevenção geral.

**Isso significa, voltando ao assunto, que a medida da pena aplicada vai variar de acordo com as suas necessidades preventivas, mas nunca pode ultrapassar a culpabilidade do agente, constituindo-se como uma garantia ao cidadão e limite aos interesses estatais.<sup>63</sup>**

Cunha-se, como exemplo, a impossibilidade de decretação da cautelar pessoal da prisão preventiva do indivíduo calcada exclusivamente na gravidade em abstrato do crime. É o posicionamento dos tribunais superiores:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. QUANTIDADE DA DROGA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para quaisquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, pelo qual a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319 do CPP). **2. Hipótese em que o juízo de origem lastreou sua decisão tão somente na gravidade em abstrato do delito, circunstância categoricamente rechaçada pela jurisprudência da Suprema Corte.** 3. A pequena quantidade da droga apreendida torna desproporcional a decretação da prisão preventiva. Precedentes. 4. Motivação que extrapola o conteúdo do decreto prisional não se presta a suprir a carência de fundamentação nele detectada. 5. Habeas corpus concedido.<sup>64</sup>

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A prisão preventiva é compatível com a presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, do caráter abstrato do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP). Além disso, a decisão judicial deve apoiar-se em motivos e fundamentos concretos, relativos a fatos novos ou contemporâneos, dos quais se possa extrair o perigo que a liberdade plena do investigado ou réu representa para os meios ou os fins do processo penal (arts. 312 e 315 do CPP).

<sup>63</sup> Grifos acrescentados. SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e Pena: A trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena.** São Paulo: Editora D'Plácido, 2022. p. 12.

<sup>64</sup> Grifos acrescentados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 135250. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Brasília, 13 set., 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11744823>>. Acesso em: 15 mar. 2025.

2. Na hipótese, o Juízo singular apontou a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal e indicou motivação idônea para decretar a prisão preventiva do acusado, em especial a gravidade concreta da conduta, caracterizada pela quantidade e pela qualidade da droga apreendida (277 g de maconha, 329 g de cocaína e 3 g de crack), e o risco de reiteração delitiva, porque o paciente havia sido preso há poucos dias, no mesmo local, pela suposta prática de tráfico de drogas e estava em gozo de liberdade provisória quando, em tese, voltou a delinquir.

3. Essas circunstâncias revelam a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva, dada a aparente habitualidade da conduta, situação que, por si só, na linha da orientação que tem sido adotada por esta Corte, justifica a custódia cautelar.

4. Por idênticos fundamentos, a adoção de medidas cautelares diversas não se prestaria a evitar o cometimento de novas infrações penais.

5. Agravo regimental não provido.<sup>65</sup>

Há uma sinergia entre a função retributiva e a presença dos requisitos para a aplicação da prisão preventiva. É que, como se acentua na jurisprudência colacionada, não pode o Estado se utilizar da cautelar pessoal em foco como mecanismo de antecipação da pena. Vale dizer, não se retribui sem a devida sentença penal condenatória com o trânsito em julgado.

Com isso, não se está a autorizar a utilização de métodos outrora vivenciados no Estado de exceção, em que, afastando-se do aspecto da “ultima ratio”, a sanção penal era utilizada como verdadeira e única função “preventiva”, com a tipificação de crimes em que se era imperceptível a tutela de um bem jurídico sério e concreto. Uma verdadeira antecipação da sanção penal, amparada em inconfessáveis propósitos.

Angela Moreira Domingues da Silva<sup>66</sup>, ao analisar o autoritarismo no Brasil durante a ditadura militar, destaca que a legislação de segurança nacional implementada durante o período de exceção caracterizava-se pela ausência de um bem jurídico concreto, operando através de conceitos deliberadamente vagos como “guerra psicológica adversa” e “inconformismo político-social”. A autora evidencia este aspecto ao analisar o caso de Theodomiro Romeiro dos Santos, primeiro condenado à pena de morte sob o AI-14 de 1969, onde as motivações ideológicas predominavam nas argumentações jurídicas. Destaca que esta característica refletia o funcionamento

<sup>65</sup> Grifos acrescidos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 951.427/SP. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 15 mar., 2025. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202403796045&dt\\_publicacao=10/03/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202403796045&dt_publicacao=10/03/2025)> . Acesso em: 15 mar. 2025.

<sup>66</sup> SILVA, Angela Moreira Domingues da. **Justiça e autoritarismo no Brasil**: crime contra a segurança nacional e pena de morte durante a ditadura militar. Dimensões, Vitória, v. 32, p. 111-127, 2014. ISSN: 2179-8869.



de uma "legalidade autoritária", na qual o aparato judicial servia primordialmente como instrumento de autopreservação do regime e contenção da oposição política, não como mecanismo de proteção a bens jurídicos tangíveis da sociedade.

### **3.2.2 A função preventiva**

A compreensão da finalidade da pena evoluiu significativamente ao longo da história jurídica, transitando de concepções puramente retributivas para abordagens que privilegiam objetivos preventivos e ressocializadores.

Neste contexto, a função preventiva da pena emerge como elemento central no debate jurídico-penal contemporâneo, representando não apenas uma justificativa para a intervenção punitiva do Estado, mas também um critério norteador para a elaboração e aplicação das normas penais.

A prevenção geral compreende os efeitos da pena sobre a coletividade, visando influenciar o comportamento dos cidadãos mediante a ameaça ou aplicação de sanções penais. Esta modalidade se desdobra em duas vertentes principais: a negativa e a positiva.

A prevenção geral negativa, também denominada intimidação ou *deterrence*, busca dissuadir potenciais infratores através do temor às consequências penais do comportamento delitivo. Segundo esta concepção, a pena opera como contramotivação psicológica, criando um "custo" associado à prática criminosa que desestimularia sua realização. Anselm Von Feuerbach, principal expoente desta teoria, desenvolveu a Teoria da Coação Psicológica, segundo a qual a ameaça legal de punição produziria nos potenciais delinquentes um impulso psíquico contrário à realização do delito. Nesta perspectiva, a certeza e a severidade da punição seriam fatores determinantes para sua eficácia preventiva<sup>67</sup>.

A prevenção geral positiva, por sua vez, enfatiza o papel da pena na reafirmação da validade da norma violada e no fortalecimento da consciência jurídica coletiva. Nesta perspectiva, a função preventiva não se realiza primariamente pela intimidação, mas pela afirmação simbólica da vigência normativa e pelo reforço dos valores protegidos pelo Direito Penal. A pena opera, portanto, como mecanismo de

---

<sup>67</sup> ANDRADE, Camila; SIQUEIRA, Leonardo. **Teorias da pena:** das correntes funcionalizantes à perspectiva negativa. *Delictae*, Recife, v. 1, n. 1, p. 96-127, jul./dez. 2016.

integração social, promovendo a internalização dos preceitos normativos pela comunidade.

A prevenção especial compreende os efeitos da pena sobre o próprio infrator, visando evitar que este reincida na prática delitiva. Esta modalidade também apresenta duas vertentes principais: a negativa e a positiva. A prevenção especial negativa busca neutralizar o infrator, impedindo-o fisicamente de cometer novos crimes durante o período de cumprimento da pena. Se manifesta principalmente nas penas privativas de liberdade, que, ao segregar o condenado do convívio social, inviabilizam (ou dificultam significativamente) a prática de novos delitos extramuros. Esta vertente encontra particular relevância no tratamento de infratores considerados de alta periculosidade ou com elevado risco de reincidência, para os quais a neutralização temporária representaria proteção necessária à sociedade.

A prevenção especial positiva, também denominada ressocialização ou reintegração social, busca transformar o comportamento do infrator por meio de intervenções educativas, terapêuticas e laborais durante o cumprimento da pena. Esta concepção, fortemente influenciada pelo positivismo criminológico, concebe a pena como instrumento de "tratamento" do delinquente, visando sua reabilitação e posterior reintegração à sociedade. Na perspectiva ressocializadora, a execução penal deve orientar-se primordialmente à preparação do condenado para o retorno ao convívio social, oferecendo-lhe oportunidades de desenvolvimento pessoal, qualificação profissional e superação dos fatores que contribuíram para seu comportamento delitivo.

A prevenção geral negativa manifesta-se na legislação penal principalmente pela cominação abstrata de penas, estabelecendo consequências jurídicas desfavoráveis para comportamentos indesejados. A própria tipificação de condutas como crimes e a fixação de patamares punitivos buscam produzir efeito dissuasório sobre potenciais infratores.

Já a prevenção geral positiva, por meio da seleção de bens jurídicos protegidos penalmente, sinalizando à sociedade quais valores são considerados fundamentais e dignos de tutela mais intensa. A criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente (Lei nº 9.605/1998), por exemplo, além de buscar proteger concretamente os ecossistemas, visa fomentar uma consciência ecológica na população.

Na fase de aplicação judicial, a prevenção geral é considerada como um dos critérios para a dosimetria da pena, conforme estabelece o art. 59 do CP ao mencionar a necessidade de que a pena seja "necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

A função preventiva não está indene de críticas. Autores contemporâneos, como Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, argumentam que a retribuição pode ser utilizada como uma ferramenta de vingança estatal, reforçando desigualdades estruturais e ignorando a função social do Direito Penal. Doutrinam quanto ao tema:

#### 28. Crítica da tese da prevenção geral

O meio pelo qual se pretende alcançar a prevenção geral é o exemplo e, seguindo a via exemplificativa, se chegará à repressão intimidatória e, por último, à vingança. **Quando se elege o caminho da prevenção geral, o passo da repressão exemplar à vingança é muito sutil e muito difícil de identificar.** A prevenção geral se funda em mecanismos inconscientes: o homem respeitador do direito sente que reprimiu tendências que outro não reprimiu; que privou-se do que outro não se privou, e experimenta inconscientemente como inútil o sacrifício de uma privação a que o outro não se submeteu. Inconscientemente, quem se reprimiu clama por vingança, e daí que o passo da prevenção geral à vingança nunca seja de todo claro e que a prevenção geral sempre encerre um conteúdo vingativo. Para refrear este conteúdo vingativo se sustenta que a pena "justa" é a "retributiva" e por isto, dentro desta linha, deve obedecer à lei do talião: a pena deve importar a mesma quantidade de mal causado pelo delito ("olho por olho e dente por dente").<sup>68</sup>

Esquadrinhada as funções da pena, bem como apresentadas algumas críticas de peso, o certo é que o art. 59 do CP elenca a orientação dosimétrica no sentido de reprovar e prevenir a prática do crime. Por isso, passa-se ao detalhamento do método trifásico de quantificação da sanção penal.

### 3.3 A individualização da pena no ordenamento jurídico infraconstitucional

Prevê o art. 68 do CP que a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59. Após, considera-se as circunstâncias atenuantes e agravantes. Por último, emerge a análise das causas de diminuição e de aumento. Com isso, tem-se a existência de um método trifásico.

<sup>68</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 118-119.

Na primeira fase, o juiz determina a pena-base considerando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima). Parte-se dos limites mínimo e máximo previstos para o tipo penal.

Adiante, num segundo passo, pondera-se as circunstâncias agravantes e atenuantes. Daí, aplica-se uma fração de aumento ou redução de pena em relação à sanção identificada na primeira fase, respectivamente. Importante ressaltar que, aqui, a pena não pode ficar abaixo do mínimo ou acima do máximo legal<sup>69</sup>.

Emerge a terceira fase, consistente na apuração das causas de aumento e diminuição de pena previstas pelo legislador. Diferentemente do que ocorre na segunda fase, a aplicação da fração de redução ou exasperação, pode revelar uma pena final que transponha os limites mínimo e máximo previstos para o tipo penal.

O objetivo principal da presente obra se atrela a análise de uma possível cultura ou política da pena mínima no momento da prolação da sentença condenatória. Não por outro motivo, o foco da análise do método trifásico dar-se-á nas hipóteses permissivas de majoração da pena (vale dizer, negatização das circunstâncias judiciais da primeira fase, estudo das agravantes e das causas especiais de aumento de pena). Com isso, não se está a fazer tábula rasa das hipóteses obrigatórias de mitigação da pena. Trata-se, em verdade, de uma delimitação do objeto de estudo, no afã de conferir maior acurácia científica, alertando o leitor para as situações em que se autoriza (*recutius*, se determina) a majoração da reprimenda e que muitas vezes são esquecidas ou ignoradas durante a individualização.

Com essas breves considerações, passa-se ao detalhamento de cada um dos momentos dosimétricos.

### **3.3.1 Primeira fase – pena base**

Antes do detalhamento de cada uma das circunstâncias judiciais talhadas no art. 59 do CP, calha uma indagação: qual é a quantidade de pena a ser exasperada ante a negatização de cada uma das circunstâncias?

---

<sup>69</sup> Quanto à polêmica acerca da utilização da confissão espontânea para aplicação da pena abaixo do mínimo legal cominado, vide o item 2.2.2.1. *A não superação do Enunciado n. 231 da Súmula de Jurisprudência dominante Superior Tribunal de Justiça*, do Capítulo 2 deste estudo.

No condão de tecer estudo orientativo sobre a individualização da pena durante o método trifásico, o CNJ um Grupo de Trabalho para levantamento jurisprudencial e doutrinário acerca da temática. Do relatório conclusivo, tem-se os seguintes paradigmas:

Assim, o estudo dos critérios empregados no processo dosimétrico e a compilação jurisprudencial da temática podem contribuir para o aumento da segurança jurídica e para realização dos valores constitucionais, ensejando, dessa forma, o aprimoramento da Justiça Criminal brasileira.

Com esse escopo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu, por meio da Portaria CNJ no 207/2021, Grupo de Trabalho (GT) para a elaboração de diretrizes envolvendo a dosimetria da pena nos processos criminais, composto exclusivamente por magistrados, sob a coordenação da Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, então Corregedora Nacional de Justiça, bem como dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça Rogério Schietti Machado Cruz e Reynaldo Soares da Fonseca.<sup>70</sup>

Dali, lê-se:

No tocante à eventual fração a ser, como regra, utilizada, bem como em relação à sobre o que deve incidir, isto é, se sobre a pena mínima ou sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima, inexistente consenso em nenhuma das instâncias judiciais, **embora se verifique as tendências de aplicação de 1/8 sobre o intervalo ou de 1/6 sobre a mínima, sendo absolutamente pacífico, contudo, o dever de fundamentação.**  
(Grifos acrescentados)

Apesar da prevalência desse critério, as nuances do caso concreto permitem conclusão diversa, desde que a decisão esteja amparada no constitucional dever de fundamentação. Daí a máxima de que a dosimetria da pena não é uma simples operação aritmética, sendo cada caso um caso a ser devidamente analisado. No âmbito do STJ, sedimentou-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FRAÇÃO DE AUMENTO. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE NO QUANTUM ELEITO. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. PEDIDO DE CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A dosimetria da pena é atividade inserida no âmbito da atividade discricionária do julgador, atrelada às particularidades de cada caso concreto. Desse modo, cabe às instâncias ordinárias, a partir da apreciação das circunstâncias objetivas e subjetivas de cada crime, estabelecer a reprimenda que melhor se amolda à situação, admitindo-se revisão nesta instância apenas quando for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta,

<sup>70</sup> Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v5.pdf>>. Acesso em 17 mar. 2025.

hipótese em que deverá haver reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

II - Sobre critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que esta Corte Superior de justiça entende que "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. **Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto"** (AgRg no REsp n. 143.071/AM, Sexta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/5/2015).

III - **A confecção da dosimetria da pena não é uma operação matemática, e nada impede que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto** (STF, Primeira Turma, RHC 101576, Relator(a): Min. Rosa Weber, Dje 14-08-2012). Ainda, certo é que não há direito do subjetivo do réu à adoção de alguma fração de aumento específica para cada circunstância judicial negativa, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo entre as penas mínimas e máximas ou mesmo outro valor. Precedentes.(...)<sup>71</sup>

Com essas considerações, adentra-se nas peculiaridades de cada uma das circunstâncias legalmente previstas.

### 3.3.1.1 Culpabilidade

A culpabilidade, quando analisada na primeira fase da dosimetria da pena (fixação da pena-base), possui contornos específicos que a diferenciam significativamente de outros conceitos homônimos no Direito Penal. Na primeira fase da dosimetria, conforme o art. 59 do Código Penal, o juiz deve considerar a culpabilidade como uma das circunstâncias judiciais. Neste contexto específico, a culpabilidade refere-se ao grau de reprovabilidade da conduta do agente no caso concreto, ou seja, a intensidade do dolo ou o grau da culpa manifestados na ação criminosa.

Por isso, não pode ser confundida enquanto elemento pressuposto inerente à aplicação da pena, que constitui um dos elementos da teoria tripartite do crime (fato típico, ilícito e culpável). Nessa acepção, a culpabilidade é um juízo de censurabilidade que recai sobre o autor por ter praticado um fato típico e ilícito quando

<sup>71</sup> Grifos acrescidos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.084.097/RS. Relator: Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF). Brasília, 26 abr., 2022. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=5&documento\\_sequencial=151566717&registro\\_numero=202200679688&peticao\\_numero=202200311062&publicacao\\_data=20220503&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=151566717&registro_numero=202200679688&peticao_numero=202200311062&publicacao_data=20220503&formato=PDF)>. Acesso em: 17 mar. 2025.

podia ter agido de modo diverso, englobando a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

A culpabilidade como fator de constituição do delito, relacionada ao princípio "nullum crimen sine culpa", que estabelece a culpabilidade como fundamento e limite da pena, exigindo, para a configuração do crime, a presença de dolo ou culpa.

Na análise da culpabilidade como circunstância judicial, o magistrado deve avaliar elementos como o maior ou menor grau de reprovação social da conduta, considerando circunstâncias específicas que revelem maior intensidade do dolo ou especial perversidade na execução do crime. Trata-se de um juízo individualizado que considera a conduta específica do agente, para além da culpabilidade já intrínseca ao tipo penal.

A jurisprudência dos tribunais superiores tem reiterado que a mera afirmação da existência da culpabilidade, sem demonstração concreta de elementos que a elevem além daqueles inerentes ao tipo penal, não é suficiente para justificar o aumento da pena-base. É necessária a fundamentação específica que demonstre por que, no caso concreto, a culpabilidade extrapolou aquela já prevista como elemento constitutivo do crime.

Assim, a culpabilidade como circunstância judicial representa uma análise qualitativa da conduta criminosa, permitindo ao juiz individualizar a pena de acordo com as peculiaridades do caso concreto, sem que isso implique em *bis in idem* com as outras dimensões da culpabilidade no sistema penal. Noutro prisma, também se revela atécnico negatar a culpabilidade enquanto circunstância judicial indicando que o indivíduo era culpável, pois seria imputável, possuía potencial conhecimento da ilicitude e lhe era exigível conduta diversa. Ora, se tais elementos são pressupostos para a configuração da existência do crime, não há falar em maior reprovação para fins do cálculo dosimétrico pelo seu diagnóstico. Eis elucidativo julgado do TJMT no ponto:

APELAÇÃO CRIMINAL - AMEAÇA NO AMBIENTE DOMÉSTICO - CONDENAÇÃO - IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA - AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE - PERTINÊNCIA - FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA - IMPUTABILIDADE, POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - ELEMENTOS INTEGRANTES DO CONCEITO DE CRIME - REDUÇÃO DA PENA-BASE - RECURSO PROVIDO. A imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigência de conduta diversa são elementos integrantes do conceito de crime, não podendo ser confundidas com a culpabilidade [prevista no art. 59 do CP], a qual se refere, exclusivamente, ao agente, dizendo respeito à censurabilidade e/ou

reprovabilidade de sua conduta, a constituir fundamentação inidônea para a negatização da pena-base<sup>72</sup>.

Com essas considerações, mister o apontamento de algumas nuances do caso concreto em que os tribunais superiores entendem pertinente para a negatização da culpabilidade. A premeditação, entendida como reflexão e planejamento prévios à execução delitiva, recebe maior reprovabilidade no momento da fixação da pena. O indivíduo que se vale da prática delitiva por uma ocasião não planejada não merece sanção idêntica aquele que se valeu de tempo, estratégia e organização para a empreitada criminosa. Consolida o STJ:

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DOSIMETRIA DA PENA. PREMEDITAÇÃO E MODUS OPERANDI. AGRAVANTE. ELEVAÇÃO DE 1/6. PROPORCIONALIDADE. TENTATIVA. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. QUANTUM DE REDUÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.(...)

II. Questão em discussão

4. A questão em discussão consiste em saber se a dosimetria da pena foi corretamente aplicada, considerando a premeditação como fundamento para majoração da pena pela culpabilidade e o modus operandi como justificativa para aumento pela circunstância do crime.

(...)

III. Razões de decidir

6. A premeditação do crime é considerada fundamento idôneo para justificar a majoração da pena pela culpabilidade, pois desborda do tipo penal.

7. O aumento da pena em razão das circunstâncias do crime é justificado pelo modus operandi, que revela gravidade concreta superior à insita aos crimes de roubo. (...) <sup>73</sup>

A posição do indivíduo e a participação em organização criminosa também é lastro autorizado pelos tribunais superiores para exasperação da pena pela negatização da culpabilidade. Veja-se:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ART. 35 DA LEI Nº 11.343/2006. AUTORIA E MATERIALIDADE. PROVA TESTEMUNHAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. PROPORCIONALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. I. CASO EM EXAME (...)

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há três questões em discussão: (...) (ii) verificar a adequação da dosimetria da pena com base nas circunstâncias judiciais; (...)

<sup>72</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal: 10028773520228110003. Relator: PEDRO SAKAMOTO. Cuiabá, 20 fev., 2024. Disponível em: <<https://hellsgate-preview.tjmt.jus.br/jurisprudencia/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=203644696&colegiado=Segunda&origem=PJe&token=3u35s547H0twxVuT>>. Acesso em: 18 mar. 2025.

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 961.315/PA. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 19 fev., 2025. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202404349803&dt\\_publicacao=26/02/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202404349803&dt_publicacao=26/02/2025)>. Acesso em: 18 mar. 2025.



(...).

5. A dosimetria da pena foi adequada, considerando a maior reprovabilidade da conduta devido à ligação com facção criminosa de alta periculosidade, o que justifica a exasperação da pena-base. Precedentes. (...) <sup>74</sup>

Nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, a pouca idade da vítima já é elementar do tipo penal de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), que presume a vulnerabilidade absoluta de menores de 14 anos. Contudo, dentro desse espectro etário, a jurisprudência tem reconhecido que a tenra idade pode negatar a culpabilidade do agente.

O STJ tem consolidado entendimento de que, mesmo sendo a pouca idade elemento do tipo penal de estupro de vulnerável, a idade específica da vítima pode ser considerada para negatar a culpabilidade quando for significativamente menor que o limite etário previsto no tipo. Assim, o abuso contra uma criança de 5 anos, por exemplo, pode justificar a exasperação da pena-base em relação a um caso similar envolvendo vítima de 13 anos, embora ambas sejam consideradas vulneráveis pela legislação. É o que se percebe no seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMAS IRMÃOS GÊMEOS QUE CONTAVAM COM 9 ANOS À ÉPOCA DOS FATOS. CRIME COMETIDO PELO PADRASTO. VÍTIMAS QUE REGISTRARAM ALTERAÇÃO DE PERSONALIDADE. REVOLTA E AGRESSIVIDADE. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTOS LEGÍTIMOS PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE.

1. Diz-se que a idade da vítima no crime de estupro de vulnerável é circunstância elementar do tipo penal, o que reduz as possibilidades de que essa mesma idade seja sopesada para o aumento da basal. Há, no entanto, nuances que podem e devem influenciar o aumento, sob pena de ficar afastada a análise acerca da maior ou menor reprovabilidade da conduta do agente.

2. Não se pode tratar igualmente o agente que pratica violência sexual contra crianças e aquele que a comete contra um adolescente, pois, muito embora o ato seja praticado contra vítima vulnerável, a vulnerabilidade da vítima também deve ser contada em graus, em estágios.

3. No âmbito do artigo 59 do Código Penal a culpabilidade deve ser entendida como o grau de reprovabilidade da conduta no contexto em que foi cometido o delito, devendo ser considerada a realidade fática em sua inteireza. Assim, a idade das vítimas deve influenciar na fixação da pena-base, em observância ao princípio da proporcionalidade. (...) <sup>75</sup>

<sup>74</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 2.735.386/RJ. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Brasília, 27 nov. 2024. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202403294666&dt\\_publicacao=17/12/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202403294666&dt_publicacao=17/12/2024)> . Acesso em: 18 mar. 2025.

<sup>75</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 677.747/SC. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 14 jun. 2022. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=151740707&num\\_registro=202102063050&data=20220620&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=151740707&num_registro=202102063050&data=20220620&tipo=5&formato=PDF)> . Acesso em: 18 mar. 2025.

Pelo que se viu até então, são exponenciais os exemplos jurisprudenciais sobre as hipóteses de negatização da culpabilidade. Mas, para que a reprimenda seja exasperada no ponto, mister a existência de acervo probatório e argumentos sólidos aptos possibilitar a majoração no ponto.

### 3.3.1.2 Antecedentes

Os antecedentes representam o histórico criminal do indivíduo antes do fato delituoso em julgamento. Diferentemente de outras circunstâncias judiciais, esta se baseia em dados objetivos: processos e condenações criminais anteriores que demonstram o envolvimento pregresso do agente com o sistema de justiça criminal.

É fundamental diferenciar antecedentes de reincidência. A primeira circunstância diz respeito a qualquer registro criminal válido que não configure reincidência, incluindo condenações com trânsito em julgado fora do período depurador de cinco anos ou por fatos anteriores ao crime em julgamento.

A reincidência, por sua vez, é talhada no art. 63 do CP. Ocorre quando o agente comete novo crime após condenação transitada em julgado por crime anterior, dentro do período depurador de cinco anos (art. 64, inciso I, do CP) após o cumprimento ou extinção da pena anterior. A distinção é relevante porque a reincidência constitui agravante na segunda fase da dosimetria (art. 61, I, CP), enquanto os antecedentes são valorados na primeira fase.

No âmbito do STJ, três enunciados da Súmula de jurisprudência vinculante abordam a temática. O primeiro é n. 241, segundo o qual “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.”<sup>76</sup>. Representa uma importante salvaguarda contra excessos punitivos no sistema penal brasileiro. Ao impedir a dupla valoração da reincidência, tanto como circunstância judicial quanto como agravante, a súmula concretiza o princípio do *ne bis in idem* e contribui para a aplicação de penas proporcionais e justas.

---

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 241. Diário de Justiça, Brasília, 15 set. 2000. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/RevSTJ/article/viewFile/9352/9472>>. Acesso em: 19 mar. 2025.

Adiante, tem-se o enunciado n. 444<sup>77</sup>, pelo qual: “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Verdadeira homenagem ao princípio da não culpabilidade e da presunção de inocência, não se permite o agravamento da pena-base ante a ausência de sentenças condenatórias com trânsito em julgado.

Por fim, é de se apontar o enunciado n. 636<sup>78</sup>, autorizador da comprovação dos maus antecedentes por meio da folha de antecedentes criminais, sendo desnecessária a juntada da sentença penal condenatória e da certidão de trânsito em julgado dos demais processos penais respondidos pelo acusado.

Sobre a negatização dos antecedentes, alguns fatos merecem destaque. Primeiramente, a despeito de não configurar reincidência, a condenação com trânsito em julgado no curso do processo em análise, mas que se vincula a conduta delitiva anterior, configura a existência de maus antecedentes. A reincidência exige que o crime posterior seja cometido após uma condenação transitada em julgado. Se o crime em julgamento é anterior ao crime pelo qual o agente já foi condenado, não há reincidência, mas evidencia-se um histórico criminal que pode ser valorado como maus antecedentes. Nesse sentido:

DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. CRITÉRIO DE AUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

6. Ademais, “[s]egundo a orientação desta Corte Superior, a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, com trânsito em julgado posterior à data do ilícito de que ora se cuida, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base” (AgRg no HC n. 607.497/SC, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe 30/09/2020).(...)<sup>79</sup>

Outro fenômeno que influi diretamente na negatização dos antecedentes enquanto circunstância judicial do art. 59 é a multirreincidência, conceituada como

<sup>77</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 444. Diário de Justiça, Brasília, 13 mai. 2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@NUM=444>>. Acesso em: 19 mar. 2025.

<sup>78</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 636. Diário de Justiça, Brasília, 25 jun. 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@NUM=636>>. Acesso em: 19 mar. 2025.

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.793.285/RS. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 18 fev., 2025. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202404283945&dt\\_publicacao=24/02/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202404283945&dt_publicacao=24/02/2025)> . Acesso em: 19 mar. 2025.

múltiplas sentenças condenatórias com trânsito em julgado antes do processo em análise. Por uma questão de isonomia e proporcionalidade, não pode o reincidente receber tratamento penal idêntico ao multirreincidente. Por isso, autoriza-se a utilização de uma das condenações para fins de identificação da circunstância agravante da reincidência enquanto a(s) outra(s) podem subsidiar a negativação dos antecedentes na primeira fase dosimétrica. Não é outra a conclusão jurisprudencial:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DA PENA-BASE POR MAUS ANTECEDENTES. PROPORCIONALIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA. AUMENTO DE 1/2. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I. CASO EM EXAME

(...)

4. No presente caso, a pena-base foi exasperada em 1/5 em razão dos maus antecedentes do réu, que possui duas condenações anteriores, o que está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que admite fração mais gravosa para réus com múltiplas condenações valoradas como maus antecedentes.

5. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi corretamente aumentada em 1/2 em razão da multirreincidência, visto que o réu possui quatro condenações no prazo depurador da reincidência. Tal aumento está de acordo com os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, conforme entendimento reiterado desta Corte.

6. Não há flagrante ilegalidade na dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias, sendo a fundamentação idônea e adequada. (...) <sup>80</sup>

Ementa: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO. TENTATIVA. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE E AGRAVANTE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PARCIAL PROVIMENTO.

(...) III. RAZÕES DE DECIDIR

A compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência é adequada, desde que respeite o entendimento de que cada condenação anterior deve ser empregada de maneira distinta, evitando o bis in idem. No caso concreto, uma condenação foi corretamente valorada como maus antecedentes na primeira fase da dosimetria, enquanto outra fundamentou a reincidência na segunda fase, permitindo a compensação.

A fixação do regime inicial fechado é cabível, mesmo para penas inferiores a quatro anos, quando se verifica a reincidência e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, em conformidade com o art. 33, §2º e §3º, do Código Penal e a Súmula 269 do STJ. (...) <sup>81</sup>

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 902.471/SP. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Brasília, 22 out., 2024. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202404283945&dt\\_publicacao=24/02/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202404283945&dt_publicacao=24/02/2025)>. Acesso em: 19 mar. 2025.

<sup>81</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. N.U 0011268-54.2014.8.11.0042. Relator: JOSE ZUQUIM NOGUEIRA. Cuiabá, 11 fev., 2025. Disponível em: <<https://hellsgate-preview.tjmt.jus.br/jurisprudencia/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=268482295&colegiado=Segunda&origem=PJe&token=3u35s547H0twxVuT>>. Acesso em: 19 mar. 2025.

Sobre um possível viés de direito penal do autor quando da análise dos antecedentes (aliado ao estudo da conduta social e da personalidade), aponta a doutrina:

É aqui que o pensamento de Hungria ganha relevo. Como já dito acima, o penalista afirmava que a nossa teoria sobre a individualização da pena era uma mescla dos fundamentos da escola clássica e positiva - afirmação que nos parece bastante plausível - tendo em vista a reunião de elementos que se relacionam com o fato, por exemplo, a culpabilidade, e elementos que visam medir a periculosidade do agente, que se depreendem quando da análise da personalidade, dos antecedentes e da conduta social, para ficarmos nesses exemplos.

Essa conclusão também chegou Heleno Fragoso. O autor fala que a lei especificamente o artigo 59 do CP - considere elementos que façam uma avaliação do ser do agente (antecedentes, conduta social e personalidade) e a reprovabilidade do injusto realizado culpabilidade, consequências e comportamento da vítima).

Dessa união, acreditamos que todos acabam perdendo. Como dissemos acima, a culpabilidade vem sendo cada vez mais atrofiada em prol dos outros elementos, além de ser tratada isso se verá melhor no próximo capítulo na sua vertente antigarantista, ou seja, culpabilidade do autor. Na prática, evidentemente, não estamos punindo o indivíduo pelo o que ele faz e sim pelo o que ele é.

Infelizmente, temos uma hipertrofia da culpabilidade do autor em detrimento da culpabilidade do fato, a tal ponto que se defende a personalidade como elemento preponderante para a aplicação da pena, e que o "juiz atesta a pena ao autor concreto do crime, atendendo as peculiaridades de sua personalidade moral(caráter), e examinando se a conduta delituosa constitui fato acidental ou se é expressão da maneira de ser do acusado".<sup>82</sup>

Embora existam críticas doutrinárias que apontam para uma suposta caracterização de "direito penal do autor" na valoração dos antecedentes, tal visão não se sustenta adequadamente. A consideração dos antecedentes não representa punição pelo que o agente "é", mas reconhecimento objetivo de sua conduta pregressa como indicativa de maior reprovabilidade.

O STF enfrentou a possível pecha de inconstitucionalidade acerca da reincidência enquanto circunstância agravante. Argumentação plenamente aplicável no ponto em questão no que pertine aos maus antecedentes. Ao bater pela constitucionalidade, por meio da pacificação do Tema 144, emergiu do voto do Min. Marco Aurélio (relator):

Se assim o é quanto às diversas previsões, de forma diferente não acontece no tocante ao agravamento da pena. Afastem a possibilidade de cogitar de

---

<sup>82</sup> SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e Pena: A trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena**. São Paulo: Editora D'Plácido, 2022. p. 62-63.

duplicidade. Logicamente, quando da condenação anterior, o instituto não foi considerado. Deve sê-lo na que se segue, em razão do fato de haver ocorrido, sem o interregno referido no artigo 64 do Código Penal – cinco anos –, uma outra prática delituosa. Então, não se aumenta a pena constante do título pretérito, mas, presentes o piso e o teto versados relativamente ao novo crime, majora-se, na segunda fase da dosimetria da pena, no campo da agravante, a básica fixada. Afinal, o julgador há de ter em vista parâmetros para estabelecer a pena adequada ao caso concreto, individualizando-a, e, nesse contexto, surge a reincidência, o fato de o acusado haver cometido, em que pese a glosa anterior, novo desvio de conduta na vida em sociedade.

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, consideradas a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

(...)

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente, deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.<sup>83</sup>

A maior reprovabilidade decorre da culpabilidade acentuada daqueles que, tendo já experimentado a reprimenda estatal ou tendo conhecimento do funcionamento do sistema criminal por experiências anteriores, optam por persistir na prática delitiva. Trata-se de valoração legítima da maior censurabilidade da conduta de quem, apesar do contato anterior com o sistema de justiça criminal, demonstra desprezo pela ordem jurídica.

### 3.3.1.3 Conduta social

Como já adiantado no tópico anterior, o estudo da conduta social não se mostra isenta à crítica doutrinária de verdadeiro recrudescimento da pena em virtude do direito penal do autor, desvencilhando-se da análise concreta da conduta delitiva. Jurisprudencialmente, contudo, consolida-se a legalidade e constitucionalidade da análise desta circunstância, autorizando-se o recrudescimento da pena base quando da sua negatificação.

---

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 453.000 (Tema 114 de Repercussão Geral). Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. Brasília, 04 abr., 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>>. Acesso em: 05 mar. 2025.

Em verdadeiro paradigma jurisprudencial, valendo-se da análise doutrinária, concomitantemente ao afastamento da utilização de condenações anteriores como negatização da conduta social, o STJ cunhou o conceito da circunstância em foco, amplamente seguida pelos demais ramos da Justiça. No bojo da pacificação do Tema Repetitivo 1.077, detalhou-se:

RECURSO ESPECIAL ADMITIDO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. PENAL. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES PENAIS PRETÉRITAS PARA VALORAR NEGATIVAMENTE A PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. No art. 59 do Código Penal, com redação conferida pela Lei n.º 7.209/1984, o Legislador elencou oito circunstâncias judiciais para individualização da pena na primeira fase da dosimetria, quais sejam: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias; as consequências do crime; e o comportamento da vítima.

2. Ao considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Julgador declinar, motivadamente, as suas razões, que devem corresponder objetivamente às características próprias do vetor desabonado. A inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

**3. A conduta social diz respeito à avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coletividade em que está inserido. Conforme o Magistério de Guilherme de Sousa Nucci (in Código Penal Comentado, 18.ª ed. rev., atual. e ampl; Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 389), "conduta social não é mais sinônimo de antecedentes criminais. Deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora".**

**4. Rogério Greco diferencia detalhadamente antecedentes criminais de conduta social. Esclarece o Autor que o Legislador Penal determinou essa análise em momentos distintos porque "os antecedentes traduzem o passado criminal do agente, a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais". Especifica, ainda, que as incriminações anteriores "jamais servirão de base para a conduta social, pois abrange todo o comportamento do agente no seio da sociedade, afastando-se desse seu raciocínio seu histórico criminal, verificável em sede de antecedentes penais" (in Curso de Direito Penal, 18.ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 684).**

(....)

6. "São exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade. São fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo. [...]. Aliás, personalidade distingue-se de maus antecedentes e merece ser analisada, no contexto do art. 59, separadamente" (NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 390).

7. "A jurisprudência desta Suprema Corte (e a do Superior Tribunal de Justiça) orienta-se no sentido de repelir a possibilidade jurídica de o magistrado sentenciante valorar negativamente, na primeira fase da operação de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, quando se utiliza, para esse efeito, de condenações criminais anteriores,

ainda que transitadas em julgado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes" (STF, RHC 144.337-AgR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019).(...)<sup>84</sup>

A análise individual quanto à conduta social deve levar em conta sua postura em diferentes contextos de convivência, incluindo seu núcleo familiar, meio social, ambiente de trabalho e instituições locais. Um indivíduo sem antecedentes criminais pode, ainda assim, demonstrar comportamentos eticamente duvidosos, indignos ou em desacordo com princípios morais, revelando dificuldades em se ajustar às regras da sociedade. Por outro lado, alguém que tenha histórico de infrações criminais pode ter realizado atos de grande altruísmo ou relevante impacto positivo para a comunidade<sup>85</sup>.

Desponta, então, a razão de ser de testemunhas comumente arroladas pela defesa no condão de indicar que o acusado possui uma postura socialmente aceita na sociedade, impedindo-se a negatificação desta circunstância por consequência. É o que se denomina de testemunha de beatificação, entendida como aquela que, a despeito de não ter maiores informações sobre o fato, podem contribuir para a boa conduta do agente na convivência social.

Alguns doutrinadores elencam na análise desta circunstância um verdadeiro estudo dos *antecedentes sociais* do acusado<sup>86</sup>.

Pela análise jurisprudencial do STJ, tem-se que o indivíduo temido em sua comunidade por seu comportamento violento, ameaçador e destemido se revela motivo idôneo para negatificação<sup>87</sup>.

Em casos envolvendo a violência doméstica familiar, houve a reprovação da postura social do acusado que faz uso desmedido de bebida alcoólica, hábito que

<sup>84</sup> Grifos acrescidos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.794.854/DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 23 jun., 2021. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900355571&dt\\_publicacao=01/07/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900355571&dt_publicacao=01/07/2021)>. Acesso em: 20 mar. 2025.

<sup>85</sup> BITENCOURT, Cezar R. **Código penal comentado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. E-book. p.237. Acesso em: 20 mar. 2025.

<sup>86</sup> DE CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021. p. 396.

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 929.377/ES. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Brasília, 17 dez., 2024. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202402582011&dt\\_publicacao=23/12/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202402582011&dt_publicacao=23/12/2024)>. Acesso em: 23 mar. 2025.



influenciou de forma direta e negativa em sua postura cotidiana. Fato gerador de episódios recorrentes de descontrole e hostilidade<sup>88</sup>.

Por derradeiro, cita-se a situação em que o indivíduo, dentro do fórum, momentos antes de se colher o depoimento da vítima, a ela se dirigiu com a realização de ameaças, o que, contextualmente e pelo desrespeito às instituições, possibilitou a negatificação da conduta social.<sup>89</sup>

Tal qual paira durante toda fase dosimétrica, mas com especial destaque à conduta social, deve o intérprete se valer de extrema cautela no condão de evitar a ocorrência da dupla valoração negativa de um mesmo fato devidamente comprovado para o recrudesimento da pena (*non bis in idem*). O destaque aqui se dá pela peculiar amplitude cognitiva que permite aferir a negatificação da conduta do indivíduo no seu nicho social. Nessa toada, por exemplo, falece de credibilidade a negatificação desta circunstância porque o indivíduo praticou outros crimes no passado.

### 3.3.1.4 Personalidade do agente

O estudo da personalidade deve ser atrelado a sua origem etimológica, e aqui calha o empréstimo das ciências linguísticas para aprofundamento da temática:

Em contrapartida, em latim, a palavra *persona*, às vezes próxima do etrusco *phersu* (máscara), designa bem na origem a máscara do ator, em seguida o personagem interpretado por esse ator. A noção gramatical de “pessoa” parece se elaborar em Roma a partir da análise do espetáculo de teatro, seguindo um modelo que, aparentemente, a linguística tende a adotar com frequência, por exemplo, quando fala de “papéis” “interpretados” pelos “agentes-atores de uma frase, ou quando representa uma unidade linguística, frase ou discurso, como um “drama” ou “cena”.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.001.304/MG. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 26 abr., 2022. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202103432794&dt\\_publicacao=29/04/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103432794&dt_publicacao=29/04/2022)>. Acesso em: 23 mar. 2025.

<sup>89</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.918.046/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 13 abr., 2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=125148143&num\\_registro=202100217010&data=20210419&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=125148143&num_registro=202100217010&data=20210419&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 23 mar. 2025.

<sup>90</sup> LÉTOUBLON, Françoise; FRANARIN, Gabriela Da Costa (Trad.); LOGUERCIO, Sandra Dias (Rev.); SILVA, Silvana (Rev.). **A pessoa e suas máscaras: observações sobre o desenvolvimento da noção de pessoa e sobre sua etimologia na história da língua grega**. Letras, v. 33, n. 1, p. 155-161, Edição Especial, 2023. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/271137>>. Acesso em 24 mar. 2025.

Atrela-se a raiz gramatical à máscara utilizada no teatro grego para assunção de uma nova identidade, um personagem. Ocorre que esse elemento, isoladamente, não é o suficiente para a definição de personalidade para fins penais.

Aliada ao estudo dos antecedentes e da conduta social, a análise da personalidade do acusado encontra sérias críticas doutrinárias como ponto de afastamento do julgamento do fato delitivo e foco no autor do delito, com o viés de cessação de periculosidade por meio de um elemento puramente subjetivo. Alerta Salo de Carvalho<sup>91</sup>:

Os problemas centrais oferecidos pela circunstância personalidade de réu são os da ausência de precisão conceitual e da carência de uma metodologia de análise. Com isso não se está afirmando inexistirem um conceito e uma metodologia própria de estudo. Ao contrário, é possível identificar na literatura das ciências psi (psiquiatria, psicologia e psicanálise) uma multiplicidade de conceitos e de métodos que permite concluir pela inexistência de um conceito unívoco e de um método consensual para análise da personalidade.

Conforme destacam Alberto Silva Franco e Juliana Belloque, o conceito de personalidade não é um conceito jurídico, mas explorado por outras áreas do saber (psiquiatria, psicologia e antropologia) e incorporado pelo direito. O diagnóstico dos autores evidencia as dificuldades de apreensão e de análise desta categoria na esfera judicial.

A despeito da preocupação concreta e séria acerca da vagueza conceitual e da falta de uma metodologia adequada para o estudo da personalidade enquanto circunstância judicial da primeira fase dosimétrica, alguns apontamentos são dignos de destaque.

O primeiro é que, constantemente, o Direito Penal lida com conceitos normativos limítrofes à psiquê do agente, cujo diagnóstico se dá com o amparo da prova concretizada no curso do devido processo constitucional e legal. É o que acontece, por exemplo, com a análise do dolo eventual, culpa consciente, potencial conhecimento da ilicitude e etc.

Noutro prisma, qualquer análise normativa, vale dizer, que envolva o juízo de valor, é imantada do constitucional dever de fundamentação decisória. Logo, ainda que a metodologia utilizada pelo intérprete não se mostre a mais adequada, deve ser explicitada no teor decisório, garantindo, dentre outros, o acesso ao grau jurisdicional de revisão.

---

<sup>91</sup> DE CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021. p. 400-401.

Com essas considerações e pela vagueza conceitual, vale-se da descrição amplamente utilizada pela jurisprudência do STJ (e por isso, paradigma para os tribunais estaduais) para definição de personalidade:

Trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. 'A personalidade tem uma estrutura muito complexa. Na verdade é um conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente morfológico, estático, que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é o temperamento; e o caráter, que é a expressão psicológica do temperamento [...] Na configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e socioambientais, o que vale dizer que as experiências da vida contribuem para a sua evolução. Esta se faz em cinco fases bem caracterizadas: infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice" (GUILHERME OSWALDO ARBENZ, *Compêndio de medicina legal*). É imprescindível, no entanto, haver uma análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sua sobrevivência. Por outro lado, personalidade não é algo estático, mas encontra-se em constante mutação. [...]. Estímulos e traumas de toda ordem agem sobre ela. Não é demais supor que alguém, após ter cumprido vários anos de pena privativa de liberdade em regime fechado, tenha alterado sobremaneira sua personalidade. O cuidado do magistrado, nesse prisma, é indispensável para realizar justiça. São exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade. São fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo. [...]. Segundo nos parece, a simples existência de inquéritos e ações em andamento, inquéritos arquivados e absolvições por falta de provas não são instrumentos suficientes para atestar a personalidade do réu. Em verdade, não servem nem mesmo para comprovar maus antecedentes. Aliás, personalidade distingue-se de maus antecedentes e merece ser analisada, no contexto do art. 59, separadamente. Por isso, é imprescindível cercar-se o juiz de outras fontes, tais como testemunhas, documentos etc., demonstrativos de como age o acusado na sua vida em geral, independentemente de acusações no âmbito penal. Somente após, obtidos os dados, pode-se utilizar o elemento personalidade para fixar a pena justa.<sup>92</sup>

Para a análise da personalidade, neste contexto, a jurisprudência dispensa a existência de laudo técnico, desde que presentes nos autos provas suficientes para lastrear a fundamentação decisória no sentido da negatização:

(...). 4. A valoração negativa da personalidade do réu também é idônea, baseada em elementos concretos dos autos, como a frieza, o desvio de caráter

<sup>92</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.794.854/DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 23 jun., 2021. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GeInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900355571&dt\\_publicacao=01/07/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GeInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900355571&dt_publicacao=01/07/2021)>. Acesso em: 24 mar. 2025.

e a indiferença demonstradas pelo agente diante das consequências dos delitos, incluindo sua tentativa de transferir a culpa para a vítima. A fundamentação dispensou laudo técnico, pois a análise decorreu de fatos evidenciados no processo, alinhando-se ao entendimento jurisprudencial de que o juízo sobre a personalidade pode se basear no conjunto probatório.

5. A dosimetria da pena, enquanto atividade discricionária do magistrado, só pode ser revista em casos de flagrante ilegalidade ou abuso de poder. No caso concreto, a fixação da pena-base acima do mínimo legal atendeu aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, considerando as peculiaridades do crime e as circunstâncias judiciais desfavoráveis. (...).<sup>93</sup>

Volvendo os olhos ao estudo empírico jurisprudencial, permite-se a negativação da personalidade quando o acusado assume o papel de mentor da empreitada criminosa<sup>94</sup>. Num crime de tortura e latrocínio contra pessoa idosa, de igual modo, permitiu-se o aumento da pena pela reprovação da personalidade ante a atuação fria, covarde e extrema periculosidade, sem qualquer manifestação de misericórdia ou empatia em relação à vítima.<sup>95</sup>

Por revelar afronta às instituições e aos deveres para com a Justiça, o indivíduo que se aventura a realizar a prática delitiva enquanto no cumprimento da prisão domiciliar ostenta uma personalidade apta a majoração da pena base, segundo orientação do STJ.<sup>96</sup>

Como derradeiro exemplo, cita-se o homicida que possui histórico de agressões e violência no âmbito familiar (que não se coincidem com condenações por processos anteriores ao episódio delitivo sentenciado). Na visão da Corte responsável pela unificação interpretativa do direito infraconstitucional federal, está-se diante de hipótese autorizadora da negativação da personalidade<sup>97</sup>.

### 3.3.1.5 Motivos

<sup>93</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 772.044/SP. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Brasília, 04 fev., 2025. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202202965122&dt\\_publicacao=14/02/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202965122&dt_publicacao=14/02/2025)>. Acesso em: 24 mar. 2025.

<sup>94</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 723.349/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 08 mar., 2022. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202200402210&dt\\_publicacao=14/03/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200402210&dt_publicacao=14/03/2022)>. Acesso em: 24 mar. 2025.

<sup>95</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 909.984/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 04 fev., 2025. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202401533383&dt\\_publicacao=13/02/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202401533383&dt_publicacao=13/02/2025)>. Acesso em: 05 mar. 2025.

<sup>96</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 2.563.677/DF. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Brasília, 10 dez., 2024. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202400382751&dt\\_publicacao=16/12/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202400382751&dt_publicacao=16/12/2024)>. Acesso em: 24 mar. 2025.

<sup>97</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 780.886/PB. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Brasília, 03 dez., 2024. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203450950&dt\\_publicacao=13/12/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203450950&dt_publicacao=13/12/2024)>. Acesso em: 24 mar. 2025.

Uma vez mais, há o cuidado para a não afronta ao *non bis in idem*. No contexto dos motivos do crime, essa vedação assume particular importância. Os motivos constituem uma das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; Simultaneamente, podem configurar qualificadoras (como no homicídio por motivo fútil ou torpe - art. 121, §2º, II, CP) ou agravantes genéricas (como no art. 61, II, "a", CP - motivo fútil ou torpe).

Quando já considerado como qualificadora ou agravante, sua valoração novamente como circunstância judicial negativa na primeira fase da dosimetria caracteriza inadmissível *bis in idem*, violando princípios constitucionais como a proporcionalidade e a individualização da pena.

Também há de se ter em mente a impossibilidade de utilização de elementos inerentes ao tipo penal e dotados de uma ampla generalidade para a negatificação desta circunstância. Cita-se, por exemplo, a não rara fundamentação de repreensão de motivos nos crimes patrimoniais pela intenção de lucro fácil do acusado. Sobre isso, desponta na jurisprudência do STJ:

Os motivos do crime são os fatores psíquicos que levaram o agente a praticar a infração penal, o que não se confunde com dolo ou culpa, porquanto estão desvinculados do tipo penal, sendo dinâmicos e mutáveis, haja vista que apenas revelam desejos do agente. Por outro lado, dolo e culpa, alocados no fato típico, são estáticos e vinculados ao tipo penal, de forma que é irrelevante para sua caracterização o móvel da conduta.<sup>98</sup>

Como exemplo de negatificação dos motivos:

1. no crime de falsa identidade, o agente não agiu apenas para esquivar-se da imputação do furto, mas sim com plena consciência de que, devido à sua ficha criminal, poderia enfrentar prisão preventiva e cometer falta grave durante o cumprimento de pena. Ao falsear sua identidade, o indivíduo traiu deliberadamente a confiança do Estado, aproveitando-se de sua condição para cometer novo delito, demonstrando calculada premeditação e desprezo pelos mecanismos legais de responsabilização criminal, o que evidencia motivação especialmente reprovável que

---

<sup>98</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 409.775/RS. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 16 ago., 2018. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86740514&num\\_registro=201701840686&data=20180824&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86740514&num_registro=201701840686&data=20180824&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 24 mar. 2025.

transcende a mera autodefesa e justifica maior rigor na valoração das circunstâncias judiciais;<sup>99</sup>

2. o ciúme e o sentimento de posse manifestados pela não aceitação do término do relacionamento constituem elementos de especial reprovabilidade em crimes de violência de gênero, uma vez que reforçam estruturas históricas de dominação masculina e perpetuam a objetificação da mulher, transcendendo o mero descumprimento formal da medida protetiva, cujo núcleo típico consiste apenas na desobediência à ordem judicial, independentemente da motivação subjacente, o que justifica a exasperação da pena-base em conformidade com os princípios da Lei Maria da Penha e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para coibir todas as formas de violência contra a mulher<sup>100</sup>;

3. quando o roubo é praticado como parte estratégica para viabilizar outro delito, demonstra-se uma motivação que extrapola o elemento subjetivo típico deste crime. Tal circunstância revela maior reprovabilidade na conduta do agente, visto que seu intuito criminoso transcende a mera obtenção patrimonial característica do roubo, integrando-se a um plano delitivo mais amplo e complexo, o que justifica a valoração negativa desta circunstância judicial na dosimetria da pena<sup>101</sup>.

### 3.3.1.6 Circunstâncias

Possuem caráter objetivo, pois referem-se aos fatores externos, adjacentes, que envolvem o evento central e lhe conferem uma tonalidade particular. Baseando-se nestes elementos, o magistrado pode, na etapa inicial do sistema trifásico, avaliar com maior ou menor severidade a condenação pelo ato ilícito. Abrangem os fatores temporais, espaciais, metodológicos de realização, os atributos físicos e mentais da pessoa afetada (excluindo-se, naturalmente, aqueles já

<sup>99</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.665.217/SC. Relator: Ministro Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP). Brasília, 26 fev., 2025. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202402111840&dt\\_publicacao=06/03/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202402111840&dt_publicacao=06/03/2025)>. Acesso em: 25 mar. 2025.

<sup>100</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 2.498.452/CE. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Brasília, 04 fev., 2025. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202303589729&dt\\_publicacao=14/02/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202303589729&dt_publicacao=14/02/2025)>. Acesso em: 05 mar. 2025.

<sup>101</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2.062.055/MG. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Brasília, 17 dez., 2024. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202301114430&dt\\_publicacao=23/12/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301114430&dt_publicacao=23/12/2024)>. Acesso em: 25 mar. 2025.

determinados pelo legislador) e do perpetrador, a possível conexão entre ambos, e a postura do agente durante a prática ilícita.<sup>102</sup>

Jurisprudencialmente, pode-se perceber a síntese conceitual amplamente aceita no STJ por meio do seguinte julgado, donde o Ministro Antonio Saldanha Palheiro destrinchou:

As circunstâncias da infração podem ser compreendidas como os pormenores do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não inerentes ao tipo penal. Sendo assim, na análise das circunstâncias do crime, é imperioso ao magistrado sentenciante apreciar, com base em fatos concretos, o lugar do crime, o tempo de sua duração, a atitude assumida pelo agente no decorrer da consumação da infração penal, a mecânica delitiva empregada, entre outros elementos indicativos de uma maior censurabilidade da conduta<sup>103</sup>.

São as respostas para as indagações de como, onde e como ocorreu a conduta delitiva. Obviamente, só se permite a negatificação quando o fundamento de análise não sirva como qualificadora ou próprio elemento objetivo ou subjetivo da conduta tipificada. Nesta quadra, o repouso noturno que constitui causa especial de aumento de pena do furto simples, apesar de não poder ser negatificado aqui quanto a esse delito, poderá lastrear o aumento de pena numa lesão corporal praticada contra a mulher por razões de sexo feminino, a depender do contexto probatório.

A prática do crime de homicídio por meio de disparos de arma de fogo, durante a luz do dia, em local público e movimento justifica a exasperação da pena base no ponto, uma vez que o risco criado ultrapassa aquele inerente ao tipo penal do art. 121 do CP.<sup>104</sup>

Ainda, quanto ao crime de apropriação indébita, o fato de o acusado ser o braço direito da vítima, ainda que seu empregado e, portanto, com a aplicação da causa especial de aumento de pena do art. 168, §1º, inciso III, do CP, permite a

<sup>102</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 174-175

<sup>103</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.965.389/SC. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 22 fev., 2022. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=143908752&num\\_registro=202103297468&data=20220225&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=143908752&num_registro=202103297468&data=20220225&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 26 mar. 2025.

<sup>104</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 870.944/AL. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 05 mar., 2025. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202304219987&dt\\_publicacao=11/03/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202304219987&dt_publicacao=11/03/2025)>. Acesso em: 26 mar. 2025.

negativação das circunstâncias pelo montante da quebra de confiança depositada pela vítima.<sup>105</sup>

Noutra situação, quando o indivíduo rouba um veículo no condão de praticar novo crime de roubo em seguida, com o claro intuito de despistar a investigação policial e dificultar sua identificação, é viável a negativação dos motivos da primeira empreitada criminosa<sup>106</sup>.

### 3.3.1.7 Consequências

Doutrinariamente, segue o conceito da circunstância judicial em análise:

Na linha de raciocínio já externada anteriormente, versando sobre os motivos e as circunstâncias, as consequências são tomadas em termos gerais: envolvem aquilo que se seguiu do crime, para além do resultado típico - e com este não se confundem. E lógico que, assim como nos demais pontos relativos ao art. 59, para que valham como circunstâncias judiciais, as consequências não podem já estar estabelecidas como qualificadoras, privilegiadoras, agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição de pena. Como circunstâncias judiciais, as consequências não podem estar previstas como elementar do tipo, circunstâncias legais ou figuras majoradas ou minoradas, sob pena de incorrer-se em bis in idem.

(...)

Quer dizer, quando se fala em considerar as consequências da infração penal, para efeitos de dosimetria da pena-base, refere-se, necessariamente, àquilo que transcende ao resultado típico-jurídico daquela infração. Ou seja, consequências não são o resultado previsível (e esperado) do crime, visado pelo agente ou assumido por ele - bem como o obtido por falta do dever de cuidado - e não podem estar abrangidas pelo tipo penal. Assim, no caso do crime de homicídio, por exemplo, não se pode tomar como consequência a morte da vítima. Esta, a morte, é o resultado visado ou atingido pelo autor, não consequência.<sup>107</sup>

E é exatamente na análise deste ponto que as vozes da vítima e de seus familiares merecem especial atenção durante a instrução processual. Como será abordado no Capítulo 3 deste estudo, a originalidade é uma das condições da ação

<sup>105</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.645.496/GO. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Brasília, 26 fev., 2025. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordaonum\\_registro=202401828010&dt\\_publicacao=05/03/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordaonum_registro=202401828010&dt_publicacao=05/03/2025)>. Acesso em: 26 mar. 2025.

<sup>106</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 2.601.334/BA. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Brasília, 04 fev., 2025. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202401188955&dt\\_publicacao=10/02/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202401188955&dt_publicacao=10/02/2025)>. Acesso em: 26 mar. 2025.

<sup>107</sup> COSTA, André de Abreu. **Penas e Medidas de Segurança – Fundamentos e Individualização**. 2. ed. São Paulo: Rio de Janeiro, 2016. p. 162.



penal. E essa originalidade também diz respeito à mancha que o crime vivenciado trouxe à jornada vital da vítima e de seu núcleo social.

Quanto ao arcabouço constitucional, o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88) revela a impossibilidade de tolher a força probante da palavra de parentes, amigos e pessoas vinculadas às vítimas por esta simples condição. Concluir de outra maneira é levar a cabo uma constante e intransponível teoria conspiratória. É dizer: tudo o que será extraído da palavra dessas pessoas terá unicamente o condão de prejudicar o acusado, numa invariável situação de *vendetta*.

O próprio constituinte originário não fez tábula rasa do núcleo daqueles que sofreram os abalos dos crimes dolosos ao prever (*rectius*, ordenar) no artigo 245:

**A lei disporá** sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público **dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso**, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito (Grifos acrescidos).

Também se extrai da ordem convencional especial atenção ao tema. É o que se vê da Resolução nº 40/34 da ONU, aprovada pela Assembleia Geral em 29 de novembro de 1985, que, no capítulo destinado ao acesso à justiça e tratamento justo pelas vítimas, verbera:

6. A capacidade de resposta do aparelho judicial e administrativo às necessidades das vítimas deve ser facilitada:  
(...)  
d) Tomando medidas para minimizar os transtornos causados às vítimas, proteger a sua privacidade, se necessário, e garantir a sua segurança, **bem como a das suas famílias e testemunhas favoráveis, contra manobras de intimidação e represálias.**  
(Grifos acrescidos)

Nesse contexto, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução n.º 243/2021, trouxe a lume a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas. Dali, orienta-se pela homenagem ao direito de participação processual, sublinhando:

Art. 3º Entende-se por vítima qualquer pessoa natural que tenha sofrido danos físicos, emocionais, em sua própria pessoa, ou em seus bens, causados diretamente pela prática de um crime, ato infracional, calamidade pública, desastres naturais ou graves violações de direitos humanos, sendo destinatários da **proteção integral de que trata a presente Resolução:**

(...)

II - **vítima indireta**: pessoas que possuam **relação de afeto ou parentesco com a vítima direta**, até o terceiro grau, desde que convivam, estejam sob seus cuidados ou desta dependam, no caso de morte ou desaparecimento causado por crime, ato infracional ou calamidade pública;

(...)

V - **familiares e pessoas economicamente dependentes da vítima**;  
(Grifos acrescentados)

Nessa linha, destaca-se a tese aprovada no Congresso Nacional do Tribunal do Júri em Minas Gerais no ano de 2023:

Em sintonia com a Constituição Federal, as convenções internacionais de proteção à vítima e seus familiares e a existência de norma específica no Código de Processo Penal (artigos 206 e 208), não há vedação de tomada de compromisso de pessoas vinculadas à vítima e arroladas como testemunha no Processo Penal, inadmitindo-se a interpretação analógica e a aplicação supletiva ou subsidiária do Código de Processo Civil.<sup>108</sup>

Durante a instrução do processo penal, não raro, o Estado-Acusação limita-se a indagar à vítima ou a seus familiares exclusivamente elementos inerentes ao tipo penal (Como foi o crime? O que o acusado disse na hora do roubo? Você reconheceu o acusado na delegacia?). Ocorre que descortinar as consequências da conduta delitiva, invariavelmente, é ouvir desses personagens o que aconteceu após o crime (O que mudou na sua vida depois disso? Você passou a fazer terapia? O acusado procurou devolver o valor que lhe causou de prejuízo?).

E, de forma alguma, pode o intérprete se valer da gravidade em abstrato do crime para destacar a negatização das consequências. Tal se dá porque a vertente legislativa já levou isso em consideração ao delimitar o intervalo de pena cominada no preceito secundário.

Não bastasse, um mesmo tipo penal, quando concretizado na ação criminosa, pode gerar consequências aptas ou não de negatização. Cita-se, exemplificadamente, o crime de lesão corporal em razão da condição de gênero feminino. Existem situações em que o episódio delitivo foi isolado na vida do casal, havendo, inclusive, reconciliação posterior à agressão. Neste caso, as consequências não extrapolaram o já previsto pelo legislador. Noutro prisma, este mesmo delito pode ter obrigado a vítima a mudar de cidade, abandonar o emprego, fazer terapia ou a realizar terapia médica durante longo período, tomar medicamentos para superação

<sup>108</sup> Disponível em: <<https://mpmt.mp.br/site/storage/webdisco/arquivos/Proposta%20de%20Tese%20-%20O%20VALOR%20PROBAT%C3%93RIO%20DAS%20TESTEMUNHAS%20VINCULADAS%20%C3%80S%20V%C3%8DTIMAS%20DOS.pdf>>. Acesso em 27 mar. 2025.

dos traumas (físicos e psíquicos). Neste cenário, desde que devidamente comprovado o fato no curso do evento, a negatificação das consequências é medida de rigor.

Analisando esses paradigmas, o Tribunal de Justiça Mato-grossense já referendou a possibilidade de repreensão desse vetor dosimétrico nas seguintes situações:

1. nos crimes de estupro, atentado violento ao pudor e homicídio tentado, considerando os traumas ocasionados à vítima (considerando que passou a necessitar de terapia)<sup>109</sup>;
2. a agressão ocasionadora de fratura exposta no crime de agressão corporal contra a mulher por razões de gênero feminino<sup>110</sup>;
3. num episódio de furto de um caminhão de soja, único bem de subsistência da vítima, reprimiu-se o elevado valor do prejuízo aliado ao abalo psicológico vivenciado pelo proprietário do bem<sup>111</sup>;
4. afigura-se válida a valoração negativa das consequências do delito quando a vítima de homicídio deixa filhos menores órfãos, causando dano ao projeto de vida dos indivíduos em formação<sup>112</sup>;
5. no crime de dano qualificado (contra patrimônio público), o acusado teve a pena aumentada pela magnitude do dano empreendido na cadeia pública, o que gerou, inclusive, necessidade de interrupção adequada dos serviços para reparo<sup>113</sup>.

### 3.3.1.8 Comportamento da vítima

<sup>109</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. N.U 1001727-57.2024.8.11.0000. Relator: GILBERTO GIRALDELLI. Cuiabá, 20 mar., 2025. Disponível em: <<https://hellsgate-preview.tjmt.jus.br/jurisprudencia/VisualizaRelatorio/RelatorioEmentaJurisprudencia?id=276183390&colegiado=Segunda&tipoProcesso=Acordao&token=3u35s547H0twxVuT>>. Acesso em: 27 mar. 2025.

<sup>110</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. N.U 1002192-76.2024.8.11.0029. Relator: MARCOS MACHADO. Cuiabá, 18 mar., 2025. Disponível em: <<https://hellsgate-preview.tjmt.jus.br/jurisprudencia/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=275994889&colegiado=Segunda&origem=PJe&token=3u35s547H0twxVuT>>. Acesso em: 27 mar. 2025.

<sup>111</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. N.U 1000763-27.2021.8.11.0014. Relator: LUIZ FERREIRA DA SILVA. Cuiabá, 12 mar., 2025. Disponível em: <<https://hellsgate-preview.tjmt.jus.br/jurisprudencia/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=274522358&colegiado=Segunda&origem=PJe&token=3u35s547H0twxVuT>>. Acesso em: 27 mar. 2025.

<sup>112</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. N.U 0007699-92.2019.8.11.0002. Relator: MARCOS MACHADO. Cuiabá, 11 mar., 2025. Disponível em: <<https://hellsgate-preview.tjmt.jus.br/jurisprudencia/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=274556867&colegiado=Segunda&origem=PJe&token=3u35s547H0twxVuT>>. Acesso em: 27 mar. 2025.

<sup>113</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. N.U 0002702-80.2007.8.11.0004. Relator: JUVENAL PEREIRA DA SILVA. Cuiabá, 11 mar., 2025. Disponível em: <<https://hellsgate-preview.tjmt.jus.br/jurisprudencia/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=274458864&colegiado=Segunda&origem=PJe&token=3u35s547H0twxVuT>>. Acesso em: 27 mar. 2025.

O legislador pátrio trouxe algumas previsões explícitas em que o comportamento da vítima deságua na redução da pena do acusado. Cita-se, por exemplo, a causa especial de pena do homicídio privilegiado.

Elencado no art. 121, §1º, do CP, caracteriza-se como uma forma de homicídio com pena reduzida devido a circunstâncias específicas que diminuem a culpabilidade do agente. O comportamento da vítima assume relevância fundamental na configuração do homicídio privilegiado, especialmente nas hipóteses de injusta provocação da vítima. Quando a vítima provoca injustamente o agente, essa conduta pode constituir elemento essencial para a caracterização do privilégio. A provocação deve ser injusta, ou seja, contrária ao direito ou à moral; relevante, com potencial para gerar estado emocional alterado; e próxima ao crime, com conexão temporal razoável. É importante ressaltar que a provocação deve ser suficientemente grave para justificar a reação emocional intensa do agente. O juiz avalia a proporcionalidade entre a provocação e a reação.

O comportamento da vítima pode também desencadear no agente um estado de violenta emoção que diminui sua capacidade de autocontrole. Nesta situação, analisa-se a conduta da vítima como gatilho emocional, a resposta emocional desproporcional do agente e a diminuição temporária da capacidade de autodeterminação.

A análise do comportamento da vítima não significa sua culpabilização, mas reconhece que certas condutas podem reduzir a reprovabilidade da conduta do agente. O direito penal pondera o grau de provocação ou participação da vítima, o contexto social e interpessoal do conflito, e a proporcionalidade entre provocação e reação.

É essencial compreender que o homicídio privilegiado não exime o agente de responsabilidade, apenas reduz a pena em função das circunstâncias especiais que diminuem a culpabilidade.

Por claro, havendo previsão expressa de causa especial de diminuição de pena na terceira fase, não se autoriza a minorar a reprimenda do acusado pela análise da circunstância judicial em apreço.

Atrelando ao estudo da vitimologia, Salo de Carvalho destaca a necessidade de cautela para o não adentramento no pantanoso terreno da revitimização do indivíduo ofendido no curso da instrução probatória:

Embora seja um aspecto relevante de investigação criminológica (vitimologia) as formas pelas quais as pessoas se colocam em posições de vulnerabilidade e se expõem a situações de risco - riscos que em muitos casos podem deflagrar um processo que resulta em atos delitivos praticados contra o sujeito vulnerável (vitimização primária) -, o procedimento e os critérios judiciais de análise devem ser muito bem dimensionados, sob pena de a sentença, que é direcionada ao réu, produzir um novo dano à vítima. A propósito, não apenas no momento do julgamento, mas, sobretudo, no dos atos instrutórios, judiciais e administrativos (depoimento policial), há uma forte tendência de os atores do sistema penal reproduzirem situações de revitimização (vitimização secundária), normalmente em decorrência da extrema inabilidade em abordar temas delicados que envolvem pessoas (réus e vítimas) concretas.<sup>114</sup>

Não se mostra profana a conclusão de que a análise do comportamento vítima é ponto comumente mais abordado pela defesa técnica dos acusados. Conclusão esta de índole empírica, ao menos. E há razão de ser para tanto. Segundo a pacífica orientação do STJ:

O comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base. Com efeito, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, essa circunstância deve ser considerada neutra.<sup>115</sup>

Daí, desponta a orientação pacífica, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, de que, de forma alguma, o comportamento da vítima poderá embasar o recrudesimento da pena do condenado. No máximo, pode ser valorada como neutra, quando não contribui para a ocorrência do delito.

Mas, então, surge o questionamento: como inferir se a vítima de alguma forma contribuiu para a prática do delito? Resposta esta que deve ser dada pelo Estado-Juiz, mas sempre observando algumas limitações, em prol da dignidade da pessoa humana.

E aqui, interessa ao estudo o aprofundamento do Caso Mariana Ferrer, que pode assim ser sintetizado:

Na ação, Mariana Ferrer acusava o empresário André de Camargo Aranha de tê-la dopado em 2018 durante uma festa na boate em que ela atuava como

<sup>114</sup> DE CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021. p. 411-412.

<sup>115</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 541.177/AC. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 04 fev., 2020. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105930823&num\\_registro=201903165207&data=20200212&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=105930823&num_registro=201903165207&data=20200212&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 05 mar. 2025.

promoter, em Florianópolis, e depois de ter tirado sua virgindade enquanto ela estava vulnerável, sem capacidade de resistir.

Em 2019, o empresário foi denunciado por estupro de vulnerável e o juízo de 1º grau decretou sua prisão, que foi revogada pelo TJ/SC. O segundo promotor do caso entendeu que não foi possível comprovar o estado da jovem. O homem foi absolvido.

Em novembro de 2020, audiência em que foi realizada oitiva da vítima causou revolta na comunidade jurídica. Em vídeo, divulgado pelo The Intercept, o advogado que representava o empresário foi ríspido. Em uma das falas, disse que ela estava "dando showzinho".

"Peço a Deus que meu filho não encontre uma mulher que nem você. E não dá para dar o teu showzinho, teu showzinho você vai lá dar no Instagram depois para ganhar mais seguidores."

Na audiência, a promotor se mostra abalada e, chorando, "implora" ao magistrado por respeito.

"Eu gostaria de respeito, doutor, excelentíssimo, eu estou implorando por respeito, no mínimo. Nem os acusados, nem os assassinos são tratados da forma que eu estou sendo tratada. Pelo amor de Deus, gente."<sup>116</sup>

Aqui, explícito o fenômeno da revitimização. A ampla e a plena defesa pode muito, mas não pode tudo. A incursão probatória que almeja ofender a vítima sob o argumento de análise da circunstância judicial do comportamento da vítima esbarra no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Tamanha a repercussão midiática do Caso Mariana Ferrer que o legislador infraconstitucional editou a Lei n. 14.245/2021, que levou em seu título o nome da vítima (Lei Mariana Ferrer). Dentre outras inovações legislativas, destaca-se a inclusão das seguintes normas no CPP:

Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

(...)

Art. 474-A. Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

<sup>116</sup> Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/421783/stj-rejeita-nulidade-de-audiencia-polemica-do-caso-mari-ferrer>>. Acesso em 27 mar. 2025.

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Com isso, nos tempos atuais, mais do que nunca cabe aos sujeitos processuais o extremo respeito à dignidade da vítima, vedando-se a imersão em matérias que possam lhe ofender tal direito fundamental.

Historicamente, via-se em audiências envolvendo crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes uma gama de questionamentos com o único intuito de transparecer que a sexualidade precoce, a prévia iniciação sexual e o comportamento da vítima “justificaram” a conduta criminosa do acusado. Antes mesmo da Lei Mariana Ferrer, os tribunais superiores refutavam, com veemência, a possibilidade jurídica desta sorte argumentativa. É o que se imprime no enunciado n. 593 da Súmula de jurisprudência dominante do STJ:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.<sup>117</sup>

Outro caso que é digno de anotação é o conhecido Caso Doca Street. Na encantadora Praia dos Ossos, localizada no Município de Búzios no litoral fluminense, ocorreu um dos casos mais notórios da crônica policial brasileira. Ali estava a residência de verão da socialite mineira Ângela Diniz, conhecida nos círculos sociais como "A Pantera".

Na noite de 30 de dezembro de 1976, por volta das 20 horas, após uma intensa briga, Ângela foi fatalmente alvejada com quatro disparos - três atingindo seu rosto e um na região da nuca. O autor do crime foi seu parceiro, o paulistano Raul Fernandes do Amaral Street, popularmente chamado de "Doca Street", com quem mantinha relacionamento e coabitava há aproximadamente quatro meses.

Imediatamente após cometer o homicídio, Doca abandonou o local, deixando a arma de fogo junto ao corpo da vítima. Aquele dia havia sido particularmente conturbado para o casal, que foi observado por conhecidos tendo desentendimentos públicos na praia. Doca demonstrava ciúme excessivo em relação

---

<sup>117</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 593. Diário de Justiça, Brasília, 6 nov. 2017. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/biblioteca/clippinglegislacao/sumula\\_593\\_2017\\_terceira\\_secao.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/sumula_593_2017_terceira_secao.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2025.

à companheira, manifestando comportamento hostil. Sua personalidade era marcada por características dominadoras, possessivas e prepotentes.

No julgamento deste caso, viu-se o desenvolvimento de uma tese que até pouco tempo era a protagonista defensiva nos casos de feminicídio: a legítima defesa da honra. Por ela, o agente alegava ter praticado o crime para defender sua honra supostamente maculada por comportamentos da vítima, geralmente relacionados à infidelidade conjugal ou condutas moralmente reprovadas pelos padrões sociais vigentes.

Tal construção não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, tratando-se de uma interpretação extensiva e distorcida do instituto da legítima defesa previsto no art. 25 do CP, que estabelece: "entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem."

#### A literatura jurídica destrincha:

Street foi defendido por Evandro em seu primeiro julgamento e acabou sendo condenado a uma pena diminuta, dois anos de reclusão com sursis (suspensão condicional da pena). Isto é, o condenado não precisaria recolher-se à prisão. Era praticamente a absolvição. Evandro Lins e Silva usou a tese da legítima defesa da honra, com excesso culposo, e conseguiu os pífios dois anos. Foi um sucesso total para a defesa. Nas próprias palavras de Evandro, "Foi um júri sensacional. O julgamento permitiu que eu aparecesse como o advogado que era antes. E enfrentando a impopularidade, enfrentando os movimentos feministas, que, na época, tinham uma força muito grande e eram muito atuantes. Mas eles não tinham razão, porque evidentemente eu não estava defendendo nada contra as mulheres... Era um episódio individual, de um casal que se desajustou e que chegou até a desgraça de um crime"<sup>118</sup>.

Ao arremate, décadas após o Caso Doca Street, o STF pacifica a inviabilidade da legítima defesa da honra ao decidir:

Referendo de medida cautelar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Interpretação conforme à Constituição. Artigos 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e art. 65 do Código de Processo Penal. "Legítima defesa da honra". Não incidência de causa excludente de ilicitude. Recurso argumentativo dissonante da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF). Medida cautelar parcialmente deferida referendada. 1. "Legítima defesa da honra" não é, tecnicamente, legítima defesa. A traição se encontra inserida no contexto das relações amorosas. Seu desvalor reside no âmbito

<sup>118</sup> ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no Banco dos Réus**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Edição Kindle. Posição 1223.



ético e moral, não havendo direito subjetivo de contra ela agir com violência. Quem pratica feminicídio ou usa de violência com a justificativa de reprimir um adultério não está a se defender, mas a atacar uma mulher de forma desproporcional, covarde e criminosa. O adultério não configura uma agressão injusta apta a excluir a antijuridicidade de um fato típico, pelo que qualquer ato violento perpetrado nesse contexto deve estar sujeito à repressão do direito penal. 2. A “legítima defesa da honra” é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988. 3. Tese violadora da dignidade da pessoa humana, dos direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 1º, inciso III, e art. 5º, caput e inciso I, da CF/88), pilares da ordem constitucional brasileira. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no estímulo à perpetuação da violência contra a mulher e do feminicídio. O acolhimento da tese tem a potencialidade de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção. 4. A “legítima defesa da honra” não pode ser invocada como argumento inerente à plenitude de defesa própria do tribunal do júri, a qual não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Assim, devem prevalecer a dignidade da pessoa humana, a vedação a todas as formas de discriminação, o direito à igualdade e o direito à vida, tendo em vista os riscos elevados e sistêmicos decorrentes da naturalização, da tolerância e do incentivo à cultura da violência doméstica e do feminicídio. 5. Na hipótese de a defesa lançar mão, direta ou indiretamente, da tese da “legítima defesa da honra” (ou de qualquer argumento que a ela induza), seja na fase pré-processual, na fase processual ou no julgamento perante o tribunal do júri, caracterizada estará a nulidade da prova, do ato processual ou, caso não obstada pelo presidente do júri, dos debates por ocasião da sessão do júri, facultando-se ao titular da acusação recorrer de apelação na forma do art. 593, III, a, do Código de Processo Penal. 6. Medida cautelar parcialmente concedida para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; e (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. 7. Medida cautelar referendada.<sup>119</sup>

A gênese da tese está vinculada à íntima convicção dos jurados, na seara do Tribunal do Júri, mas merece anotação pela clara vinculação com o estudo do comportamento da vítima.

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779 MC-Ref. Relator: Ministro DIAS TOFFOLI. Brasília, 15 mar., 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373>>. Acesso em: 27 mar. 2025.

Trocando em miúdos: o comportamento da vítima não pode significar o recrudescimento da pena base, podendo, no máximo, ser valorada como neutra. Contudo, não é dado aos sujeitos processuais se valer de argumentos afrontosos à dignidade da pessoa humana da vítima com o objetivo de mitigar a pena neste ponto.

#### *3.3.1.9 A existência de múltiplos fatores de negatização e intensidade na análise das circunstâncias judiciais do art. 59*

Elencadas e individualizadas as circunstâncias judiciais, em homenagem ao princípio da individualização da pena e da proporcionalidade, deve se dar destaque para quando dentro de uma única circunstância judicial existirem elementos múltiplos ou intensidade descomunal autorizadores do aumento de pena mais significativo.

Não se pode dar credibilidade ao entendimento de que, uma vez negatizada a circunstância, fixa-se um patamar padrão de aumento, desvincilhado das nuances do caso concreto. Concluir de tal maneira, é autorizar a tarificação penal para situações claramente diferentes.

Por exemplo, o indivíduo que ostenta um antecedente criminal não pode receber pena idêntica aquele que possui extenso rol de anotações caracterizadoras dessa circunstância.

Diferentes intensidades dos fatos jurídicos utilizados na fundamentação permitem distintos graus de aumento de pena. Como já destacado em linhas pretéritas, é assente a orientação de que há, inclusive, a permissão para que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto.

#### **3.3.2 Segunda fase – agravantes**

Fixada a pena-base e cumprida a primeira fase, adentra-se na fase intermediária, momento de diagnóstico das circunstâncias agravantes e atenuantes previstas na legislação infraconstitucional. Assim como no estudo do tópico anterior, por estar a confrontar a política da pena mínima, o foco será conferido às primeiras circunstâncias, que permitem o recrudescimento da pena na segunda fase do método

trifásico. Antes do detalhamento individual, porém, rompe a necessidade de alguns apontamentos.

De largada, como já adiantado no primeiro capítulo desta obra, em hipótese alguma a incidência de agravantes ou atenuantes permite a fixação da pena intermediária acima ou abaixo dos limites cominados previstos pelo legislador durante a individualização da pena na vertente judicial.<sup>120</sup>

A coexistência de agravantes e atenuantes é possível, e até mesmo comum no cotidiano forense. Quando da hipótese, há de se observar o determinado no art. 67 do CP, pelo qual a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, sendo elas: os motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência.

O STJ consolidou o entendimento de que é possível a compensação entre circunstâncias agravantes e atenuantes quando possuem igual valor. Este posicionamento foi firmado pela Terceira Seção do STJ no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, tornando-se referência para decisões posteriores. Na oportunidade, consolidou-se a orientação de ser possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes. Em 2022, contudo, houve uma complementação do posicionamento em se verificando a multirreincidência ou a reincidência específica (cuja abordagem dar-se-á com maior aprofundamento no estudo da reincidência, a seguir).

Do ponto de vista prático, a compensação entre circunstâncias significa que elas se anulam mutuamente, não havendo modificação da pena-base na segunda fase. Quando não é possível a compensação integral, o residual deve ser considerado para agravar ou atenuar a pena, sempre observados os limites legais.

Quanto ao valor fracionário a ser acrescido em relação a cada agravante reconhecida, diferentemente da terceira fase, onde as causas de aumento e diminuição têm patamares legalmente estabelecidos, inexistente quantificação legal expressa, o que gerou significativa construção doutrinária e jurisprudencial para suprir essa lacuna, assim como observado na negatização na primeira fase.

---

<sup>120</sup> Vide o tópico 2.2.2. *A vertente judicial* do Capítulo 2.

Da literatura jurídica, colhe-se interessante construção a justificar o paradigma de 1/6 como limite de agravamento ou atenuação:

Reconheça-se: o Código Penal nada diz, ao menos explicitamente, sobre o ponto.

Contudo, se considerarmos, como devemos considerar, que o ordenamento jurídico é um sistema que enseja todas as respostas, desde que seja interpretado e aplicado sistematicamente, desvelaremos critérios e identificaremos limites.

Essa foi a percepção de Fragoso e de Ruy Rosado de Aguiar Jr. quando se defrontaram com o tema e sustentaram a tese de que as agravantes e atenuantes jamais podem propiciar aumentos e diminuições em quantidades superiores a 1/6 da pena-base. A razão pela qual os ilustres doutrinadores apontaram a fração de 1/6 como limite não ultrapassável nós a antecipamos no capítulo anterior, quando justificamos a impossibilidade de quantificação das circunstâncias judiciais sempre nesse patamar, pois 1/6 corresponde ao mínimo legalmente estabelecido pelo legislador para aumentos ou diminuições, na terceira fase, provocados por causas especiais de aumentos ou diminuições e como há uma "hierarquia" entre as circunstâncias legais se as agravantes e atenuantes pudessem produzir aumentos iguais ou superiores a 1/6 da pena base isso implicaria em rompimento dessa "hierarquia" com quebra da harmonia e da coerência interna do sistema penal e ainda atentaria contra o princípio da proporcionalidade das penas (necessidade e suficiência para a prevenção e a repressão)<sup>121</sup>

O STJ, por diversos julgados, consolidou o entendimento de que a fração de 1/6 (um sexto) é considerada razoável para cada circunstância agravante reconhecida, em sintonia com a orientação doutrinária analisada. Veja-se:

É possível o aproveitamento das qualificadoras sobejantes (aquelas não empregadas para qualificar o delito) na primeira ou na segunda etapas da dosimetria, como circunstâncias judiciais ou como circunstâncias agravantes genéricas. Ademais, cada circunstância agravante reconhecida, por recomendação jurisprudencial, deverá acarretar o aumento da reprimenda na fração de 1/6 sobre a pena-base, salvo justificativa adicional para a adoção de quantum distinto. Como, na hipótese, foram valoradas duas agravantes, está autorizado o aumento imposto, de 1/3 sobre a pena-base.<sup>122</sup>

No caso prático da reincidência, uma das agravantes mais comuns prevista no art. 61, I do CP, a aplicação do aumento de 1/6 seria exemplificada em uma condenação por roubo com pena-base de 4 anos. Aplicando-se a fração jurisprudencial, haveria um acréscimo de 8 meses, resultando em pena de 4 anos e 8

<sup>121</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 237-238.

<sup>122</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 802.818/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 07 mar., 2023. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202300470976&dt\\_publicacao=13/03/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300470976&dt_publicacao=13/03/2023)>. Acesso em: 27 mar. 2025

meses após a segunda fase dosimétrica. Na mesma situação, verificando-se a agravante do motivo torpe, prevista no art. 61, II, alínea "a" do CP, com a nova aplicação da fração de 1/6, chega-se um acréscimo adicional de 8 meses sobre a pena-base, totalizando assim 5 anos e 4 meses após a segunda fase dosimétrica (4 anos + 8 meses de reincidência + 8 meses de motivo torpe).

Adianta-se, contudo, que a cotidiana orientação do STJ autoriza o aumento em patamar maior do que 1/6 da pena base, desde que exista fundamentação idônea para tanto. Tema que será amplificado a seguir.

### 3.3.2.1 Reincidência

Como já destacado quando do estudo dos antecedentes, por reincidência entende-se situação pela qual o agente comete novo crime após condenação transitada em julgado por crime anterior, dentro do período depurador de cinco anos (art. 64, inciso I, do CP) após o cumprimento ou extinção da pena pretérita. Pela definição legal do art. 63 do CP, não se configura se o indivíduo houver sido condenado por contravenção penal no passado.

Exatamente na abordagem da reincidência, o STJ, num passado recente, trouxe novos trilhos decisórios sobre o aspecto da compensação com a atenuante da confissão e o patamar de 1/6 como paradigma de aumento de pena. Passa-se ao detalhamento de cada uma dessas orientações, que, pelo método da interpretação analógica, permitem idêntica conclusão às demais circunstâncias agravantes.

Primeiramente, ao revisitar o Tema 585, em que se, invariavelmente, permitia-se a compensação integral da reincidência (agravante) com a confissão espontânea (atenuante), arrematou o Tribunal da Cidadania a nova roupagem ao paradigma outrora pacífico:

É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.<sup>123</sup>

<sup>123</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.931.145/SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 22 jun., 2022. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetIteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202201526193&dt\\_publicacao=31/10/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetIteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201526193&dt_publicacao=31/10/2023)>. Acesso em: 27 mar. 2025.

A construção jurisprudencial é harmônica aos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade, permitindo ao julgador considerar adequadamente tanto o histórico criminal reiterado do agente quanto sua postura colaborativa no processo penal, evitando, assim, distorções no sistema punitivo. Relembre-se, ainda, que as múltiplas anotações criminais podem autorizar a concomitante identificação da agravante em estudo e a negatização dos antecedentes enquanto circunstância judicial da primeira fase.

Na prática forense, impera explicitar que o Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) é uma ferramenta do CNJ que centraliza a gestão de processos de execução penal em todo o território nacional. Adotado desde 2016 como política nacional. O sistema permite o controle informatizado da execução penal e das informações relacionadas ao sistema carcerário brasileiro. O indivíduo que ostenta executivo de pena em curso recebe um Processo de Execução de Pena (PEP) nesse sistema.

Não raro, tanto a acusação pede como o juiz reconhece a reincidência com arrimo num PEP existente no SEEU. Ocorre que o art. 111 da Lei n. 7.210/1984 (Lei da Execução Penal) normatiza:

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Trata-se da regra da unificação das penas na execução penal. Interessa sua menção no ponto porque, num único PEP, há a possibilidade de existência de múltiplas condenações com o trânsito em julgado (multirreincidência).

No quadro emoldurado, para o correto diagnóstico desta agravante, e, conseqüentemente, para a identificação da proporcional fração a ser utilizada na segunda fase dosimétrica, mostra-se mais prudente a apresentação no processo do relatório ou extrato de cumprimento de pena extraído do SEEU. Pragmaticamente, ali, consigna-se quais as penas unificadas num mesmo PEP, possibilitando-se a correta individualização proporcional da pena.

Quanto à fração a ser utilizada pela constatação da reincidência, o STJ fixou a seguinte tese ao pacificar o Tema Repetitivo 1.172:

A reincidência específica como único fundamento só justifica o agravamento da pena em fração mais gravosa que 1/6 em casos excepcionais e mediante detalhada fundamentação baseada em dados concretos do caso.<sup>124</sup>

Algumas conclusões podem ser extraídas da tese em estudo.

Por primeiro, adota-se o patamar mínimo de recrudescimento na fração de 1/6 pela constatação da reincidência.

Contudo, em se tratando de reincidência específica, vale dizer, quando um indivíduo, após ter sido condenado por um crime (observado o período depurador de cinco anos), comete outro delito de mesma natureza ou espécie, as peculiaridades do caso concreto permitem a exasperação em patamar superior.

E, como dita anteriormente, a interpretação analógica permite que a conclusão de que o decidido nos Temas Repetitivos 585 e 1.172 sirva de norte para a apreciação das demais circunstâncias agravantes tipificadas no CP.

O esforço jurisprudencial do STJ nos tempos atuais refuta, com veemência, a lição doutrinária de que a fração de 1/6 se revela como limite para exasperação da pena na segunda fase dosimétrica para cada agravante identificada.

### 3.3.2.2 *Motivo fútil ou torpe*

A motivação, entendida como as razões fáticas e subjetivas que levaram o indivíduo à prática delitiva, servem como aumento de pena na segunda fase dosimétrica em se verificando a futilidade ou a torpeza.

Por motivo fútil, orienta a doutrina:

É o motivo de mínima importância, manifestamente desproporcional à gravidade do fato praticado, como seria, por exemplo, matar alguém porque perdeu uma partida de sinuca ou praticar um furto simplesmente para adquirir uma roupa elegante. O fundamento da maior punição da futilidade consiste no egoísmo intolerante, na mesquinhez, dentre outros fatores decorrentes da expressão da personalidade do agente.<sup>125</sup>

<sup>124</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2.003.716/RS. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 25 out., 2023. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202201526193&dt\\_publicacao=31/10/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201526193&dt_publicacao=31/10/2023)>. Acesso em: 05 mar. 2025.

<sup>125</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 150-151.

É caracterizado como aquele insignificante, desproporcional ou trivial em relação à gravidade da conduta praticada pelo agente. Banal, sem importância, que demonstra desproporção entre a reação do agente e a causa que a desencadeou.

No âmbito do STJ, menciona-se que a prévia discussão não rompe a futilidade, isoladamente:

Tese de julgamento: "1. A existência de discussão prévia não afasta, por si só, a configuração do motivo fútil, visto que o objeto do entrevero pode ser, em si mesmo, fútil."<sup>126</sup>

Sobre a torpeza motivacional do agente:

Torpe é o motivo repugnante, imoral, abjeto, desprezível, vil, e que ofende a nobreza do espírito do homem e a moralidade das pessoas.

Usualmente, menciona-se a vingança, o desprezo, o preconceito, como motivações torpes. Por exemplo, as lesões corporais praticadas por homofobia.<sup>127</sup>

Como se percebe, a torpeza e a futilidade são conceitos que conferem ao intérprete uma ampla gama de caracterização. Sempre calcado no dever de fundamentação, porém, deve-se extrema cautelar para a não configuração da dupla majoração pelo mesmo fato. Assim, por exemplo, uma lesão corporal praticada em virtude de o agente ter pedido num jogo de sinuca pode significar um motivo fútil ou torpe, não se permitindo a incidência simultânea de ambos, contudo.

Outro aspecto a ser abordado é que a aplicação simultânea do motivo fútil e do motivo torpe como agravantes, quando já reconhecidos como qualificadoras do homicídio, configura inadmissível *bis in idem*. O homicídio qualificado (art. 121, §2º, do CP) já contempla entre suas qualificadoras o motivo fútil (inciso II) e o motivo torpe (inciso I). Quando estas circunstâncias são utilizadas para qualificar o delito, alterando os limites da pena em abstrato (reclusão de 12 a 30 anos), são consumidas pela figura típica qualificada, sendo juridicamente impossível sua reaplicação como agravantes genéricas.

<sup>126</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.555.553/MS. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 22 out., 2024. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&p=false&operador=e&livre=%28%28+%28MOTIVO+FUTIL+BANAL%29%29%29+E+%40DOC%3D%272509967%27>>. Acesso em: 29 mar. 2025.

<sup>127</sup> BUSATO, Paulo César. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 893.



Havendo multiplicidade de qualificadoras no homicídio, por outro lado, nada impede que o motivo (torpe ou fútil), se e somente se não tenha sido utilizado como a circunstância qualificadora do crime em concreto, seja utilizado como sobressalente para a majoração da reprimenda na primeira ou na segunda fase dosimétrica.

A orientação aqui delineada também deve ser aplicada em relação às demais agravantes genéricas que também constituam causa de aumento de pena ou qualificadoras de outros crimes.

### *3.3.2.3 Para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime*

Se aplica quando o agente comete um delito visando garantir o sucesso de outro crime, seja ele anterior ou posterior. A lógica jurídica por trás dessa agravante é que o desvalor da conduta é intensificado quando o crime é praticado como meio para outro delito, demonstrando maior reprovabilidade na conduta do agente.

A aplicação desta agravante exige a comprovação do propósito específico do agente, não bastando mera conjectura.

Na primeira modalidade (facilitação), ocorre quando o agente pratica um delito para tornar possível ou mais fácil a execução de outro crime. Por exemplo, o furto de um veículo para utilizá-lo em um roubo posterior.

Quanto ao elemento típico assegurar a execução, o crime é praticado para garantir que outro delito seja executado com sucesso. Como exemplo, tem-se o sequestro de familiares de um gerente de banco para forçá-lo a permitir acesso ao cofre.

Após a prática delitiva, pode o agente vir a realizar nova empreitada criminosa para assegurar a ocultação ou impunidade de outro crime. Um caso clássico é o homicídio de testemunha de um crime anterior.

Por fim, para assegurar vantagem de outro crime se refere à prática de um crime para garantir que o agente desfrute dos benefícios obtidos com a conduta anterior. Exemplo: falsificação de documentos para usufruir de valores obtidos mediante estelionato.

#### *3.3.2.4 À traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido*

O fundamento desta agravante reside na maior reprovabilidade da conduta do agente que, valendo-se de meios que dificultam ou impossibilitam a defesa da vítima, demonstra maior periculosidade e covardia. A norma busca punir mais severamente quem, contrariando o enfrentamento da vítima em igualdade de condições, utiliza-se de recursos que a colocam em situação de indefensabilidade.

A traição se dá pela conduta do agente que ataca a vítima de forma inesperada, surpreendendo-a quando esta não tem motivos para desconfiar da agressão. O elemento essencial é a surpresa, aliada à confiança da vítima no agressor ou à sua despreocupação com possível ataque.

Por emboscada, existe uma ação prévia. O agente, premeditadamente, oculta-se à espera da vítima para, no momento oportuno, surpreendê-la. A ocultação é elemento característico, sendo que o agressor planeja o ataque e posiciona-se estrategicamente para pegar a vítima desprevenida.

Ocorre a dissimulação quando o agente oculta sua real intenção, fingindo propósito diverso para aproximar-se da vítima e, assim, atacá-la quando estiver desprevenida. O agressor mascara suas verdadeiras intenções, enganando a vítima quanto aos seus propósitos.

Encerra-se a situação agravante em estudo com uma cláusula genérica, permissiva de interpretação analógica extensiva. Trata-se do emprego de recurso que dificulte ou torne impossível a reação da vítima. Como exemplos, pontua-se: ataque durante o sono da vítima, uso de narcóticos para reduzir sua capacidade de defesa, emprego de superioridade numérica, e etc.

#### *3.3.2.5 Com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum*

O legislador estabeleceu esta circunstância agravante com lastro em dois pilares fundamentais. Primeiramente, emerge a maior reprovabilidade da conduta, entendida como a utilização de mecanismos causadores de sofrimento desnecessário ou dotados de crueldade, gerando um maior desvalor da conduta. Num segundo

prisma, está a maior periculosidade do agente, que, ao lançar mão de tais recursos, evidencia frieza e cálculo na execução criminosa, representando maior risco social.

O veneno constitui substância que, quando introduzida no organismo, provoca danos à saúde ou morte. Sua utilização recebe tratamento mais severo pelo direito penal por agir de forma sorrateira e muitas vezes imperceptível à vítima, caracterizando meio insidioso.

O emprego de fogo ou explosivo na execução de crimes também configura circunstância agravante por representar recursos que provocam destruição, dor intensa e possibilidade de perigo comum.

A tortura, como método que causa sofrimento físico ou mental intenso e prolongado, revela especial crueldade do agente e justifica punição mais severa.

Os meios insidiosos atuam de forma traiçoeira e dissimulada, dificultando ou impossibilitando a defesa da vítima, revelando maior periculosidade do agente.

Meios cruéis caracterizam-se pelo sofrimento excessivo e desnecessário imposto à vítima, demonstrando insensibilidade e brutalidade do agente.

O perigo comum diz respeito aos meios que, além de atingir a vítima pretendida, colocam em risco pessoas indeterminadas, ampliando o alcance da lesividade da conduta.

Quanto às três últimas figuras, uma vez mais, o legislador lança mão de uma cláusula geral, permitindo o método de interpretação analógica por parte do juiz sentenciante.

### *3.3.2.6 Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge*

A justificativa para esta agravante se fundamenta na violação de deveres especiais de proteção reconhecidos pelo ordenamento jurídico, que estabelece obrigações recíprocas de auxílio, respeito e proteção entre familiares próximos. Pontua-se a vulnerabilidade da vítima, que, frequentemente, confia no familiar agressor. Não raro, são projetados danos psicológicos adicionais em razão do vínculo afetivo que foi violado durante a prática delitiva.

Por vedação à analogia penal em prejuízo do acusado, não se estende a agravante no crime praticado contra companheiro ou companheira, em situação de

união estável. Entretanto, neste caso, há margem para aplicação da agravante a seguir estudada (coabitação).

*3.3.2.7 Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica*

No abuso de autoridade, o agente se vale de sua posição hierárquica, função ou cargo para facilitar a prática delituosa. Não se trata apenas da autoridade pública, mas de qualquer relação onde exista poder de mando ou ascendência, como a do empregador sobre o empregado, do professor sobre o aluno ou do médico sobre o paciente. Em tais situações, há um desvirtuamento da confiança depositada no autor do delito em razão de sua posição privilegiada, tornando a vítima mais vulnerável e menos capaz de oferecer resistência.

A prevalência de relações domésticas ocorre quando o delito é praticado no âmbito da família, aproveitando-se o agente dos laços de parentesco, afinidade ou convivência para executar o crime. Esta modalidade de agravante reconhece a especial gravidade da violação da confiança e da segurança que deveriam existir no ambiente familiar. Já a prevalência de relações de coabitação refere-se às situações em que o agente se vale da convivência sob o mesmo teto, mesmo sem relação familiar, para praticar o delito. Por sua vez, a hospitalidade diz respeito à condição de hóspede, quando o agente, recebido na casa da vítima, aproveita-se desta condição para delinquir.

A parte final da agravante menciona especificamente a violência contra a mulher na forma da lei específica, referindo-se à Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. A aplicação desta agravante requer que a violência seja praticada contra a mulher em contexto de relações domésticas, familiares ou de afeto, conforme previsto no art. 5º da Lei Maria da Penha, veja-se:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Sobre a agravante em estudo, dois Temas Repetitivos do STJ merecem aprofundamento, por afastarem o que comumente se entendia como “bis in idem” incidência do recrudesimento da pena intermediária.

Por ocasião da pacificação do Tema Repetitivo 1.197, fixou-se a seguinte tese:

A aplicação da agravante do art. 61, inc. II, alínea 'f', do Código Penal (CP), em conjunto com as disposições da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), não configura “bis in idem”.

No ponto, destacou-se:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. LESÃO CORPORAL PRATICADA NO ÂMBITO DOMÉSTICO CONTRA A MULHER (ART. 129, § 9º, CP). APLICAÇÃO DA AGRAVANTE GENÉRICA (ART. 61, II, F, CP). POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. MAIOR PUNIÇÃO QUANDO O CRIME É PRATICADO CONTRA A MULHER (GÊNERO FEMININO).

1. Recurso Especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ.

2. Não há bis in idem na aplicação da agravante genérica prevista na alínea f do inc. II do art. 61 do Código Penal (CP), em relação ao crime previsto no art. 129, § 9º, do mesmo Código, vez que a agravante objetiva uma sanção punitiva maior quando a conduta criminosa é praticada "com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica" (destaquei), enquanto as elementares do crime de lesão corporal tipificado no art. 129, § 9º, do Código Penal, traz a figura da lesão corporal praticada no espaço doméstico, de coabitação ou de hospitalidade, contra qualquer pessoa independente do gênero, bastando ser ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem o agente conviva ou tenha convivido, ou seja, as elementares do tipo penal não fazem referência ao gênero feminino da vítima, enquanto o que justifica a agravante é essa condição de caráter pessoal (gênero feminino - mulher).

3. A circunstância que agrava a pena é a prática do crime de violência doméstica contra a mulher, enquanto a circunstância elementar do tipo penal do art. 129, § 9º, do Código Penal, não faz nenhuma referência ao gênero feminino, ou seja, a melhor interpretação - segundo o art. 5º da Lei de Introdução às

Normas do Direito Brasileiro - é aquela que atende a função social da Lei, e, por isso, deve-se punir mais a lesão corporal contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, se a vítima for mulher (gênero feminino), haja vista a necessária aplicação da agravante genérica (art. 61, inc. II, alínea f, do CP). (...)<sup>128</sup>

O tipo penal protege qualquer pessoa no contexto doméstico independentemente do gênero, enquanto a agravante incide especificamente quando a vítima é mulher, reconhecendo a necessidade de maior proteção em razão da vulnerabilidade histórica. Esta interpretação, fundamentada no art. 5º da LINDB, concretiza o princípio da vedação da proteção deficiente.

Noutra oportunidade, o STJ pacificou a seguinte tese no Tema Repetitivo n. 1.215:

Nos crimes contra a dignidade sexual, não configura bis in idem a aplicação simultânea da agravante genérica do art. 61, II, "f", e da majorante específica do art. 226, II, ambos do Código Penal, salvo quando presente apenas a relação de autoridade do agente sobre a vítima, hipótese na qual deve ser aplicada tão somente a causa de aumento.<sup>129</sup>

A circunstância de o agente cometer o crime prevalecendo-se das relações domésticas, de coabitação, de hospitalidade ou com violência contra a mulher na forma da lei específica não pressupõe, tampouco exige, qualquer relação de autoridade entre o agente e a vítima. Da mesma forma, o agente pode possuir autoridade sobre a vítima, sem, contudo, incidir, necessariamente, em alguma dessas circunstâncias que agravam a pena.

### *3.3.2.8 Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão*

Trata-se de circunstância que majora a pena em razão do desvalor da conduta praticada por quem, investido de especial confiança ou autoridade, utiliza-se indevidamente destas condições para facilitar ou possibilitar a prática do delito.

<sup>128</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2.026.129/MS. Relator: Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT). Brasília, 12 jun., 2024. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&p=false&operador=e&livre=%28%28+%28AGRAVANTE+RELACOES+DOMESTICAS+BIS+IN+IDEM%29%29%29+E+%40CDOC%3D%272452969%27>>. Acesso em: 29 mar. 2025.

<sup>129</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2.038.833/MG. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 13 nov., 2024. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202203620938&dt\\_publicacao=18/11/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203620938&dt_publicacao=18/11/2024)>. Acesso em: 30 mar. 2025.

O fundamento desta agravante reside na maior reprovabilidade da conduta daquele que, além de violar o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, também rompe com deveres especiais que lhe são impostos em razão de sua posição ou função social. Quando o agente se vale de seu cargo, ofício, ministério ou profissão para a prática criminosa, demonstra maior periculosidade e desprezo pelos valores sociais, justificando o tratamento penal mais severo.

Para a caracterização desta agravante, é necessário que exista uma relação direta entre o cargo, ofício, ministério ou profissão do agente e a prática delituosa. Não basta que o sujeito possua determinada função ou posição; é imprescindível que tenha se valido desta condição como meio facilitador para a execução do crime, abusando dos poderes que lhe foram conferidos ou violando deveres que lhe eram impostos.

O abuso de poder ocorre quando o agente extrapola os limites de sua competência, utilizando-se de prerrogativas de seu cargo ou função para fins ilícitos. Este elemento da agravante é comumente observado em crimes praticados por funcionários públicos ou por aqueles que exercem funções de autoridade, como policiais, magistrados ou fiscais.

Já a violação de dever caracteriza-se pelo descumprimento de obrigações específicas atreladas ao cargo, ofício, ministério ou profissão. Neste caso, o agente infringe normas deontológicas ou legais que orientam o exercício de sua atividade.

Importante ressaltar que esta agravante não se aplica quando o abuso de poder ou a violação de dever já constituir elementar do tipo penal ou qualificadora, em respeito ao princípio do *non bis in idem*. Assim, nos crimes funcionais próprios, como o peculato (art. 312, CP) ou a concussão (art. 316, CP), não incide a agravante, pois a condição especial do agente já é considerada na própria tipificação do delito.

Na orientação do STJ, viu-se a possibilidade de aplicação da agravante quando o médico lança mão de sua relação profissional com uma paciente para prática do crime de violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP)<sup>130</sup>. Na mesma linha, o advogado que se vale de sua condição como mecanismo para induzir a vítima

---

<sup>130</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.603.068/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 18 fev., 2025. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202401152258&dt\\_publicacao=26/02/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202401152258&dt_publicacao=26/02/2025)>. Acesso em: 30 mar. 2025.

em erro durante a prática do estelionato atua na linha da agravante, violando o Código de Ética e Disciplina da OAB<sup>131</sup>.

### *3.3.2.9 Contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida*

Fundamenta-se no reconhecimento da fragilidade de determinados grupos sociais, seja por questões biológicas, fisiológicas ou sociais. Crianças, idosos, enfermos e gestantes encontram-se, por razões diversas, em situação de desvantagem em relação ao agente criminoso, justificando o tratamento diferenciado pelo legislador. O aumento da reprovabilidade da conduta resulta da maior censurabilidade atribuída ao agente que se aproveita da situação de vulnerabilidade da vítima para praticar o delito.

No caso das crianças, a proteção abrange indivíduos com idade inferior a 12 anos, conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente. A vulnerabilidade decorre da imaturidade física e psicológica própria da infância, que limita a capacidade de defesa e resistência diante de situações de perigo. Um exemplo claro ocorre nos crimes patrimoniais, como o furto praticado contra criança que porta um objeto de valor, aproveitando-se o agente da incapacidade da vítima de perceber a subtração.

Quanto aos maiores de 60 anos, a proteção especial justifica-se pelas limitações físicas e, por vezes, cognitivas que acompanham o processo de envelhecimento. O Estatuto do Idoso reforça essa proteção ao estabelecer que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Crimes como estelionato contra idosos, explorando sua confiança ou eventual déficit cognitivo, exemplificam situações em que a agravante deve ser aplicada para majoração da pena.

A condição de enfermo, por sua vez, abrange tanto doenças físicas quanto mentais que reduzam a capacidade de defesa ou resistência da vítima. É importante destacar que a enfermidade deve estar presente no momento da prática delituosa e ser de conhecimento do agente, que dela se aproveita para facilitar a

---

<sup>131</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2.083.182/SP. Relator: Ministro Messod Azulay Neto. Brasília, 07 nov., 2023. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202200793427&dt\\_publicacao=13/11/2023](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200793427&dt_publicacao=13/11/2023)>. Acesso em: 30 mar. 2025.



execução do crime. Como exemplo, podemos citar o furto praticado contra paciente hospitalizado, impossibilitado de proteger seus bens.

Já a proteção à mulher grávida é lastreada tanto na condição de maior vulnerabilidade física durante a gestação quanto na tutela do nascituro. A jurisprudência tem entendido que basta a condição objetiva de gravidez, independentemente do conhecimento do agente, para a aplicação da agravante<sup>132</sup>. Um crime de roubo praticado contra gestante, expondo-a a estresse e risco para a gestação, exemplifica situação em que a agravante deve ser reconhecida.

A proteção constitucional a esses grupos vulneráveis encontra amparo em diversos dispositivos da CF/1988. O art. 227 estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde e à dignidade, colocando-os a salvo de toda forma de violência. Já o art. 230 determina que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas. A proteção à maternidade está prevista no art. 6º como direito social e reforçada pelo art. 203, que trata da assistência social. Os enfermos encontram proteção constitucional no direito à saúde, consagrado no art. 196 da Carta Magna.

#### *3.3.2.10 Quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade*

O fundamento desta agravante reside no especial desvalor da ação criminosa que, além de atingir o bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora, demonstra um desprezo pela autoridade constituída, resultando em uma dupla ofensividade: atinge-se tanto o bem jurídico tutelado quanto a própria autoridade do Estado. O legislador entendeu que tal circunstância revela maior audácia do agente e, conseqüentemente, maior periculosidade social, justificando o tratamento penal mais rigoroso.

Para a configuração desta agravante, é necessário que o ofendido esteja sob proteção atual, efetiva e direta da autoridade no momento da prática criminosa.

A título de exemplo, ocorre quando um preso, sob custódia de agentes penitenciários, é morto por outro detento dentro do estabelecimento prisional. Neste

---

<sup>132</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus 582200 SP 2020/0116225-0. Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS. Brasília, 04 ago., 2020. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202001162250&dt\\_publicacao=13/08/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001162250&dt_publicacao=13/08/2020)>. Acesso em: 30 mar. 2025.

caso, a vítima encontrava-se sob a proteção imediata da autoridade, representada pelos agentes do Estado responsáveis pela segurança no presídio. Outro exemplo seria a agressão a uma testemunha que depõe em juízo, estando sob a proteção imediata do magistrado e dos demais agentes de segurança presentes na audiência.

A proteção constitucional que fundamenta esta agravante encontra respaldo no art. 144 da CF/1988, que estabelece que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Quando o Estado, por meio de seus agentes, coloca o cidadão sob sua proteção imediata, assume um dever qualificado de proteção. A violação desse estado de proteção representa não apenas a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, mas também um ataque à própria autoridade estatal.

Destaca-se que essa agravante não se aplica em relação ao agente público enquanto sujeito ativo do delito, quando está a exercer autoridade (o que poderá ensejar o recrudesimento da pena pela agravante do abuso de autoridade). Mas sim ao particular que ousa a realizar o crime quando a vítima esteja sob a tutela do Estado.

#### *3.3.2.11 Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido*

O legislador, ao estabelecer esta agravante, reconheceu a especial censurabilidade da conduta daquele que, em vez de prestar solidariedade ou auxílio em momentos de dificuldade, opta por aproveitar-se da situação calamitosa para cometer crimes. Tal comportamento revela maior periculosidade e insensibilidade moral, justificando assim o aumento da reprimenda penal. Esta circunstância demonstra o maior grau de reprovabilidade social da conduta criminosa praticada em contextos onde a vulnerabilidade das vítimas encontra-se potencializada.

A aplicação desta agravante encontra-se atrelada a dois cenários distintos: o primeiro refere-se às calamidades públicas (incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer outra calamidade) que afetam um número indeterminado de pessoas; o segundo diz respeito às desgraças particulares, que atingem especificamente a vítima do crime. Em ambas as situações, o elemento comum é a exploração oportunista da fragilidade alheia, seja ela coletiva ou individual.

Como exemplos de aplicação desta agravante, podemos citar o furto de residências durante uma enchente que forçou os moradores a abandonarem suas casas; o estelionato praticado contra familiares desesperados de vítimas de desastre aéreo; a apropriação indébita de valores destinados a obras de reconstrução após calamidades naturais; ou ainda, o crime de roubo cometido contra pessoa que acabou de sofrer um acidente automobilístico. Em todos estes casos, verifica-se o aproveitamento indevido de situações de extrema vulnerabilidade para a prática criminosa.

Esta agravante encontra respaldo constitucional indireto no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/1988) e na garantia da segurança como direito fundamental (art. 5º, *caput*). Além disso, conecta-se com o objetivo fundamental da República de construir uma sociedade solidária (art. 3º, inciso I, da CF/1988), pois sanciona mais severamente aqueles que, em vez de manifestarem solidariedade em momentos de crise, aproveitam-se dela para delinquir.

O STJ firmou o entendimento de que a simples ocorrência do crime durante a vigência do estado de calamidade não é suficiente para a aplicação da agravante, sendo necessária a comprovação de que o agente se beneficiou das condições geradas pela situação para a prática do crime (no caso, apurou-se a necessidade de afastamento da agravante num crime de tráfico de drogas que se deu durante o período pandêmico)<sup>133</sup>.

### 3.3.2.12 *Em estado de embriaguez preordenada*

O agente, deliberadamente, ingere substância alcoólica ou de efeitos análogos com o objetivo específico de adquirir coragem para praticar determinado crime. Trata-se, portanto, de uma embriaguez voluntária e com finalidade específica: criar artificialmente uma situação de maior ousadia ou desinibição para facilitar a execução da infração penal previamente idealizada. Nesse caso, o agente utiliza a substância como uma espécie de "gatilho químico" para impulsionar sua própria vontade criminosa.

---

<sup>133</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 2.300.140/SP. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Brasília, 26 nov., 2024. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202300467661&dt\\_publicacao=17/12/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300467661&dt_publicacao=17/12/2024)>. Acesso em: 30 mar. 2025.

Para a configuração, é necessário que a ingestão da substância tenha ocorrido com o propósito específico de facilitar a prática do crime. Assim, o agente se embriaga para criar uma situação favorável à execução do delito, sabendo que, sob o efeito da substância, suas inibições serão reduzidas. Por exemplo, um indivíduo que ingere deliberadamente grande quantidade de bebida alcoólica para "criar coragem" e, em seguida, dirige-se à residência de seu desafeto para consumir um homicídio previamente planejado.

Se diferencia da embriaguez voluntária simples, pois nesta última, embora o agente tenha voluntariamente se embriagado, não o fez com o propósito específico de cometer um crime. Na embriaguez voluntária simples, prevista no art. 28, inciso II, do CP, o agente apenas responde pelo crime que venha a cometer, aplicando-se a teoria da *actio libera in causa*. Já na embriaguez preordenada, além de responder pelo crime, o agente sofre o agravamento da pena em razão da maior reprovabilidade de sua conduta.

A embriaguez preordenada contrasta frontalmente com a embriaguez por caso fortuito ou força maior, prevista no art. 28, § 1º, do CP. Na embriaguez por caso fortuito, o agente desconhece o efeito inebriante da substância que consumiu, como ocorre quando alguém ingere uma bebida que foi adulterada sem seu conhecimento. Já na embriaguez por força maior, o agente é coagido a ingerir a substância contra sua vontade, como no caso de alguém que é forçado a beber ou a consumir drogas sob grave ameaça. Devidamente comprovada essas hipóteses, o agente será beneficiado pela isenção da pena, se e somente se, ao tempo da ação ou da omissão, se mostrasse inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

### 3.3.2.13 Concurso de pessoas

O art. 62 do CP elenca as circunstâncias agravantes específicas quando da existência do crime cometido em concurso de pessoas. São elas:

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II - coage ou induz outrem à execução material do crime;

III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

A primeira hipótese de agravante aplica-se ao agente que promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes. Nesta situação, verifica-se que o legislador optou por punir mais severamente aquele que tem papel de liderança na empreitada criminosa, reconhecendo que sua participação é mais significativa para o resultado final. Por exemplo, em um roubo a banco em que um dos criminosos planeja toda a ação, distribui funções aos demais e coordena a execução, este terá sua pena agravada em razão de sua posição de comando.

O inciso II do mesmo artigo prevê agravante para quem coage ou induz outrem à execução material do crime. Esta hipótese reconhece a maior reprovabilidade da conduta daquele que, valendo-se de sua influência sobre terceiro, utiliza-o como instrumento para a prática delituosa. Ilustrativamente, tem-se o caso de um indivíduo que, por meio de ameaças, obriga um funcionário de banco a facilitar um roubo, ou ainda, aquele que induz pessoa com deficiência mental a praticar um furto.

A agravante do inciso III merece especial atenção por seu caráter de proteção a pessoas vulneráveis, referindo-se à situação em que o agente instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal.

Alerta-se, contudo, que pode existir crime autônomo nesta circunstância, como ocorre no caso da corrupção de menores, tipificada no artigo 244-B da Lei n. 8.069/90. Neste crime, pune-se especificamente o ato de corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la. Logo, havendo o crime autônomo, não há falar em sua aplicação por vedação ao *bis in idem*.

Por fim, emerge do inciso IV o recrudesimento da pena quando o crime se dá mediante paga ou promessa de recompensa. A mercantilização da atividade criminosa demonstra maior reprovabilidade pela frieza e pela motivação torpe que orienta o agente. Ao cometer um crime por dinheiro ou outra forma de recompensa, o agente revela completo desprezo pela ordem jurídica e pelos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

### **3.3.3 Terceira fase – causas especiais de aumento de pena**

As causas especiais de aumento de pena constituem elementos normativos específicos, previstos no Código Penal ou em legislações penais especiais, que determinam a majoração da pena em frações ou percentuais preestabelecidos. Diferentemente das agravantes genéricas, que são aplicadas na segunda fase da dosimetria, as causas de aumento incidem na terceira fase, após a fixação da pena intermediária, e possuem o condão de elevar a reprimenda para além dos limites mínimo e máximo previstos no tipo penal básico. Estas causas majorantes refletem uma opção político-criminal do legislador de conferir maior reprovabilidade a determinadas condutas que, embora enquadradas no mesmo tipo penal, apresentam circunstâncias específicas que demandam tratamento diferenciado.

Uma característica distintiva das causas especiais de aumento de pena reside na sua capacidade de elevação da pena para além dos limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal. Enquanto as circunstâncias judiciais e as agravantes e atenuantes encontram-se limitadas aos marcos mínimo e máximo da pena cominada, as majorantes podem resultar em uma pena final que ultrapasse o máximo previsto no tipo penal. Como exemplo, cita-se o crime de roubo (art. 157 do CP), cuja pena de prisão varia de 4 a 10 anos, mas que, com a incidência da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo (art. 157, §2º-A, inciso I, do CP), pode ser majorada em 2/3, atingindo até 16 anos e 8 meses de prisão.

O STJ consolidou entendimento de que as causas de aumento incidem sobre a pena provisória e podem elevar a reprimenda além do máximo em abstrato previsto para o tipo penal, não havendo falar na limitação cogente nas fases pretéritas.<sup>134</sup>

Quanto à ordem de aplicação das causas especiais de aumento e diminuição de pena, o entendimento predominante é de que, em regra, devem ser aplicadas primeiramente as causas de aumento e, posteriormente, as causas de diminuição. Veja-se:

---

<sup>134</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2.463.012/PI. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 20 fev., 2024. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202303271549&dt\\_publicacao=26/02/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202303271549&dt_publicacao=26/02/2024)>. Acesso em: 30 mar. 2025.

Por fim, no concurso de majorantes e minorantes, as causas de aumento e de diminuição são aplicadas individualmente, de forma sucessiva, igualmente sem influência da ordem. Veja-se, p. ex., em caso de pena provisória fixada em 6 (seis) anos, com incidência de minorante no valor de  $1/3$  e majorante de  $2/3$ , independe se o julgador aplica primeiramente a majorante ou a minorante, pois, em ambos os casos, a pena final resultará em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses [primeira operação: diminui  $1/3$  (2 anos) de 6 (seis) anos = 4 (anos) e, após, aumenta  $2/3$  (2 anos e 8 meses) = 6 (seis) anos e 8 (oito) meses; segunda operação: aplica  $2/3$  (4 anos) sobre os 6 (seis) anos = 10 (dez) anos e, posteriormente, reduz  $1/3$  (3 anos e 4 meses) = 6 (seis) anos e 8 (oito) meses].

Lembra, contudo, Boschi que no caso de aumento ou diminuição em valores idênticos (no caso de majorantes e minorantes fixas ou variáveis), diferentemente do que ocorre com as agravantes e atenuantes, é vedada a compensação, e o cálculo deve ser feito de forma sucessiva, para não prejudicar o réu. O autor exemplifica com as causas de aumento e de diminuição idênticas no valor de  $1/3$ . Se uma pena provisória fosse determinada em 9 (nove) anos, a compensação estabeleceria esta quantidade como definitiva. Todavia, se a pena fosse aumentada em  $1/3$ , restaria em 12 (doze) anos e, posteriormente, reduzida na quantidade de  $1/3$ , o resultado final seria de 8 (oito) anos. No caso, a ordem dos fatores não altera o resultado final.<sup>135</sup>

De igual modo, havendo multiplicidade de causas de aumento de pena na terceira fase, deverá ser aplicada a fração uma sobre a outra, e não sobre a pena intermediária somente:

4. No caso, ao fazer incidir, de forma sucessiva e cumulativa, a fração de aumento de  $1/3$  pelo concurso de agentes e pela restrição de liberdade da vítima, além do acréscimo relativo ao emprego de arma de fogo ( $2/3$ ), aplicado pelo magistrado sentenciante, a Corte local apresentou fundamentos concretos aptos a evidenciar a maior gravidade da conduta, destacando a pluralidade de agentes envolvidos na empreitada criminoso (três) e a restrição de liberdade das vítimas, que teria perdurado por cerca de 12 horas.<sup>136</sup>

Ainda quanto o tema, destaca-se que o parágrafo único do art. 68 do CP normatiza que, havendo multiplicidade de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

A fração a ser aplicada a título de majorante na terceira fase da dosimetria penal pode ser fixa (por exemplo, no art. 121, §4º, do CP, tem-se a majoração de  $1/3$  no homicídio culposo praticado sem observância de regra técnica de profissão, arte ou ofício) ou variável (art. 121, §2º-B, inciso I, do CP, em que o juiz

<sup>135</sup> DE CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021. p. 496-497.

<sup>136</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 850.319/SP. Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Brasília, 27 nov., 2024. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202303104191&dt\\_publicacao=04/12/2024](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202303104191&dt_publicacao=04/12/2024)>. Acesso em: 05 mar. 2025.

pode adicionar 1/3 até a metade no homicídio contra menor de 14 anos quando a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade).

Dada a amplitude das hipóteses previstas pelo legislador ordinário como majorantes, ao contrário do estudo realizado em relação às duas primeiras fases dosimétricas, torna-se inviável a análise individualizada neste estudo. As linhas apresentadas, contudo, servem de norte geral para a aplicação das majorantes no caso concreto.

De todo o esforço proporcionado, vê-se que existe uma série de mecanismos que permitem ao intérprete a conclusão pelas hipóteses de majoração da pena no caso concreto, desde que amparado no constitucional dever de fundamentação. Ainda assim, quais as razões que levam o Estado-Juiz, numa postura de mínimo esforço decisório, a optar pela pena mais branda sem revelar a correta proporcionalidade e individualização do caso em julgamento? É o questionamento que se almeja responder no próximo capítulo.



## 4 A CULTURA OU POLÍTICA DA PENA MÍNIMA

### 4.1 Uma questão semântica: política ou cultura?

Segundo a definição lexical do vocábulo política<sup>137</sup>:

substantivo feminino

1. Ciência do governo das nações. = ESTADÍSTICA
2. Arte de regular as relações de um Estado com os outros Estados.
3. Sistema particular de um governo.
4. Tratado de política.
5. Modo de governar ou de dirigir a administração ou o poder, a nível central ou local.
6. [Figurado] Modo de haver-se, em assuntos particulares, a fim de obter o que se deseja. = ESTRATÉGIA
7. Esperteza, finura, maquiavelismo.
8. Cerimônia, cortesia, civilidade, urbanidade.

Falar em política da pena mínima muito se assemelharia aos mencionados sentidos de n. 6 e 7. O vocábulo é o mais utilizado tanto na doutrina, quanto na jurisprudência.

Prova disso é que, ao dissertar sobre o comportamento que acompanha a aplicação generalizada da pena mínima, destaca Guilherme de Souza Nucci:

Pensamos ser muito difícil para o magistrado separar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outros para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave – não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que envolve –, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos “circunstâncias e consequências do crime”, previstos no art. 59. Muitas vezes, **ocorre a predominância da indevida política da pena mínima, isto é, a praxe de muitos magistrados tendente a estabelecer sempre a pena mínima**, embora, em seguida, resolvam fixar regime mais severo, porque o crime, abstratamente considerado, é grave.<sup>138</sup>

Não de forma diferente, também a jurisprudência adota a predileção do termo política da pena mínima. É o que se lê dos seguintes arestos:

<sup>137</sup> Grifos acrescentados. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/pol%C3%Adtica>>. Acesso em 18 nov. 2024.

<sup>138</sup> Grifos acrescentados. NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 441.

(...) 5) Não se descarta a preocupação externada pelo Parquet quanto à chamada política da **pena mínima**, ou seja, a adoção da pena mínima em abstrato como ponto de partida para a fixação da pena-base, principalmente nas hipóteses de delitos com extensa escala penal. Contudo, na espécie, a magistrada sentenciante exasperou a pena-base na fração de 1 / 6 (um sexto), dentro dos critérios propugnados pela jurisprudência, considerando, como já mencionado, a acentuada culpabilidade da ré, o que atende aos princípios da proporcionalidade e da individualização da reprimenda. (...) <sup>139</sup>

(...) Nuanças interpretativas, se englobadamente albergado pelo conceito de culpabilidade em relação a dado extraído do processo desfavoravelmente considerado ao agente, são suficientes, per se, para descolar a pena-base do sossego encontrado no balizamento mínimo cominado à espécie delitiva, aninhado na inconstitucional "**política da pena mínima**", na medida em que - desprezando-se os princípios da individualização e da proporcionalidade da pena - termina-se por violar a equidade e a isonomia, dispensando-se tratamento igual a desiguais <sup>140</sup>.

Utilizando a expressão política da pena mínima entre aspas, no condão de delimitar a exatidão terminológica, é possível a localização de 2.257 resultados no sítio de buscas jurisprudenciais do jusbrasil.com.br <sup>141</sup>. De idêntica forma, com a expressão "cultura da pena mínima", não há 358 resultados <sup>142</sup>.

A preferência pela expressão, contudo, merece alguns apontamentos.

Como destacado na jurisprudência colacionada, refuta-se a existência de uma política da pena mínima, exatamente por ser uma contradição em termos. A constitucional individualização da pena não se coaduna com a padronização sancionatória no mínimo legal, fugindo o Estado-Juiz do dever constitucional de fundamentação decisória de acordo com as peculiaridades probatórias do processo penal a ser decidido.

Não bastasse, a utilização do vocábulo política encontra forte respaldo na técnica legislativa em que se almeja a adoção de um conjunto normativo de atuação sinérgico em prol de um interesse público primário. Cita-se, v.g., a Lei

<sup>139</sup> Grifos acrescidos. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação: 03312053420218190001 202405006012. Relator: Des. SUIMEI MEIRA CAVALIERI. Rio de Janeiro, 06 ago., 2024. Disponível em: <<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00049F75F72C668CBDFE1630995179CBB420C51724282731&USER=>>>. Acesso em: 18 nov. 2024.

<sup>140</sup> Grifos acrescidos. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal: 10479071376194001 Passos. Relator: Sálvio Chaves. Belo Horizonte, 02 out., 2014. Disponível em: <[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=BAF7657D767C29EED2FC02669C0E4A9A.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0479.07.137619-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=BAF7657D767C29EED2FC02669C0E4A9A.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0479.07.137619-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>)>. Acesso em: 18 nov. 2024.

<sup>141</sup> Disponível em: <[https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?componentClass=autocomplete&componentName=autocomplete\\_result&q=%22pol%C3%Adtica+da+pena+m%C3%Adnima%22](https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?componentClass=autocomplete&componentName=autocomplete_result&q=%22pol%C3%Adtica+da+pena+m%C3%Adnima%22)>. Acesso em 21/11/2024.

<sup>142</sup> Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=%22cultura+da+pena+m%C3%Adnima%22>>. Acesso em 21/11/2024.

11.343/06 (institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, entre outras medidas), a Lei n.º 6.938/81 (dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente) e a Lei n.º 9.433/97 (estabelece a Política Nacional de Recursos Hídricos e dá outras providências).

Por isso, poder-se-ia sustentar como mais correta a eleição do vocábulo cultura, entendida lexicalmente como<sup>143</sup>:

substantivo feminino

1. Ato, modo ou efeito de cultivar. = CULTIVO, LAVRA
2. Terreno cultivado (ex.: visitou a cultura de abóboras). = LAVOURA, PLANTACÃO
3. Conjunto das operações necessárias para que a terra produza. = CULTIVO
4. Produto do cultivo.
5. Criação de animais (ex.: cultura de peixes).
6. [Biologia] Cultivo de células ou tecidos em ambiente propício ao seu desenvolvimento e crescimento (ex.: cultura de bactérias).
7. [Biologia] Conjunto das células ou dos tecidos cultivados nesse ambiente (ex.: ainda era necessário analisar a cultura).
8. Conjunto dos conhecimentos adquiridos de uma pessoa ou grupo (ex.: ela é uma pessoa com muita cultura). = INSTRUÇÃO, SABER, SABEDORIA ≠ DESCONHECIMENTO, IGNORÂNCIA, INCULTURA
9. **Totalidade dos costumes, das tradições, das crenças, dos padrões morais, das manifestações artísticas e intelectuais e de outras características que distinguem uma sociedade ou grupo social (ex.: cultura portuguesa; cultura africana).**
10. Conjunto das características morais, intelectuais, artísticas e dos costumes ou tradições de um determinado povo, nação, lugar ou de um período específico (ex.: cultura helenística; cultura celta; cultura medieval).
11. Conjunto das atividades e instituições relacionadas com a produção, criação e divulgação das artes e das ciências humanas (ex.: é preciso investir na cultura).

Neste viés, pelos trechos negritados, a despeito de se afugentar da correta cognição para a adequada calibração da sanção penal, a indiscriminada utilização da pena mínima muito mais se aproximaria de uma indevida cultura do que de uma política chancelada pelo Estado Legislador.

A atuação da vertente judicial da individualização da pena, como já destacado, é imanente ao exercício do juízo normativo, entendido como a valoração pelo sujeito que exerce o dever de decisão na análise elementos fáticos que reverberam no desenvolvimento da tecnologia jurídica dosimétrica.

Pela similaridade da discussão, é de se rememorar que o aspecto cultural do saber é de peculiar valia para o debate do próprio cerne da epistemologia

<sup>143</sup> Grifos acrescentados. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/cultura>>. Acesso em 18 nov. 2024.

jurídica. Aliás, a inerente existência de aspectos culturais, outrora, foi a pedra de toque para afastar o aspecto científico do Direito Penal. É o que alerta Cláudio Brandão:

Assim, para o positivismo, apenas a criminologia, tomada como uma ciência baseada em um paradigma ontológico, foi definida como um conhecimento científico. **Essa corrente não tratava o Direito Penal como ciência, visto que ele tem objeto normativo de investigação, o qual é caracterizado por ser cultural e mutável.** Ademais, o Direito Penal também não possui o caráter de universalidade e o de generalidade, advindo das ciências da natureza. Por conseguinte, ele seria um conhecimento acientífico.

A crítica neokantista partia de uma dicotomia, distinguem-se as ciências que possuíam um ato gnosiológico da explicação, que eram chamadas de ciências da natureza, das ciências que tinham um ato gnosiológico de compreensão valorativa, chamadas de ciências da cultura. **As ciências culturais, também denominadas de ciências do espírito humano, caracterizam-se pela interação do sujeito *cognoscendi* com o objeto de investigação, por meio da realização de juízos de valor.**<sup>144</sup>

O conceito cultural reverbera na própria teoria do delito. Segundo o já mencionado doutrinador:

A distinção entre natureza e cultura, que deita suas raízes na dicotomia kantiana da crítica da razão pura e da crítica da razão prática, faz com que os métodos para a investigação dos objetos sejam diferentes: enquanto para as ciências da natureza se explicará o objeto (pressupondo a não relação dele com o sujeito que o investiga, isto é, o *sujeito cognoscendi*), para as ciências da cultura se compreenderá o objeto (o que traduz uma interrelação entre o objeto do conhecimento e o *sujeito cognoscendi*).

O direito penal - aliás, como todo o direito - é visto pelo neokantismo como uma **ciência cultural**. **Daí o conceito de cultura ser fundamental para o desenvolvimento da teoria do delito.** O motivo pelo qual o bem jurídico se distancia na sua essência conceitual dos conceitos dos positivistas reside no fato do valor não estar associado à atividade do legislador, mas sim à esfera cultural, que dá o cabedal para que se atribuam signos positivos ou negativos aos objetos. Enquanto valor cultural, pode-se extrair daquele conceito um plexo de consequências para a interpretação da norma penal, **visto que o direito não pode ser cego aos valores, mas sim um objeto de conhecimento valioso.** O método do direito dependerá intrinsecamente dos valores, o que faz com que o bem jurídico resida no centro teleológico da norma penal, a partir daqui.<sup>145</sup>

Cientificamente, noutro prisma, o aprofundamento do termo cultura traz consigo um fecundo debate conceitual que encontrará palco em diversas ciências do saber, principalmente, a antropologia, a história e a sociologia. Nesta obra, cinge-se

<sup>144</sup> Grifos acrescidos. BRANDÃO, Cláudio. **Epistemologia do Direito Penal: Primeiras Notas**. Delictae, Belo Horizonte, vol. 7, n. 12, 2022, p. 15-32.

<sup>145</sup> Grifos acrescidos. BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 6. ed. São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 48.

ao comportamento decisório dos agentes processuais no capítulo de fixação da pena no caso concreto.

Outro aspecto de relevância é a inabalável conclusão de que o juiz, enquanto órgão do Poder Judiciário, é revestido da condição de realizar a política criminal quando da aplicação do Direito ao caso concreto. De há muito, o STF consolidou na sua jurisprudência o entendimento de que os juízes de direito e os membros do Ministério Público se encontram inseridos numa especial categoria do funcionalismo público, sendo verdadeiros agentes políticos:

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. **Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica.** 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.<sup>146</sup>

Em harmonia com a realização da política criminal quando da prolação da sentença, é o alerta ao perigo de uma dogmática jurídico-penal baseada em fórmulas abstratas, traduzida no fato do juiz se entregar ao automatismo dos conceitos teóricos, possibilitando a chancela de injustiças ao não se adequar às peculiaridades do caso em julgamento. Nesta quadra, leciona Claus Roxin:

Minha proposta de reestruturar a categoria da responsabilidade do ponto de vista da teoria dos fins da pena também não significa, como entende Dreher, "o retorno a uma cláusula geral que é ainda mais vaga do que a cláusula da exigibilidade de Freudenthal e com a qual se pode começar tudo ou nada". **Evidentemente, não se pode excluir a culpabilidade pelo simples fato de que um juiz, no caso concreto, considere que o fato não merece pena.** (...) De acordo com isso, não pode ser considerada, por exemplo, a não exigibilidade como causa geral de exclusão da culpabilidade nos delitos dolosos, pois

<sup>146</sup> Grifos acrescentados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 228977. Relator: Ministro NÉRI DA SILVEIRA. Brasília, 05 mar., 2002. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252829>>. Acesso em: 05 mar. 2025.

o legislador, nesse setor, **regulou individualmente as situações de exclusão da responsabilidade e (do ponto de vista de sua concepção da teoria dos fins da pena) deu uma solução que o juiz não pode corrigir.**

A tarefa do intérprete consiste unicamente em escolher, como diretriz da criação jurídica, aplicar concretamente a lei ou desenvolver cuidadosamente a dogmática da culpabilidade, **levando em conta as considerações legais sobre os fins da pena nos setores não regulados pelo Direito positivo** — como, por exemplo, na teoria da imprudência e da omissão, ou nas situações do chamado estado de necessidade supralegal que exclui a culpabilidade.<sup>147</sup>

Neste prisma, haverá situações não positivadas que exigirá do intérprete a “criação” da solução judicial para o afastamento de injustiças. Atividade de colmatação jurídica que não é destoadada de técnica. Em certas hipóteses, o próprio legislador delega ao órgão julgador certa discricionariedade para concretude da justiça (v.g. a existência da atenuante genérica inominável prevista no art. 66 do CP).

Dosar a pena, nesta quadra, é valorar. Aplicação concreta do aspecto cultural e também aplicação da política criminal pelo Estado-Juiz. Ocorre que essa própria valoração é revestida de uma técnica, formando uma ciência própria para a concretização das penas. O cerne do presente capítulo é justamente indicar que a adoção de uma não valoração de pontos relevantes para o recrudescimento sancionatório, ou seja, a inércia decisória, fere de morte os eixos normativos e científicos para a pena adequada ao caso.

## 4.2 Cultura ou Política da Pena Mínima: uma tentativa conceitual

O leitor mais atento já denota que o objeto do presente estudo é refutar aplicação da pena mais branda do que o necessário. Sem fazer tábula rasa do estado de coisas inconstitucionais do sistema carcerário pátrio<sup>148</sup>, crê-se na necessidade de reavivar o esforço científico em demonstrar que, cirurgicamente, em determinadas hipóteses, a pena mínima não é a adequada.

Aventura-se, com essas considerações, a tecer o seguinte conceito:

Por **cultura ou política da pena mínima** entende-se a fixação da pena no menor patamar previsto pela vertente legislativa, sem a devida reflexão por meio da cognição plena e exauriente do acervo probatório proporcionado durante a

<sup>147</sup> Grifos acrescentados. Tradução do autor. ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2022. p. 114-115.

<sup>148</sup> Vide o subtítulo 2.3. A vertente da execução penal do Capítulo 1 deste estudo.

instrução processual, amparada numa discricionariedade alheia à tecnologia jurídica dosimétrica (constitucional, convencional e legal) e que se ancora na (des)motivação extraprocessual inapta a juridicamente embasar o comportamento decisório, refutando-se a originalidade do processo penal e o princípio constitucional da isonomia.

Entender cada uma desses elementos conceituais é a força motriz dos próximos passos.

#### **4.2.1 O elemento conceitual da cognição no Processo Penal**

Kazuo Watanabe destaca a cognição empreendida no **Processo Civil** levando em conta dois critérios: a horizontalidade e a verticalidade. Quanto ao tema, tece o seguinte quadro taxonômico:

##### 2.1. A cognição considerada nos planos vertical e horizontal

Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade).

No **plano horizontal**, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns: binômio, com exclusão das condições da ação; para Celso Neves: quadrinômio, distinguindo pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode **ser plena** ou limitada (ou parcial), segundo a extensão permitida.

No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em **exauriente (completa)** e sumária (incompleta).  
(...)

A classificação do corte em horizontal e vertical está sendo feita, na passagem transcrita, em função apenas da área de cognição, enquanto o critério que procuramos levar em conta é a distinção da cognição segundo dois planos distintos, o da extensão (horizontal) e o da profundidade (vertical). De sorte que, segundo a nossa visão, se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada "de uma área toda de questões", seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade. Ter-se-ia, na hipótese, cognição limitada em extensão e exauriente em profundidade. Reservamos somente àquela, conforme será explanado no parágrafo seguinte, a expressão cognição sumária<sup>149</sup>.

<sup>149</sup> Grifos acrescentados. WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118-119.

Na seara processual civil, via de regra, tem-se a disponibilidade das partes, o que pode ser verificado, exemplificadamente, nos efeitos da revelia (art. 344 do CPC<sup>150</sup>). Diferentemente, pelas questões de ordem pública abordadas, o processo penal, até mesmo pelo princípio da *ultima ratio*, não permite idêntica conclusão. Neste viés, ainda que revel o acusado nos termos do art. 367 do CPP<sup>151</sup>, não há falar em presunção de veracidade da narrativa fática acusatória.

O quadro emoldurado traduz que a taxonomia utilizada no processo civil é plenamente aplicável ao processo penal, com as devidas adaptações. Logo, valendo-se do empréstimo das lições colacionadas, tem-se a seguinte sistemática para a prolação da sentença condenatória.

#### 4.2.1.1 *Cognição horizontal plena*

Inexiste sentença penal condenatória sem que se tenha decorrido a análise de todas as condições processuais, sejam as apontadas pelas partes, ou aquelas diagnosticáveis de ofício pelo Estado-Juiz. Neste aspecto, solidificou-se na jurisprudência do TJMT:

HABEAS CORPUS – DENÚNCIA PELOS CRIMES DOS ARTIGOS 147, 163 E 345, TODOS DO CP - PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA COM RELAÇÃO AOS DELITOS DE DANO SIMPLES E AMEAÇA – VIABILIDADE – CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO – INEXISTÊNCIA DE QUEIXA-CRIME RELATIVAMENTE AO DELITO DE EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES - AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE – FALTA DE LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONTRANGIMENTO ILEGAL COMPROVADO – ORDEM CONCEDIDA. O *Parquet* estadual incorreu em equívoco ao oferecer denúncia, uma vez que não está autorizado a agir, seja porque não houve representação do ofendido seja porque não existiu oferecimento de queixa-crime. **Destarte, não cumprida a condição de procedibilidade indispensável para o exercício da ação penal, a falta de interesse em prosseguir com a persecução criminal, deve ser reconhecida para determinar-se o trancamento da ação penal.**<sup>152</sup>

<sup>150</sup> Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

<sup>151</sup> Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

<sup>152</sup> Grifos acrescidos. MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 01400780820168110000 140078/2016. Relator: DES. GILBERTO GIRALDELLI. Cuiabá, 09 nov., 2016. Disponível em: <<https://hellsgate-preview.tjmt.jus.br/jurisprudencia/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=334995&colegiado=Segunda&origem=Proteus&token=3u35s547H0twxVuT>>. Acesso em: 18 nov. 2024.



Para a conclusão de hipótese de condenação e início da fase dosimétrica, todas as questões processuais devem ser pacificadas pelo Estado-Juiz. Por exemplo, há de se verificar eventual (i)licitude probatória antes do dispositivo condenatório.

Outro panorama de inviabilidade de sentença condenatória por ausência de cognição horizontal plena repousa no dever de oferta do acordo de não persecução penal nos processos pendentes de condenação, desde que verificadas as demais hipóteses permissivas estampadas no CPP.

A Lei n. 13.964/2019 trouxe a medida despenalizadora em apreço com a inclusão 28-A no CPP. Norma conhecida como pacote anticrime, entrou em vigor no ordenamento jurídico em 23 de janeiro de 2020. Travou-se, então, um debate se o acordo de não persecução penal haveria de ser oferecido aos processos penais em curso. Somente em 28 de outubro de 2024, o STJ pacificou o Tema Repetitivo n.º 1098, em que cravou as seguintes teses:

1 - O Acordo de Não Persecução Penal constitui um negócio jurídico processual penal instituído por norma que possui natureza processual, no que diz respeito à possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal, e, de outro lado, natureza material em razão da previsão de extinção da punibilidade de quem cumpre os deveres estabelecidos no acordo (art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal (CPP)).

2 - Diante da **natureza híbrida da norma**, a ela deve se aplicar o princípio da retroatividade da norma pena benéfica (art. 5º, XL, da CF), pelo que é cabível a celebração de Acordo de Não Persecução Penal em casos de processos em andamento quando da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento, desde que o pedido tenha sido feito antes do trânsito em julgado da condenação.

3 - Nos processos penais em andamento em 18/09/2024 (data do julgamento do HC n. 185.913/DF, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal), nos quais seria cabível em tese o ANPP, mas ele não chegou a ser oferecido pelo Ministério Público ou não houve justificativa idônea para o seu não oferecimento, **o Ministério Público, agindo de ofício, a pedido da defesa ou mediante provocação do magistrado da causa, deverá, na primeira oportunidade em que falar nos autos, manifestar-se motivadamente acerca do cabimento ou não do acordo no caso concreto.**

4 - Nas investigações ou ações penais iniciadas a partir de 18/09/2024, será admissível a celebração de ANPP antes do recebimento da denúncia, ressalvada a possibilidade de propositura do acordo, no curso da ação penal, se for o caso<sup>153</sup>.

<sup>153</sup> Grifos acrescidos. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1098&cod\\_tema\\_final=1098](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1098&cod_tema_final=1098)>. Acesso em 25/11/2024.

Logo, ainda que já ajuizada a denúncia, desde que presentes os requisitos legais, ao Estado-Acusação repousa o dever de oferecer a medida despenalizadora. Trata-se de uma questão horizontal que, dada a recente inovação legislativa e ainda mais recente orientação jurisprudencial, é digna de nota neste estudo.

Por vezes, o processo penal é extinto sem sequer a sentença abrir o capítulo de análise probatória de autoria e materialidade, a determinação condenatória e a consequente dosagem penal (aplicação da sanção propriamente dita). É o que acontece quando se passa ao diagnóstico da prescrição da pretensão punitiva.

Há a possibilidade de se **demonstrar estatisticamente** uma menor margem de prolação de sentenças condenatórias exatamente pela barreira de adentramento no mérito após a cognição horizontal plena, ao menos na Justiça Estadual de Mato Grosso.

Para tanto, necessário entender o funcionamento do Sistema Integrado do Ministério Público do Estado de Mato Grosso (SIMP). Desenvolvido pelo Departamento de Tecnologia da Informação, atende vários objetivos, sendo o principal deles a implantação das Tabelas Unificadas de Taxonomia, instituídas pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Os órgãos de execução ministeriais são obrigados por normas internas a realizar o registro e o lançamento de toda atividade ministerial no sistema, permitindo, dentre outros, o princípio da transparência e a análise da produtividade.

O destrinchar estatístico a seguir elaborado demanda o conhecimento dos seguintes conceitos taxonômicos do SIMP<sup>154</sup>:

Sentença:

- 1) Desfavorável:** sentença em desacordo com a última manifestação do Ministério Público ainda que diverso do pedido inicial;
- 2) Extintiva pela prescrição:** se for extintiva pela prescrição, por não julgar o fato, pouco importa se for requerido pelo Ministério Público;
- 3) Extintiva por outras causas:** podendo cada ramo do MP especializar detalhando em outras causas de extinção no subnível. O movimento deve ser classificado neste item mesmo quando a sentença atender a manifestação do MP pela extinção da punibilidade. *V.g.* morte do agente;

<sup>154</sup> Extraídos do Manual do usuário. Disponível em: <<https://mp-mt.atlassian.net/wiki/spaces/MAN/pages/6097860/SIMP3>>. Acesso em 25/11/2024.

**4) Favorável:** sentença de acordo com a última manifestação do Ministério Público ainda que diverso do pedido inicial;

**5) Parcialmente favorável:** sentença parcialmente favorável com a última manifestação do Ministério Público ainda que diverso do pedido inicial.

Pelo Anexo I do presente estudo, utilizando como paradigma de pesquisa o período de 01/01/2024 até 31/12/2024, viu-se que o MPMT, atuando no primeiro grau de jurisdição, exarou 16.095 de ciências de sentenças penais favoráveis, desfavoráveis e parcialmente favoráveis, vale dizer, ***que analisaram o mérito do processo penal (aqui resumido como análise probatória da autoria e materialidade, hipótese de condenação/absolvição e dosimetria da pena).***

Valendo-se do mesmo corte temporal, as ciências de sentenças extintivas por outras causas, vale dizer, que não analisaram hipótese de condenação ou absolvição, revela a soma de 20.869 atos registrados.

Pelos números colhidos, observa-se que a prolação de sentenças que adentram ao mérito da análise probatória (isto é, favoráveis, desfavoráveis e parcialmente favoráveis) corresponde a 77,12% do número de sentença extintivas pela prescrição ou por outras causas (decadência, litispendência, coisa julgada e etc.) durante o ano de 2024, sendo essas excedentes em 4.774 atos registrados.

O olhar atento deste quadro estatístico possibilita, ao menos em solo mato-grossense, a desmitificação do discurso generalizado de excesso de punição pelo sistema de justiça estadual. A prolação da sentença condenatória deve ser de precisão cirúrgica, somente quando vencidas todas questões tangenciais à análise do mérito probatório, cujo foco será a verticalidade.

#### *4.2.1.2 Cognição vertical exauriente*

Somente após a análise profunda e completa da integralidade do acervo probatório e da argumentação das partes quanto ao mérito da questão, afastada qualquer matéria prejudicial ou preliminar, é que se autoriza a prolação da sentença condenatória. Vale dizer, não pode haver margem de dúvida à condenação. Mais ainda, o exaurimento da prova deve ecoar na calibragem da individualização da pena. Do contrário, resta afrontado o princípio da isonomia.

Comanda o art. 386, inciso VII, do CPP, que, havendo qualquer dúvida sobre a existência de prova suficiente para condenação, há de se prolatar sentença

absolutória. Mais ainda, como já abordado no subtítulo anterior, é imprescindível a inexistência de êxito de qualquer argumentação benéfica ao acusado durante a cognição horizontal plena para se inaugurar a fase de dosimetria da pena com conclusão anterior pela condenação.

O princípio da presunção de inocência traduz reflexos diretos no processo penal, como destaca a literatura:

**O ônus da prova pode ser distribuído de forma estática** ou dinâmica pelo legislador infraconstitucional. Tanto no processo civil como no processo penal, o ônus da prova é distribuído de forma estática (arts. 373 do CPC de 2015 e 156 do CPP). No processo civil, contudo, há ainda possibilidade de inversão e dinamização do ônus da prova (art. 373, §1.º, do CPC de 2015)<sup>213</sup> – como bem observa a doutrina, “compreende-se que, quando a medida justa da distribuição do ônus da prova é fundamental para a garantia de um direito, se devam evitar teorias abstratas e apriorísticas (...) e se imponham soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização dos direitos, liberdades e garantias”. **No processo penal, o ônus da prova é distribuído de forma estática, competindo sempre à acusação a prova das alegações que descrevam o crime. Esse é o conteúdo mínimo da regra da presunção de inocência prevista constitucionalmente (art. 5.º, LVII).**<sup>155</sup>

Mais do que o princípio de presunção de inocência, há de se fazer valer o princípio do *favor rei*, de amplitude maior por abordar todas as decisões favoráveis ao acusado. É o que doutrina Paulo Rangel:

O princípio do *favor rei* é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, **deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado.**

Trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação. **Nesse aspecto, o princípio do *favor rei* se enlaça com a presunção de inocência que, como vimos, inverte o ônus da prova.** O órgão que acusa é quem tem de apresentar a prova da culpa e demonstrar a culpabilidade do cidadão presumido inocente. **Caso a acusação não logre criar no tribunal a certeza da culpabilidade, então, o que se impõe é uma decisão favorável ao acusado** (VILELA, Alexandra. Ob. cit., p. 74).

O *favor rei* é o que autoriza o juiz (ou tribunal) a absolver o réu quando, verificando ter ocorrido a prescrição, o feito já estiver suficientemente maduro para proferir uma decisão de mérito, absolvendo-o (cf. item 10.9.1, infra). Ou ainda, havendo a ocorrência de vício processual que autorize a declaração de invalidade do processo ao mesmo tempo que há provas que autorizem a absolvição. Esta deve ser declarada em nome do favor rei.

<sup>155</sup> Grifos acrescentados. MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. p. 409.

O elemento impulsionador da interpretação que se deve adotar para alcançar a norma mais favorável ao acusado, diante de dois caminhos que se possam adotar, é exatamente o do *favor rei*.<sup>156</sup>

A despeito da cognição exauriente para a prolação do édito condenatório e, conseqüentemente, para o desenvolvimento da dosimetria da pena, há de se relembrar que, em determinados momentos processuais, o legislador autoriza a cognição sumária para certas naturezas de decisões penais. No ponto, leciona-se:

Em contrapartida, o STF já decidiu no âmbito do HC nº 128.031, de relatoria da Ministra Rosa Weber, que “não se exigem, quando do recebimento da denúncia, a cognição e a avaliação exaustiva da prova ou a apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade”. Isso quer dizer que, ao receber a denúncia oferecida pelo órgão acusatório, **o magistrado exercerá um juízo de cognição sumária, verificando a presença dos requisitos da denúncia e de indícios suficientes de autoria e materialidade**.<sup>157</sup>

Além do mais, algumas ações penais autônomas de impugnação demandam a apresentação de provas imediatas para o alcance da pretensão. É o que ocorre com o *habeas corpus*, cuja a existência da coação ilegal deve ser previamente demonstrada pelo impetrante, não havendo possibilidade de dilação probatória.

Contextualmente, já decidiu o STF:

AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DAÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. IDONEIDADE DA PEÇA ACUSATÓRIA. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO HABEAS CORPUS. 1. O habeas corpus não é via adequada ao trancamento de ação penal, ressalvados os casos excepcionais de evidente atipicidade da conduta, extinção da punibilidade ou ausência de justa causa. 2. É idônea a denúncia que observa todas as exigências formais do art. 41 do Código de Processo Penal. **3. Não se admite, na via estreita do habeas corpus, a qual não comporta dilação probatória, o reexame, com vistas ao acolhimento da tese defensiva – ausência de justa causa para o início da persecução penal –, do conjunto fático produzido nas instâncias ordinárias.** 4. Agravo interno desprovido<sup>158</sup>.

<sup>156</sup> Grifos acrescidos. p. 55. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 30. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. p.55.

<sup>157</sup> PIEDADE, Antonio Sergio C.; GOMES, Ana Carolina Dal Ponte A. **Coleção Método Essencial - Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022. E-book. p. 21. ISBN 9786559645107. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645107/>>. Acesso em 21 nov. 2024.

<sup>158</sup> Grifos acrescidos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 234623 PE. Relator: Ministro NUNES MARQUES. Brasília, 11 jun., 2024. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766973462>>. Acesso em: 21 nov. 2024

A regra de ouro para a sentença condenatória, contudo, não admite mitigação: só há sanção penal com prova suficiente para a quebra da presunção de inocência.

#### *4.2.1.3 Cognição horizontal plena e cognição vertical exauriente como pressupostos para a aplicação da pena adequada*

O início da dosimetria penal demanda o vencimento de qualquer dúvida da autoria e da materialidade delitiva (cognição vertical exauriente). Igualmente, qualquer irregularidade, questão prejudicial ou preliminar deve ser refutada para se falar em devida condenação (cognição horizontal plena).

Com uma certa frequência, as sentenças penais encontram nesta parte decisória, qual seja, o capítulo da fundamentação, o maior esforço argumentativo. Nele, se dedicam páginas e páginas para justificar a regular marcha processual, bem como a existência da conduta típica, antijurídica e culpável. Tal se dá em virtude do princípio da presunção de inocência e do *favor rei*.

Após, no capítulo pertinente à dosimetria propriamente dita, pela cultura da pena mínima, tem-se uma perda de fôlego, uma postura do esforço mínimo, num transparente viés de repetição genérica de fundamentações para a pseudojustificativa da sanção no mínimo individualizado pela vertente legislativa. Esforço mínimo este que resvala, eventualmente, até mesmo na desconsideração do próprio método trifásico, timbrando a inafastável nulidade decisória:

**(...) SENTENÇA ANULADA, EX OFÍCIO, NO TOCANTE À DOSIMETRIA – ANÁLISE DO MÉRITO RECURSAL PREJUDICADA.** O Juiz de primeira instância, na aplicação da pena, deve observar os ditames do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal e dos arts. 59 e 68 do Código Penal, individualizando a pena de cada um dos acusados e fundamentando a análise de cada circunstância judicial durante a primeira fase do processo dosimétrico, agravantes e atenuantes na segunda fase, e causas aumento ou diminuição de pena, na terceira etapa da dosimetria, sob pena de nulidade da sentença por ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena, da ampla defesa, do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais<sup>159</sup>.

<sup>159</sup> Grifos acrescentados. MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Apelação: 0005285-26.2013.8.11.0037. Relator: DES. PAULO DA CUNHA. Cuiabá, 14 ago., 2018. Disponível em: <<https://hellsgate-preview.tjmt.jus.br/jurisprudencia/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=386532&colegiado=Segunda&origem=Proteus&token=3u35s547H0twxVuT>> . Acesso em: 25 nov. 2024.

A cognição vertical exauriente enseja no aprofundamento também do capítulo dosimétrico. Ali, a originalidade do caso será palco para a correta dosimetria da pena. Além da necessidade do método trifásico (sob pena de inafastável nulidade), o Estado-Juiz deve levar em conta as peculiaridades para a ponderação da sanção penal adequada. Do contrário, tem-se explicitado o erro de julgamento, apto a autorizar o ataque da sentença condenatória maculada pela cultura da pena mínima na instância de revisão.

Contextualmente, a análise profunda do acervo probatório que influenciará na dosimetria da pena exige do intérprete um conhecimento amplo e, mais do que isso, uma disposição em fundamentar a decisão conforme demanda o caso concreto. Edilson Mougenot Bonfim tece profundos alertas sobre a capacidade intelectual quando da adequada aferição da reprimenda:

A individualização da pena, garantia constitucional (art. 5º, XLVI) pressupõe certo conhecimento de criminologia, vitimologia, psicologia judiciária, do contrário é previsão ingênua sem aplicabilidade prática. Juízes, promotores, advogados, os que pedem e decidem a justiça penal, deveriam informar-se e reciclarem-se com frequência sobre assuntos correlatos ao direito penal, por vezes bem mais importantes que complexos teoremas dogmáticos-penalísticos. O *arbitrium regulatum* do magistrado na dosificação apenatória conclama um vigor *subtractum* de conhecimentos aquém e além da dogmática penal para uma reta (ou equânime?) aplicação da lei; a abstração do método técnico jurídico se faz pequena ante a imensidão da tarefa judicante, porquanto é imprescindível essa noção da ciência dentro da ciência, conglobalizando as disciplinas verdadeiramente humanas e sociais (sociologia, criminologia etc.).

O preenchimento de certos cargos e carreiras jurídicas – se quiser que se alcance real efetividade – pressupõe um exame acurado das virtudes dos candidatos, objetivamente tratados. O contrário é o erro judiciário: a absolvição do culpado, a pena exacerbada para crime pequeno, a inocência condenada, a pena minorada para grave crime. É a Justiça pública perdida entre pareceres técnicos encomendados por particulares abastados: balancetes falsos (e que convencem); semi-imputabilidades de ocasião (minoram a pena ou ensejam tratamento ambulatorial); pareceres de medicina legal, criminológica, todos, *pour épater le bourgeois* “provando” inverdades, o engodo, fazendo do quadrado redondo, enganando, ludibriando, fazendo crer o que não é, acarretando, por vezes, escandalosas absolvições que se lastreiam (?) nas mais esfarrapadas mentiras travestidas de “pareceres técnicos”. Por certo, mais preparados as autoridades e profissionais da área, não se impedirá o vício apontado, não se logrará a redução a zero do problema, mas seguramente minorará até mesmo a ousadia.<sup>160</sup>

#### **4.2.2 O elemento conceitual da discricionariedade – o solipsismo e o divórcio da tecnologia jurídica dosimétrica**

<sup>160</sup> BONFIM, Edilson M. **Direito Penal da Sociedade**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. p.211. Acesso em: 20 mar. 2025.

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais é um corolário do estado democrático de direito. Tanto é assim que o art. 93, inciso IX, dispõe:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

A doutrina, inclusive, erige a norma em comento ao patamar de verdadeira cláusula pétrea:

Sérgio Nojiri, por afirmar ser núcleo básico do Estado Democrático de Direito, diz que o dever de fundamentar é inclusive cláusula pétrea, não podendo ser revogada por emenda constitucional por afrontamento à sistemática da Constituição. A fundamentação das decisões, portanto, é uma forma de aplicação prática do devido processo legal enquanto legitimador da atividade jurisdicional. "A motivação é tanto garantia do respeito ao devido processo legal como consequência de sua aplicação. Só nela é que se pode verificar se o processo observou os contornos estabelecidos no ordenamento jurídico, ou se apenas na aparência formal as garantias outorgadas aos litigantes pelas regras e princípios foram observadas. Por outro lado, decorre dessa observância (do devido processo legal) a motivação das decisões judiciais".<sup>161</sup>

A imprescindibilidade de explicitar os fundamentos decisórios deve ser acompanhada da aplicação da dogmática jurídica. Obviamente, o pensamento jurídico, a análise probatória e a própria dialética permitem uma certa discricionariedade ao julgador para pacificação social do tema em mesa. Isso não significa, contudo, que há uma liberdade ilimitada de fundamentação.

E, exatamente nesse ponto, impende o estudo do solipsismo, que na Filosofia pode, sinteticamente, assim ser conceituada:

**Solipsismo.** A crença de que, além de nós, só existem as nossas experiências. **O solipsismo é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiências anteriores e pessoais, e de não se conseguir encontrar uma ponte pela qual esses estados nos deem a conhecer alguma coisa que esteja além deles.** O solipsismo do momento presente estende este ceticismo aos nossos próprios estados passados, de tal modo que tudo o que resta é o eu presente. Russell

<sup>161</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais – A crise na construção de respostas no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 183



conta-nos que conheceu uma mulher que se dizia solipsista e que estava espantada por não existirem mais pessoas como ela.<sup>162</sup>

Na Filosofia Jurídica, ao destrinchar a descrição fenomenológica do conhecimento em Nicolai Hartmann, João Maurício Adeodato cita o solipsismo enquanto alerta para delimitação do conhecimento:

O segundo fenômeno refere-se à imagem do objeto no sujeito. Aquilo (*aliquid*) a que o sujeito se dirige no ato de conhecimento não é exatamente o objeto em sua plenitude ôntica, adverte kantianamente Hartmann, nem tampouco consiste em mera projeção da consciência subjetiva. Nem o realismo ingênuo, nem o idealismo exacerbado. O conhecimento é de um “terceiro algo”, ainda que em estreita relação com sujeito e objeto. **É certo que o conhecimento começa como fenômeno na consciência, só que precisa romper essa imanência para não cair no solipsismo, o exagero idealista do “eu”.** Quando um objeto é pensado, forma-se efetivamente uma imagem dele na consciência, mas o sujeito não pensa nessa imagem como algo distinto do próprio objeto, não os percebe separadamente. Ocorre uma espécie de síntese quando o sujeito constitui uma imagem do objeto em sua consciência, após a apreensão; a imagem representada resiste à fantasia do sujeito, mostrando que permanece determinada pelo objeto a que se refere, e daí sua “objetividade”. Claro que isso pressupõe uma atitude gnoseologicamente adequada, na medida do possível sem preconceitos. Por aqui entende-se mais uma vez por que a teoria de Hartmann foi chamada de realismo objetivo. Neste ponto do ato gnoseológico Hartmann parece concordar com Fichte: **“O conhecimento é a determinação do sujeito pelo objeto”.**<sup>163</sup>

Lenio Luiz Streck, transplantando o conceito filosófico do solipsismo à seara jurídica, adverte para o risco imbrincado em parte da doutrina de uma interpretação autorizadora da liberdade de fundamentação divorciada da ciência jurídica, lecionando:

Para além da operacionalidade *stricto sensu*, a doutrina indica o caminho para a interpretação, colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa “metodologia” de vários modos. E isso “aparecerá” de várias maneiras, como na direta aposta na:

- a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença como *sentire*”;
- b) interpretação como fruto da subjetividade judicial;
- c) interpretação como produto da consciência do julgador;
- d) crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus “valores”;
- e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador;
- f) crença de que “os casos difíceis se resolvem discricionariamente”;

<sup>162</sup> Grifos acrescentados. BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Consultoria da edição brasileira, Danilo Marcondes. Tradução de Desidério Murcho. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

<sup>163</sup> Grifos acrescentados. ADEODATO, João M. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. E-book. p.137.

g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma “abertura de sentido” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete.<sup>164</sup>

Traz o autor, ademais, um imprescindível questionamento acerca do limite da discricionariedade decisória. Indagação esta inerente ao estudo em foco, mormente na inércia da sentença penal em se aplicar a adequada pena ao caso concreto:

Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(rá)mos continuar a delegar ao juiz a apreciação discricionária nos casos de regras (textos legais) que contenham vaguezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados *hard cases*? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: **o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder**. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado.

É preciso entender que o sujeito solipsista – que está na base de afirmações do tipo “decido conforme minha consciência” – é uma construção filosófica que deita suas raízes no que antes delinee. Essa concepção tem como ponto de partida o *cogito ergo sum* de Descartes, passando pelas mônadas de Leibniz, pelo eu transcendental de Kant, até chegar a seu extremo em Schopenhauer, com a ideia de mundo como vontade e representação.

(...)

Trata-se, portanto, de uma corrente filosófica que determina que exista apenas um Eu que comanda o Mundo, ou seja, o mundo é controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito. Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instância psíquica que controla a vontade. O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o Sujeito imagina, quer e decide o que é.<sup>165</sup>

Por fim, justificando até mesmo o nome da obra de Lenio no ponto, na jurisprudência pátria, existem registro de desprezo à dogmática e à doutrina jurídica, indicando que o Direito é aquilo que a autoridade aplicadora diz ser. Veja-se:

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, li, com extremo agrado, o belíssimo texto em que o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins expõe as suas razões, mas tenho velha convicção de que o art. 557 veio em boa hora, data venia de S. Exa.

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de

<sup>164</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição Kindle. Posição 613.

<sup>165</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição Kindle. Posição 1258.

Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado.** É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. **Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele.** É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.<sup>166</sup>

Com clareza meridiana, tem-se que o solipsismo encontra na política da pena mínima um fértil campo para desenvolvimento. Ao se divorciar da técnica jurídica do método trifásico, desvencilhando-se da cognição profunda, ampla e exauriente necessária à existência da sentença penal condenatória, o juiz adepto da mencionada política também acaba por adotar a persona solipsista, pois se insere no âmago da discricionariedade alijada da devida fundamentação para aplicação da pena no patamar mínimo previsto pela individualização legislativa.

Uma análise jurisprudencial, calcada no direito das partes ao exercício do juízo revisional, permite uma ainda tímida tendência a se refutar a adoção da política da pena mínima. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por exemplo, é o que se enxerga quando da análise do recurso defensivo para mitigação da pena de tráfico de drogas amparado nas seguintes nuances do caso concreto:

Sabe-se que a fixação da pena-base é ato de discricionariedade vinculada ao limite estabelecido pelo legislador, cabendo-lhe a análise das circunstâncias judiciais através do livre convencimento motivado do Julgador.

A escolha de qual sanção a ser aplicada está atrelada, volto a dizer, à discricionariedade do Magistrado, que está próximo às provas dos autos, instruiu o feito, e tem condições de aferir, dentre o mínimo e máximo cominado ao preceito da norma, qual a sanção adequada e socialmente recomendável aos fins precípuos da pena, ou seja, repressão e prevenção do ilícito.

No que se refere à quantidade e natureza das drogas apreendidas, vejo que, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, se mostra cabível o aumento da pena basilar.

<sup>166</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 279889/2001/0154059-3. Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Brasília, 07 abr., 2003. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=525558&num\\_registro=200101540593&data=20030407&tipo=69&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=525558&num_registro=200101540593&data=20030407&tipo=69&formato=PDF)> . Acesso em: 14 mar. 2025.

(...)

**Ora, se a reprimenda imposta não deve ser excessiva, também não deve ser demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea como resposta social e na medida da reprovabilidade da conduta, de modo que, dentro do prudente arbítrio, o juiz deve escolher a pena a ser fixada entre o mínimo e o máximo, desde que decline o fundamento para maior imposição penal do que a mínima.**

(...)

Compulsando os autos, vê-se que foram apreendidos 230 (duzentos e trinta) pinos de cocaína, pesando 170g (cento e setenta gramas); 03 (três) pinos de cocaína, pesando 2g (dois gramas), e 02 (duas) porções de crack, pesando 2,2g (dois gramas e vinte centigramas), consoante auto de apreensão e laudo preliminar de drogas (ordem 02).

Portanto, considerando a quantidade, variedade e, especialmente, a natureza dos entorpecentes apreendidos (crack e cocaína), justifica-se a exasperação da pena-basilar.

Dessa forma, entendo que deve ser mantida a análise.<sup>167</sup>

Pelos negritados trechos, tem-se o nodal aspecto para se refutar a adoção indiscriminada da pena no patamar mínimo: por uma homenagem ao princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, tal qual se barra o excesso punitivo, não há como refutar as peculiaridades do crime concreto para se abrandar a sanção adequada.

Para além do fator endógeno do solipsismo, não se desconhece que outras intempéries externas acabam por exercer influência na postura da política em foco. É o que se passa a detalhar.

#### **4.2.3 O elemento conceitual da (des)motivação extraprocessual**

O distanciamento da técnica jurídica para a correta dosimetria da pena, aproximando-se da padronização imotivada no patamar mínimo legislativo encontra no presente tópico uma miríade de possibilidades. De antemão, é o alerta ao leitor da necessidade de imiscuir no desenvolvimento de argumentos e análises que não se limitam à seara jurídica, o que transparece um pequeno desvio do estudo da gama

<sup>167</sup> Grifos acrescentados. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo n. 1.0000.24.454045-6/001 (Número 0023961). Relator: Des. Wanderley Paiva. Belo Horizonte, 04 fev., 2025. Disponível em: <[https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=72668BC932B7271178DAB0F853EC95CC.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinha=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0023961-53.2020.8.13.0188&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=72668BC932B7271178DAB0F853EC95CC.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinha=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0023961-53.2020.8.13.0188&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 14 mar. 2025.

normativa sobre o assunto. A sugestão de questões extraprocessuais passa invariavelmente por um eixo estatístico, histórico e sociológico. Dos mais variáveis cenários para a sustentação da cultura em foco, dois merecem destaque

Ambos revelam aspectos distintos do Estado-Juiz quando da prolação de sentença. Por um lado, a exponencial crescente de processos imbui no magistrado um verdadeiro desestímulo à adequada dosimetria. Noutro, existem aqueles que adotam a cultura da pena mínima amparada em convicções pessoais (dos mais diferentes matizes: religiosa, cultural, filosófica e etc.).

As duas faces da mesma moeda contribuem para a fuga do dever de motivação e individualização adequada ao caso em mesa. A primeira traduz um comportamento voltado à passividade (permeada pela desmotivação) e a segunda é imantada pelo próprio esforço argumentativo para a padronização do abrandamento sancionatório (motivação, ou melhor, ativismo). É o que se explica a seguir.

#### *4.2.3.1 A sobrecarga processual e o sistema de metas*

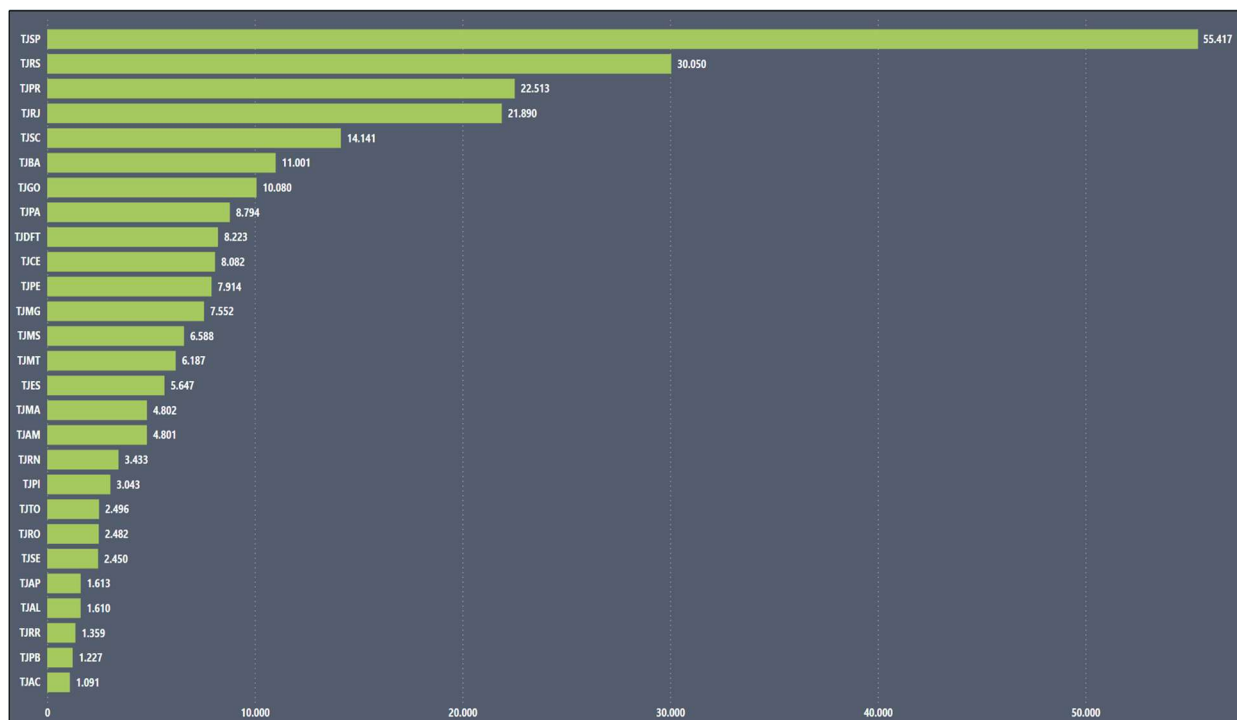
O CNJ estabeleceu o programa Justiça em Números, no afã de conferir maior transparência aos dados do Poder Judiciário brasileiro <sup>168</sup>. Busca-se a divulgação de novos casos, casos pendentes e processos arquivados. A análise estatística revela um estarrecedor quadro no que pertine aos processos criminais no âmbito das justiças estaduais. Sem mitigar a importância no julgamento dos crimes de competência da Justiça Federal, neste estudo, cinge-se à pormenorização numérica dos crimes julgados pela Justiça Estadual ante a significativa entrada de novos casos nesta seara.

Até a data de 31 de janeiro de 2025, restam pendentes 6.082.955 processos de conhecimento na área penal. Destes, 1.083.410 estão suspensos e arquivados provisoriamente, ao passo que 4.999.545 estão pendentes. Em relação ao mês de janeiro de 2025, computa-se a entrada de 254.486 novos processos e o julgamento de 166.676. Dos novos processos criminais, tem-se a seguinte distribuição pelos diversos Tribunais de Justiça da federação:

---

<sup>168</sup> Disponível em <<https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>>. Acesso em 05 mar. 2025.

Gráfico 1 – Novos processos distribuídos em 2025, até 31/01/2025



Fonte: CNJ

No último relatório pertinente ao tema, em maio de 2024, o CNJ estimou a existência de 18 mil juízes no Poder Judiciário<sup>169</sup>. Num cenário fictício, porém otimista, aliando o número de juízes de outrora com a carga processual apontada e considerando que todos exercem a competência criminal (o que, de longe, não é caso), ter-se-ia a distribuição de, aproximadamente, 312 processos criminais pendentes por juiz (leia-se, processos estes que não necessariamente estão somente conclusos para sentença, mas que também dependem da existência de pauta disponível para audiência, bem como todos os outros atos inerentes ao devido processo constitucional).

Esse exercício de imaginação deixa claro o que é palpável na realidade forense: uma massificação de novos (que se juntam aos antigos) processos na seara penal. Eis aqui um desestímulo para o Estado-Juiz para o dispêndio necessário de tempo, esforço físico e intelectual para a correta dosimetria da pena.

Ainda no âmbito do CNJ, amparado no preocupante cenário de crescência processual, dois mecanismos existem como fonte inspiradora e orientativa

<sup>169</sup> Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2024-barroso-destaca-aumento-de-95-em-novos-processos/>> Acesso em 06 mar. 2025.

da atuação judicial: o Prêmio CNJ de Qualidade e as Metas Nacionais do Poder Judiciário, respectivamente.

Em relação ao primeiro, destaca-se:

A partir da edição de 2024, o Prêmio na categoria “Excelência” passa a ser concedido para cada ramo de justiça, com a premiação do melhor tribunal de seu segmento, desde que tenha conseguido atender a quase todos os requisitos da premiação. Há também novidade nas categorias “Diamante”, “Ouro” e “Prata”, que passam a ser conferidas de acordo com a nota de corte atingida pelo Tribunal, e não somente por sua posição ranking. Na eventualidade de nenhum tribunal atingir os limites estabelecidos, a outorga da premiação será garantida a uma quantidade mínima de tribunais laureados, observando rigorosamente os critérios estabelecidos e uma nota mínima de corte.

O prêmio é um mecanismo complexo de avaliação das políticas judiciais elencadas no regulamento, que contempla mais de 50 critérios que se subdividem em mais de 150 itens avaliativos. A construção é baseada em um sistema de pontuações que respeita as peculiaridades de cada ramo de justiça, chegando a atingir aproximadamente 2.300 pontos.

A premiação é conferida anualmente durante o Encontro Nacional do Poder Judiciário, espaço onde são reunidos todos os presidentes dos tribunais para debater e votar as Metas Nacionais do ano seguinte<sup>170</sup>.

A Portaria n. 411/CNJ de 02/12/2024 institui o Regulamento do Prêmio CNJ de Qualidade, ano 2025<sup>171</sup>. No Capítulo III, ao delinear os Trechos Temáticos, lê-se:

Art. 8º A avaliação do Prêmio CNJ de Qualidade será segmentada entre os seguintes eixos temáticos:

(...)

II – **produtividade**: abrange aspectos da gestão judiciária relacionados **ao cumprimento das metas nacionais**, à celeridade processual, à redução de acervo e ao incentivo à conciliação;

Logo, para se obter o Prêmio CNJ nas qualidades Excelência, Diamante, Ouro e Prata, imprescindível o alinhamento do respectivo Tribunal de Justiça com as metas nacionais no critério produtividade. Segundo o próprio órgão: “as Metas Nacionais do Poder Judiciário representam o compromisso dos tribunais brasileiros com o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, buscando proporcionar à sociedade serviço mais célere, com maior eficiência e qualidade”<sup>172</sup>.

<sup>170</sup> Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/premio-cn-j-de-qualidade/>>. Acesso em 06 mar. 2025.

<sup>171</sup> Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5880>>. Acesso em 06 mar. 2025.

<sup>172</sup> Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-estrategica-e-planejamento/metas/>>. Acesso em 06 mar. 2025.

Das metas existentes, as pertinentes à seara penal da Justiça Estadual são as seguintes<sup>173</sup>:

Meta 1 – Julgar mais processos que os distribuídos (todos os segmentos)

Julgar quantidade maior de processos de conhecimento do que os distribuídos de 20/12/2024 a 19/12/2025, excluídos os suspensos e sobrestados de 20/12/2024 a 19/12/2025.

Meta 2 – Julgar processos mais antigos (todos os segmentos)

Justiça Estadual: pelo menos, 80% dos processos distribuídos até 31/12/2021 no 1º grau, 90% dos processos distribuídos até 31/12/2022 no 2º grau, 95% dos processos distribuídos até 31/12/2022 nos Juizados Especiais e Turmas Recursais e 100% dos processos de conhecimento pendentes de julgamento há 15 anos (2010) ou mais.

(...)

Meta 4 – Priorizar o julgamento dos processos relativos aos crimes contra a Administração Pública, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Eleitoral e Justiça Militar da União e dos Estados)

Justiça Estadual: Identificar e julgar até 31/12/2025, 65% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública, distribuídas até 31/12/2021, em especial as relativas a corrupção ativa e passiva, peculato em geral e concussão e identificar e julgar até 26/10/2025, 100% das ações de improbidade administrativa distribuídas até 26/10/2021.

Meta 5 – Reduzir a taxa de congestionamento (STJ, TST, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados)

Justiça Estadual: Reduzir em 0,5 ponto percentual a taxa de congestionamento líquida de processo de conhecimento, em relação a 2024. Cláusula de barreira: 56%.

Meta 6 – Priorizar o julgamento das ações ambientais (STJ, Justiça Estadual e Justiça Federal)

Justiça Estadual: 50% dos processos relacionados às ações ambientais distribuídos até 31/12/2024.

Meta 7 – Priorizar o julgamento dos processos relacionados aos indígenas e quilombolas (STJ, Justiça Estadual e Justiça Federal)

Justiça Estadual: 50% dos processos relacionados aos direitos das comunidades indígenas e 50% dos processos relacionados aos direitos das comunidades quilombolas distribuídos até 31/12/2024.

Meta 8 – Priorizar o julgamento dos processos relacionados ao feminicídio e à violência doméstica e familiar contra as mulheres (STJ e Justiça Estadual)

Justiça Estadual: 75% dos casos de feminicídio distribuídos até 31/12/2023 e 90% dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher distribuídos até 31/12/2023.

<sup>173</sup> Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2025/02/metas-nacionais-aprovadas-no-18o-enpj-v-5-1.pdf>>. Acesso em 06. mar. 2025.



Salta aos olhos a eleição de critérios quantitativos, e não qualitativos para a orientação da atividade judicial. Soma-se a isso a corrida pelos Tribunais de Justiça Estaduais para a obtenção dos selos premiativos, preocupando-se muito mais com a quantidade das decisões definitivas proferidas do que com a qualidade da tecnologia jurídica empreendida. Ao fim e ao cabo, a propaganda institucional<sup>174</sup> acaba por assumir o protagonismo, mitigando, assim, a conferência da exatidão jurídica das sentenças penais condenatórias.

E aqui, interessa citação do estudo da dissertação de mestrado de Luisa Moraes Abreu Ferreira<sup>175</sup>. A despeito da elaboração em 2014, algumas de suas conclusões remanescem inalteradas nos dias atuais:

Considerando-se que a existência de limites mínimos e aumentos obrigatórios tem como fundamento os parâmetros estabelecidos em lei para uniformizar as penas, este capítulo tem como objetivo verificar de que forma o perfil dos casos iguados pela pena mínima são, de fato, semelhantes.

Para isso, foram estudados 60 acórdãos de apelações criminais julgadas pelo TJSP em que a pena aplicada pelo crime de roubo foi de 5 anos e 4 meses de reclusão. A análise foi dividida em três partes: (i) comparação entre casos com circunstâncias de fato muito distintas entre si e que receberam a mesma pena e, em alguns casos, com fundamentação idêntica; (ii) análise da forma pela qual as questões de fato tratadas nos acórdãos (violência e grave ameaça; confissão; arma; bens subtraídos; reparação de danos; posse dos bens e concurso de pessoas) foram consideradas no momento da aplicação da pena<sup>99</sup>; (iii) análise de alguns aspectos interessantes sobre “padrões de fundamentação” do tribunal.

(...)

#### CAPÍTULO 7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

(...)

A análise dos casos concretos que deram origem à pena mínima de roubo revelou casos muito distintos sob a mesma pena, demonstrando que embora essa prática tenha como um de seus fundamentos aumentar a uniformidade (evitando a chamada disparidade entre penas) e conferir maior proporcionalidade na aplicação da pena, a “igualdade” se dá apenas se tomarmos como único critério de distinção o tipo penal da condenação (art. 157 + causa de

<sup>174</sup> Disponível em: <[https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/tjpr-celebra-conquista-do-selo-diamante-em-reuni%C3%A3o-com-ex-presidentes-do-judici%C3%A1rio/18319#:~:text=O%20Selo%20Diamante%20%C3%A9%20o,pa%C3%Ads%20a%20receber%20a%20premia%C3%A7%C3%A3o](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/tjpr-celebra-conquista-do-selo-diamante-em-reuni%C3%A3o-com-ex-presidentes-do-judici%C3%A1rio/18319#:~:text=O%20Selo%20Diamante%20%C3%A9%20o,pa%C3%Ads%20a%20receber%20a%20premia%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em 06 mar. 2025.

Disponível em: <<https://www.tjgo.jus.br/index.php/agencia-de-noticias/noticias-ccs/20-destaque/31754-presidencia-do-tjgo-divulga-resultado-final-do-premio-produtividade-2024-e-premia-233-unidades-judiciarias-20-conquistaram-o-selo-diamante>>. Acesso em 06 mar. 2025.

Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2024/dezembro/1o-vice-presidente-explica-porque-o-tjdft-e-selo-diamante-por-seis-anos-consecutivos>>. Acesso em 06 mar. 2025.

<sup>175</sup> Grifos acrescidos. FERREIRA, Luisa Moraes Abreu. **Penas Iguais Para Crimes Iguais?** Um estudo da individualização da pena com base em casos de roubo julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p. 105, 167-168.

aumento) e a reincidência. Esta última foi a única circunstância que ensejou penas distintas para dois acusados em um mesmo processo, nos casos estudados. As circunstâncias de menoridade e confissão, embora tenham sido diferentes para cada acusado em muitos dos casos estudados, não ensejaram redução da pena em razão da súmula 231, do STJ, que não permite a redução da pena abaixo do mínimo legal na presença de atenuante.

A falta de informações sobre o caso concreto, tanto sobre elementos necessários para a configuração do crime, causas de aumento e diminuição, agravantes e atenuantes, quanto de elementos que poderiam ser considerados como relevantes para aferição da culpabilidade e decisão sobre o regime inicial de cumprimento revela que embora o juiz possa manejar diversas circunstâncias relacionadas ao caso concreto (especialmente ao aplicar a pena-base), **em muitos casos as informações sobre o caso sequer estão disponíveis ou são manejadas ao se aplicar a pena.**

Embora seja possível argumentar que nos casos em que é aplicada pena diferente da mínima há mais informações sobre o caso – já que o juiz seria obrigado a motivar – essa característica dos casos de pena mínima mostra a consequência da prática: o envio indiscriminado, de grande quantidade de pessoas, à prisão sem que a própria pessoa ou a sociedade sejam comunicadas das circunstâncias do caso concreto que motivaram a pena. No mais, a análise de casos em que foi aplicada pena mínima e determinado regime inicial fechado mostra que a informação sobre os casos é parca mesmo quando há necessidade de motivação (sob pena de nulidade da decisão).

A falta de informação sobre as particularidades do caso concreto e a correlata pouca fundamentação da decisão sobre a pena, embora possa sugerir, não parece ser “vício de motivação”, resultante da inobservância de regras processuais ou do eventual volume excessivo de processos. **A existência de fórmulas fechadas de dosimetria empurram o juiz para a repetição de standards e o distanciam da subjetividade do caso. Se há uma tendência a não motivar relacionada à sobrecarga de processos, o modelo atual serve para conferir conforto, para acomodar essa tendência dentro de uma moldura de aparente legalidade.**

O preocupante cenário processual, como bem destacado pela autora, deságua na utilização indiscriminada da pena mínima como amparo e conforto ao órgão decisor. Primeiramente, o estoque processual desmotiva o magistrado a despendar o tempo necessário para a prolação da sentença adequada ao caso. Num segundo aspecto, o sistema de premiação do CNJ acaba por incentivar a prolação do maior número de sentenças possíveis, independentemente da qualidade.

Calhar trazer à tona a configuração constitucional do CNJ e do CNMP. A Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que solidificou a maior reforma do Poder Judiciário pós CF/1988, criou essas duas instituições (art. 103-B e 130-A da CF/1988, respectivamente). São pautadas pelo ofício em zelar pela autonomia dos identificados poderes (Judiciário e Ministério Público), podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de suas competências, ou recomendar providências. Ocorre que, neste mister,

acabam por estipular sistema de metas cujo findar dos processos acumulados se torna o principal objetivo.

A peculiaridade é alertada aos órgãos correicionais dos diversos ramos do Poder Judiciário e do Ministério Público, que, por sua vez, fiscalizam os agentes políticos da ponta (v.g. Juízes de Direito e Promotores de Justiça), estabelecendo critérios para aferição da produtividade, por exemplo. Daí, os órgãos estatais responsáveis pela primeira análise processual, via de regra, são compelidos a adotar a postura de verdadeiros extintores de processo, cuja qualidade nem sempre é devidamente aferida (quase sempre, somente por acionamento das demais partes envolvidas pelas vias recursais).

Para além da questão numérica, ao juiz também não é dado invocar sentimentos e cargas de fundamentação imbuídas de pessoalismo, de sua própria experiência de vida ou predileção cultural, religiosa, entre outras, para o amparo atécnico da ausência de punição adequada. É o que se vê a seguir.

#### 4.2.3.2 O juiz cordial e a personalidade

A ciência para compreensão do comportamento brasileiro deve ao historiador Sérgio Buarque de Holanda imprescindíveis homenagens. Sua obra *Raízes do Brasil* é considerada por muitos a pedra de toque para o entendimento do processo de formação social, política e cultural do Brasil (pareada – e servindo como estudo crítico de contraponto –, ao clássico *Casa Grande e Senzala*, de Gilberto Freire).

Publicada originalmente em 1936, *Raízes do Brasil* estabelece uma interpretação inovadora das estruturas históricas do país, propondo a ideia do “**homem cordial**” como um dos elementos fundamentais da identidade brasileira. Sérgio Buarque de Holanda analisa o legado ibérico na organização social e política nacional, argumentando que a colonização portuguesa implantou um modelo baseado no personalismo, na conciliação entre público e privado e na **aversão às normas impessoais e racionais**, dificultando a consolidação de uma ordem institucional moderna.

A abordagem se distancia do determinismo racial de algumas correntes intelectuais anteriores, privilegiando uma leitura histórico-social mais dinâmica, na qual a cultura, os hábitos e as mentalidades desempenham um papel central na conformação do Brasil contemporâneo.

Enquanto correspondente jornalístico na Alemanha, obteve experiência primordial ao intelecto. Encontrou na sociologia de Max Weber inspiração para seu estudo. É evidente a influência weberiana na contraposição entre o "trabalho organizado" dos países protestantes e o modelo ibérico, mais informal e marcado por relações pessoais, que predominou na colonização brasileira.

No Capítulo 5 de *Raízes do Brasil*, intitulado *O Homem Cordial*, costura a noção de que o comportamento brasileiro, calcado na formação familiar, é colorido pela predominância da família patriarcal, um modelo tradicional em que a autoridade do chefe de família era central, com destaque em áreas rurais. Com o avanço da urbanização — que não se restringiu apenas ao crescimento físico das cidades, mas também à ampliação dos meios de comunicação e da influência urbana sobre o campo — houve um desequilíbrio social significativo.

Num primeiro momento, a terminologia *homem cordial* pode causar certa confusão e estranheza, com a falsa sugestão ao homem educado, munido de instrução e polido. Eis aqui o ponto de maior incompreensão da doutrina, que não deixa de traduzir certa ironia por parte do autor.

O vernáculo *cordial* foi exatamente eleito em razão de sua derivação, da origem etimológica. Do latim *cordialis*, significa "relativo ao coração". Tem-se, então, o significado de que o brasileiro é mais animado por um comportamento voltado ao aspecto emocional, originário de tal órgão vital, do que orientado pela razão e pelos aspectos institucionais. Neste prisma, o norte sentimental pode tender tanto para o aspecto fraternal quanto para o cruel (ou seja, nem sempre a cordialidade acompanha um ato benevolente, como pode parecer à primeira vista). Numa brilhante alegoria, vale-se o autor da comparação comportamental dos personagens de Sófocles na obra *Antígona*<sup>176</sup>.

E não é devaneio abordar a postura do juiz adepto da cultura da pena mínima sob o prisma do conceito de *homem cordial*. Aliás, merece transcrição o apontamento do autor sobre o aspecto *cordial* dos agentes políticos:

---

<sup>176</sup> Tragédia que narra o conflito entre a protagonista, Antígona, e o rei Creonte, seu tio. A história se passa após a guerra entre os irmãos de Antígona, Etéocles e Polínicos, que lutaram pelo trono de Tebas e acabaram se matando. Creonte, agora rei, decreta que Etéocles terá um enterro digno, enquanto Polínicos, considerado traidor, será deixado sem sepultura, num invariável respeito à lei dos homens. Antígona, guiada por sua devoção à família e às leis divinas, desafia a ordem do rei e enterra o corpo de Polínicos, sendo descoberta e levada a Creonte. Apesar dos conselhos de seu filho Hêmon (noivo de Antígona) e do profeta Tirésias, Creonte mantém sua decisão, condenando Antígona à morte. A peça aborda temas como o conflito entre leis humanas e divinas, o destino, o orgulho e as consequências das escolhas individuais.

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário “patrimonial” do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. **Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos.** A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. **Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático.** O funcionalismo patrimonial pode, com a progressiva divisão das funções e com a racionalização, adquirir traços burocráticos. Mas em sua essência ele é tanto mais diferente do burocrático, quanto mais caracterizados estejam os dois tipos.

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal.<sup>177</sup>

Valendo-se da própria terminologia utilizada pelo autor, o comportamento decisório de imbuir questões pessoais (sejam elas explicitadas ou camufladas pela voluntária ausência de esforço argumentativo), se traduz num verdadeiro comportamento do funcionarismo (ou, como mais adequado ao estudo, exercício de jurisdição) patrimonial (carimbado de cordialidade, pois). E mais ainda, como já destacado em linhas pretéritas, tal margem de atuação não é exclusividade do Juiz ao sentenciar, mas também encontrada, por exemplo, no esforço mínimo do Promotor de Justiça ao não realizar a adequada acusação (cita-se, ao oferecer medida despenalizadora em situação vedada por lei).

Pode-se criar uma falsa percepção de que impossivelmente o Estado-Juiz explicitaria tal carga emocional (cordialidade) durante o dever de fundamentação da decisão judicial. O olhar mais atento, aliado ao estudo de casos de grande repercussão social na comunidade jurídica, desmantelam esse sofisma.

Em 12 de fevereiro de 2007, alguns meses após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), ao declarar a inconstitucionalidade do então novo regime jurídico de proteção das mulheres em situação de violência doméstica e

<sup>177</sup> Grifos acrescentados. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição Crítica. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 226.

familiar, o Estado-Juiz na Comarca de Sete Lagoas/MG emitiu decisão claramente permeada pela cordialidade. No bojo dos autos 222.942/06, fincou-se<sup>178</sup>:

O tema objeto destes autos é a Lei nº 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”. Assim, de plano surge-nos a seguinte indagação: devemos fazer um julgamento apenas jurídico ou podemos nos valer também de um julgamento histórico, filosófico e até mesmo religioso para se saber se esse texto tem ou não autoridade?

(...)

Ora! Costumamos dizer que assim como o atletismo é o esporte-base, a filosofia é a ciência-base, de forma que temos de nos valer dela, sempre.

Mas querem uma base jurídica inicial? Tome-la então! O preâmbulo de nossa Lei Maior:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundadas na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” — grifamos.

**Diante destes iniciais argumentos, penso também oportuno — e como se vê juridicamente lícito — nos valer também de um julgamento histórico, filosófico e até mesmo religioso para se saber se esse texto, afinal, tem ou não autoridade. Permitam-me, assim, tecer algumas considerações nesse sentido.**

Se, segundo a própria Constituição Federal, é Deus que nos rege — e graças a Deus por isto — Jesus está então no centro destes pilares, posto que, pelo mínimo, nove entre dez brasileiros o têm como Filho Daquele que nos rege. Se isto é verdade, o Evangelho Dele também o é. E se Seu Evangelho — que por via de consequência também nos rege — está inserido num Livro que lhe ratifica a autoridade, todo esse Livro é, no mínimo, digno de credibilidade — filosófica, religiosa, ética e hoje inclusive histórica.

Esta “Lei Maria da Penha” — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é antiética; **herética porque fere a lógica de Deus**; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta.

**Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.**

Deus então, irado, vaticinou, para ambos. E para a mulher, disse:

“(...) o teu desejo será para o teu marido e ele te dominará (...)”

Já esta lei diz que aos homens não é dado o direito de “controlar as ações (e) comportamentos (...)” de sua mulher (art. 7º, inciso II). Ora! Que o “dominar” não seja um “você deixa?”, mas ao menos um “o que você acha?”. Isto porque o que parece ser não é o que efetivamente é, não parecia ser. Por causa da maldade do “bicho” Homem, a Verdade foi então por ele interpretada segundo as suas maldades e sobreveio o caos, culminando — na relação entre homem e mulher, que domina o mundo — nesta preconceituosa lei.

Mas à parte dela, e como inclusive já ressaltado, o direito natural, e próprio em cada um destes seres, nos conduz à conclusão bem diversa. **Por isso — e na esteira destes raciocínios — dou-me o direito de ir mais longe, e**

<sup>178</sup> Grifos acrescentados. BRASIL. Poder Judiciário. Juízo de Direito da Comarca de Sete Lagoas - MG. Decisão proferida nos autos nº 222.942-8/06, relativa à Lei Maria da Penha. Sete Lagoas, 12 fev. 2007. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2007-out-23/cnj\\_avalia\\_decisao\\_tachou\\_lei\\_monstrengo\\_tinhoso/?action=genpdf&id=557494](https://www.conjur.com.br/2007-out-23/cnj_avalia_decisao_tachou_lei_monstrengo_tinhoso/?action=genpdf&id=557494)>. Acesso em 5 jan. 2025.

**em definitivo! O mundo é masculino! A ideia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem! Á própria Maria — inobstante a sua santidade, o respeito ao seu sofrimento (que inclusive a credenciou como “advogada” nossa diante do Tribunal Divino) — Jesus ainda assim a advertiu, para que também as coisas fossem postas cada uma em seu devido lugar: “que tenho contigo, mulher!?”.**

E certamente por isto a mulher guarda em seus arquétipos inconscientes sua disposição com o homem tolo e emocionalmente frágil, porque foi muito também por isso que tudo isso começou.

A mulher moderna — dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozóides — assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino. Tanto isto é verdade — respeitosa — que aquela que encontrar o homem de sua vida, aquele que a complete por inteiro, que a satisfaça como ser e principalmente como ser sensual, esta mulher tenderá a abrir mão de tudo (ou de muito), no sentido dessa “igualdade” que hipocritamente e demagogicamente se está a lhe conferir. Isto porque a mulher quer ser amada. Só isso. Nada mais. Só que “só isso” não é nada fácil para as exigências masculinas. Por isso que as fragilidades do homem tem de ser reguladas, assistidas e normatizadas, também. Sob pena de se configurar um desequilíbrio que, além de inconstitucional, o mais grave, gerará desarmonia, que é tudo o que afinal o Estado não quer.

Ora! Para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas desta lei absurda o homem terá de se manter tolo, mole — no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões — dependente, longe portanto de ser um homem de verdade, másculo (contudo gentil), como certamente toda mulher quer que seja o homem que escolheu amar.

Mas pode-se-ia dizer que um homem assim não será alvo desta lei. Mas o será assim e o é sim. Porque ao homem desta lei não será dado o direito de errar. Para isto, basta uma simples leitura do art. 7<sup>a</sup>, e a verificação virá sem dificuldade.

Portanto, é preciso que se restabeleça a verdade. A verdade histórica inclusive e as lições que ele nos deixou e nos deixa. Numa palavra, o equilíbrio enfim. Isto porque se a reação feminina ao cruel domínio masculino restou compreensível, um erro não deverá justificar o outro, e sim nos conduzir ao equilíbrio. Mas o que está se vendo é o homem — em sua secular tolice — deixando-se levar, auto-flagelando-se em seu mórbido e tolo sentimento de culpa.

Enfim! Todas estas razões históricas, filosóficas e psicossociais, ao invés de nos conduzir ao equilíbrio, ao contrário vêm para culminar nesta lei absurda, que a confusão, certamente está rindo à toa! Porque a vingar este conjunto normativo de regras diabólicas, a família estará em perigo, como inclusive já está: desfacelada, os filhos sem regras — porque sem pais; o homem subjugado; sem preconceito, como vimos, não significa sem ética — a adoção por homossexuais e o “casamento” deles, como mais um exemplo. Tudo em nome de uma igualdade cujo conceito tem sido prostituído em nome de uma “sociedade igualitária”.

Não! O mundo é e deve continuar sendo masculino, ou de prevalência masculina, afinal. Pois se os direitos são iguais — porque são — cada um, contudo, em seu ser, pois as funções são, naturalmente diferentes. Se se prostitui a essência, os frutos também serão. Se o ser for conspurcado, suas funções também o serão. E instalar-se-á o caos. (...)

A carga de pessoalidade e a utilização de argumentos não jurídicos são facilmente perceptíveis nos trechos destacados. A invocação de ensinamentos bíblicos, o discurso ferrenho na defesa do gênero masculino e o combate à norma progressista advinda com a Lei n. 11.340/06 são evidências daquilo que Sérgio

Buarque denomina cordialidade. Há o prevalecimento da emoção sobre o raciocínio lógico-jurídico. Explicita-se, com tal carga argumentativa, a negação de eficácia social da Lei Maria da Penha, que recrudesceu o tratamento dos crimes envolvendo a violência doméstica e familiar contra a mulher, em bases não jurídicas, ventilando-se tratamento mais brando ao agressor nestes casos, em sintonia com a cultura da pena mínima.

Outra decisão que é dotada de cordialidade no sentido técnico em abordagem, adveio do Tribunal do Justiça do Estado de Goiás. Ao bater pela impossibilidade do indivíduo que consentiu com a prática de uma orgia em se tornar vítima do então crime de atentado violento ao pudor, o Desembargador Paulo Teles (Relator), anotou:

A literatura profana que trata do assunto, dá destaque especial ao despudor e desavergonhamento porque durante a orgia consentida e protagonizada não se faz distinção de sexo, podendo cada partícipe ser sujeito ativo ou passivo durante o desempenho sexual entre parceiros e parceiras. Tudo de forma consentida e efusivamente festejada.

Na ocasião, o acórdão restou assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SEXO GRUPAL. ABSOLVIÇÃO. MANTENÇA. AUSÊNCIA DE DOLO. 1 - A PRÁTICA DE SEXO GRUPAL E O **ATO QUE AGRIDE A MORAL E OS COSTUMES MINIMAMENTE CIVILIZADOS**. 2 - SE O INDIVÍDUO, DE FORMA VOLUNTÁRIA E ESPONTÂNEA, PARTICIPA DE ORGIA PROMOVIDA POR AMIGOS SEUS, NÃO PODE AO FINAL DO CONTUBÉRNIO DIZER-SE VÍTIMA DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. 3 - QUEM PROCURA SATISFAZER A VOLÚPIA SUA OU DE OUTREM, ADERINDO AO DESREGRAMENTO DE UM BACANAL, SUBMETE-SE CONSCIENTEMENTE A DESEMPENHAR O PAPEL DE SUJEITO ATIVO OU PASSIVO, **TAL É A INEXISTÊNCIA DE MORALIDADE E RECATO NESTE TIPO DE CONFRATERNIZAÇÃO**. 4 - DIANTE DE UM ATO INDIVIDUOSAMENTE IMORAL, MAS QUE NÃO CONFIGURA O CRIME NOTICIADO NA DENÚNCIA, **NÃO PODE DIZER-SE VÍTIMA DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR AQUELE QUE AO FINAL DA ORGIA VIU-SE ALVO PASSIVO DO ATO SEXUAL**. 5 - ESSE TIPO DE CONCHAVO CONCUPISCIENTE, **EM RAZÃO DE SUA PREVISIBILIDADE E CONSENTIMENTO PRÉVIO, AFASTA AS FIGURAS DO DOLO E DA COAÇÃO**. 6 - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 7 - APELAÇÃO MINISTERIAL IMPROVIDA.<sup>179</sup>

Ainda que se possa ver a análise técnica por uma situação envolvendo a ausência de dolo do suposto agressor no caso, o viés moral do estudo da conduta recebeu claro destaque.

<sup>179</sup> Grifos acrescentados. GOIÁS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 25220-2/213. Relator: DES. PAULO TELES. Goiânia, 29 jun., 2004. Disponível em: <[https://ino.tjgo.jus.br/tamino/jurisprudencia/TJGO/nXML/TJ\\_252202213\\_20040629\\_20070308\\_104532.PDF](https://ino.tjgo.jus.br/tamino/jurisprudencia/TJGO/nXML/TJ_252202213_20040629_20070308_104532.PDF)>. Acesso em: 10 mar. 2025.



Uma espécie decisória que recebeu especial tratamento do legislador é a decisão interlocutória mista não terminativa inerente à pronúncia para julgamento perante o Tribunal do Júri. É do CPP:

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1º A fundamentação da pronúncia **limitar-se-á** à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (Grifos acrescentados)

A peculiaridade se dá em virtude da necessidade de manutenção da idoneidade e imparcialidade do corpo de jurados para o julgamento da causa. É o que nos ensina Edilson Mougenot Bonfim:

O caminho a ser seguido pelo juiz na prolação da pronúncia é delineado pelo art. 413 do CPP. Temos que o juiz não pode incursionar exageradamente sobre as provas dos autos, já que assim poderia influir no ânimo do Conselho dos Jurados, causando nulidade do pronunciamento. Tal vício será de natureza relativa, devendo ser alegada no momento oportuno.

**Destarte, se o juiz pronunciante, em vez de proporcionar um juízo de suspeita para os jurados, concluir por um verdadeiro juízo de certeza, viola a cláusula do devido processo legal, ensejando a decretação de sua nulidade.** O que não se permite, reste claro, é o magistrado afirmar um juízo condenatório, como aduzir, por exemplo, no corpo da pronúncia, “julgo procedente a presente ação penal”, uma vez que sua decisão tem caráter interlocutório e sua parte final tem natureza meramente classificatória e provisória, não podendo ultrapassar os limites do art. 413 do CPP.

(...)

Diferentemente da decisão de pronúncia, entende-se que, na impronúncia, não haverá qualquer limitação quanto ao excesso de linguagem ou de fundamentação, uma vez que, ao subtrair do Conselho de Sentença – juízo natural da causa – a apreciação do feito, deverá expor as razões que o motivaram a constatar a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva.<sup>180</sup>

A cordialidade na fundamentação, revelada na adoção de excesso de adjetivos e posicionamentos pessoais do julgador, acaba por causar a anulabilidade da decisão de pronúncia, vez que sua cópia será enviada aos sete do povo, constitucionalmente competentes para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e conexos.

<sup>180</sup> BONFIM, Edilson M. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.495. Acesso em: 10 mar. 2025.

#### **4.2.4 O elemento conceitual da originalidade - o princípio da vedação da nova punição pelo mesmo fato - o *non bis in idem***

Não se pode aprofundar no estudo da cultura da pena mínima sem antes dedicar esforços à correta compreensão do princípio da vedação da múltipla punição pelo mesmo fato jurídico. Também elencado na doutrina como princípio do *non bis in idem* ou *ne bis in idem*, por ele, veda-se o julgamento do agente delitivo mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.

Alguns ordenamentos jurídicos explicitam a existência deste princípio. É o que ocorre com a Constituição da República Portuguesa, que imprime no artigo 29, inciso 5, a ordem de que “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”.

Noutros, como no sistema brasileiro, inexistente uma previsão expressa originária de sua vedação. A leitura sistemática da CF/1988, contudo, permite a conclusão de que há implícita determinação de impossibilidade de dupla punição pelo mesmo fato. É o que se vê da leitura dos arts. 5º, incisos XXXVI, LIV e LV<sup>181</sup>.

Por isso, a defesa técnica de um acusado pelo mesmo fato já julgado (ou até mesmo em curso noutra jurisdição) deve se atentar para o método processual estampado no art. 95, incisos III e V, do CPP, em que se preconiza a exceção de litispendência e a exceção de coisa julgada, respectivamente. Por meio de tais mecanismos defensivos, oportuniza-se o debate da identificação de objetos do processo ou investigação criminal em curso com outra previamente existente.

A jurisprudência pátria, de há muito, já consolidou a orientação da impossibilidade de dupla sanção pelo mesmo contexto fático delitivo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PENAL. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. PROIBIÇÃO DO **NE BIS IN IDEM**. PACIENTE CONDENADO DUAS VEZES PELOS MESMOS FATOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 2. "Configura indevido bis in idem a dupla persecução penal instaurada em desfavor do mesmo acusado, pelo mesmo fato, culminando em dupla condenação" (HC-307.820/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJe de 19/10/2015) 3. Na espécie, nas ações penais n. 438.01.2009.013124-7 (controle n. 577/2009, 2ª Vara da Comarca de Penápolis/SP) e n. 0000171-55.2010.8.26.0438, (controle n.

<sup>181</sup> Art. 5º (...) XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

16/2010, 1ª Vara da Comarca de Penápolis/SP) o paciente foi condenado pelos mesmos fatos, o que caracteriza constrangimento ilegal, **por violação da garantia constitucional da coisa julgada e do princípio ne bis in idem**. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular, tão somente em relação ao paciente/impetrante, a Ação Penal nº 0000171-55.2010.8.26.0438, controle n. 16/2010, que tramitou na 1ª Vara da Comarca de Penápolis/SP.<sup>182</sup>

O princípio em escopo também foi implantado no ordenamento jurídico brasileiro por força da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Estampa o seu artigo 8.4. “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Convém lembrar a natureza jurídica supralegal da convenção em estudo<sup>183</sup>.

Não por outro motivo, o STF refuta qualquer possibilidade de deflagração de novo processo penal pelo indivíduo já absolvido<sup>184</sup>:

Penal e Processual Penal. 2. Proibição de dupla persecução penal e ne bis in idem. 3. Parâmetro para controle de convencionalidade. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de “proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos” (Casos Loayza Tamayo vs. Perú de 1997; Mohamed vs. Argentina de 2012; J. vs. Perú de 2013). 4. Limitação ao art. 8º do Código Penal e interpretação conjunta com o art. 5º do CP. **5. Proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado**. Precedente: Ext 1.223/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28.2.2014. 6. Ordem de habeas corpus concedida para trancar o processo penal.

Aprofundando o debate à seara processual, Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim erigem a vedação de punição ou persecução penal pelos mesmos fatos ao patamar de verdadeira condição da ação penal:

Passamos agora a enfrentar o tema principal do nosso trabalho: a originalidade como condição para o regular exercício da ação civil, penal e trabalhista.

<sup>182</sup> Grifos acrescentados. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 315073 SP 2015/0017811-9. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Brasília, 23 fev., 2016. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500178119&dt\\_publicacao=29/02/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500178119&dt_publicacao=29/02/2016)>. Acesso em: 05 jan. 2025.

<sup>183</sup> Vide o item 2.4.1. O status hierárquico dos tratados internacionais sobre Direitos Humanos no Capítulo 2 deste estudo.

<sup>184</sup> Grifos acrescentados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 171118 SP. Relator: Ministro GILMAR MENDES. Brasília, 12 nov., 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753484978>>. Acesso em: 05 jan. 2025.

Quando falamos em **originalidade**, estamos querendo dizer o mesmo direito de ação não pode ser exercido simultaneamente (litispendência), ou mesmo, sucessivamente (se houver coisa julgada material). Vale dizer, não litispendência e não violação à coisa julgada. **A ação tem de ser original e não uma "cópia" de outra ainda pendente ou já constante de outro processo apreciado no mérito.**

A doutrina vem asseverando que a litispendência e a coisa julgada são pressupostos processuais negativos de validade do segundo processo. Percebemos aqui novamente aquela confusão que mencionamos no início deste breve trabalho, confundindo validade processual com regularidade no exercício do direito de ação. A proibição de se reproduzir uma determinada ação tem a ver com a validade dos atos processuais praticados no segundo processo ou tem a ver com o abusivo duplo exercício do mesmo direito de ação?

Assim, quando o sistema normativo proíbe a litispendência e a violação à coisa julgada, ele está disciplinando, regulando, limitando o exercício do direito de ação. Nestas hipóteses, o autor está abusando do seu direito de ação ou, em outras palavras, **ele está exercendo ilegitimamente o direito de ação, porque o faz repentinamente.**<sup>185</sup>

E para fins de diagnóstico da originalidade, não há como descuidar de que o acusado se defende dos fatos a ele imputados, e não da capitulação final. Tanto é assim que estabelece o CPP:

Art. 383. O juiz, **sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa**, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.  
(Grifos acrescentados)

Destacando a simbiose constante entre a narrativa fática desenvolvida na denúncia e a correlação com a sentença condenatória, leciona Gustavo Henrique Badaró:

Podemos então dizer, já adiantando algumas conclusões, que **o objeto do processo penal está ligado à imputação**, que consiste na formulação da pretensão penal. O objeto da imputação, isto é, o fato enquadrável em um tipo penal, que se atribui a alguém, **deve permanecer imutável ao longo do processo, pois o objeto da sentença tem de ser o mesmo objeto da imputação, lá baseado em um juízo de certeza, aqui em uma probabilidade.** Se o processo serve para a verificação da imputação, a sentença, como momento máximo de conclusão do processo, deve confirmar ou refutar a imputação. Assim, a sentença não pode fundar-se ou ter em consideração algo diverso, ou que não faça parte da imputação.

Agora torna-se compreensível em sua plenitude a afirmação de BETTIOL, de que a identidade do fato, para fins de correlação entre acusação e sentença, consiste em verificar se as representações sobre um único fato, que são feitas

<sup>185</sup> Grifos acrescentados. JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal Estudos e Pareceres**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 90-91.

em momentos diversos, são idênticas. **Há, em verdade, duas representações de um objeto único, devendo se falar em identidade do conteúdo das duas representações sobre esse objeto.**<sup>186</sup>

Cita-se o exemplo a seguir para fins didáticos. Um indivíduo é preso pela Polícia Militar de Mineiros/GO por conduzir veículo automotor que sabe ser produto de crime. Ali, é denunciado, processado e julgado, ostentando a condenação pelo delito capitulado no art. 180 do CP<sup>187</sup>. Ocorre que, na Comarca de Alto Araguaia/MT, distante a 91 km do local em que foi preso em flagrante pela receptação, esse mesmo acusado sofre novo processo pelo crime de furto<sup>188</sup> de idêntico objeto. Vê-se que o conjunto fático é o mesmo, havendo uma tênue mudança do verbo típico. No contexto, inviável a conclusão da ausência de originalidade. Logo:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO MAJORADO PELO REPOUSO NOTURNO (ART. 155, § 1º, CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. 1)- DELITO DE FURTO. ARGUIÇÃO DE EXCEÇÃO DE COISA JULGADA. **FATOS QUE FORAM INVESTIGADOS E JULGADOS EM DEMANDA PENAL DIVERSA, JÁ TRANSITADA EM JULGADO. TESE ACOLHIDA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA QUE O APELANTE SUBTRAIU O VEÍCULO DA VÍTIMA E FOI FLAGRADO PELA AUTORIDADE POLICIAL MESES APÓS, EM POSSE DA RES FURTIVA. SITUAÇÃO QUE ENSEJOU DEMANDAS CRIMINAIS REFERENTES ÀS TRANSGRESSÕES DE FURTO E RECEPÇÃO. BIS IN IDEM CARACTERIZADO. AÇÃO DE RECEPÇÃO JÁ TRANSITADA EM JULGADO.** EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. ART. 395, INCISO II, CPP. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 2)- HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO PELA ATUAÇÃO DO DEFENSOR DATIVO. REMUNERAÇÃO ESTABELECIDA CONFORME TABELA PREVISTA NA RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 15/2019-PGE/SEFA. APELO CONHECIDO E PROVIDO, COM FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA<sup>189</sup>.

Nesta quadra, antes de se concluir pela necessidade da pena e, portanto, pelo desenvolvimento da tecnologia jurídica para sua dosagem, necessária se faz a análise da originalidade do processo em julgamento.

<sup>186</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. E-book Kindle.

<sup>187</sup> Art. 180. Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

<sup>188</sup> Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

<sup>189</sup> Grifos acrescidos. PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação: 0001778-52.2010.8.16.0060 (Acórdão). Relator: Desembargadora Sônia Regina de Castro. Curitiba, 06 jul., 2020. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/visualizacao.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff76db3047d195cb6a566563aad3816aa868bde0090a3bf4724e86bd502b53b7810038e83cb1b6acbb958ff64328c096ecdd35cde69e1a996445829e7e7ff5fc01e64dfa094dde9d428defc034a3a4c6412ddb27f4d9020c764e4f355162a35946e862afc38051aceb31b6932fa246f60062ad6a33773970a6ffd5e14f4262215acc40751c155cadf0b6e47af7fe0d81bb62f68c95274a0df42bddce3aa40b1f8fcc447031b3d56f6f>>. Acesso em: 05 mar. 2025.

#### 4.2.4.1 A originalidade e as nuances concretas do processo penal

No âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, diferentemente, a possibilidade de propositura de uma nova ação após a extinção de um processo sem resolução do mérito é uma questão regulada por dispositivos legais e princípios processuais que buscam equilibrar o direito de ação com a eficiência e a segurança jurídica do sistema judiciário. A extinção sem resolução do mérito está disciplinada no art. 485 do CPC.

Em casos tais, não existe a impossibilidade da propositura de uma nova ação civil. Essa hipótese reflete o compromisso do ordenamento jurídico com o princípio do contraditório e da ampla defesa, permitindo ao autor que tenha uma nova oportunidade de buscar a tutela jurisdicional. Para tanto, é indispensável que na nova ação sejam superados os problemas que ensejaram a extinção anterior, como a regularização de pressupostos processuais, a demonstração de condições da ação ou a observância de determinações judiciais que eventualmente não tenham sido cumpridas. Imprime a norma:

Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

§ 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

§ 2º A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

§ 3º Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

Ainda que o autor possa acionar o Estado-Juiz após a extinção sem resolução do mérito, essa prerrogativa encontra limites importantes. Embora a decisão que extingue o processo sem análise do mérito não produza coisa julgada material, ela forma coisa julgada formal, o que impede que a mesma decisão seja reexaminada no processo extinto. Assim, o postulante deve corrigir os defeitos e apresentar uma nova ação com os requisitos adequados, sob pena de novamente enfrentar a extinção do processo. Além disso, a nova propositura deve respeitar os prazos prescricionais

e decadenciais do direito material, pois, mesmo sem análise do mérito, o decurso do tempo pode inviabilizar o exercício da pretensão jurídica.

Outro ponto crucial é que a repetição de ações deve ser feita com respeito à boa-fé processual objetiva. O uso abusivo do direito de ação ou a reiteração de demandas sem fundamentos adequados pode configurar litigância de má-fé, causando tumulto processual e sobrecarga no sistema judiciário. Nesses casos, o Judiciário pode adotar medidas sancionatórias para conter abusos e garantir a regularidade do processo.

Portanto, a possibilidade de propositura de uma nova ação após a extinção sem resolução do mérito, prevista no CPC, é uma garantia importante para assegurar o acesso à justiça, desde que exercida de maneira responsável e dentro dos limites legais. Essa prerrogativa não só assegura que o direito de ação seja efetivo, mas também impõe ao autor o dever de agir de forma diligente, respeitando os requisitos processuais e os prazos estabelecidos, além de observar os princípios da boa-fé e da cooperação processual. Dessa forma, o ordenamento busca conciliar o direito de acesso à jurisdição com a eficiência e a segurança do sistema judicial.

Pelo princípio do *non bis in idem*, chega-se a uma importante conclusão: diferentemente do Direito Processual Civil, ao Estado-Juiz, durante a prolação de uma sentença penal, não é permitido analisar casos já julgados ou em curso. Logo, toda sentença penal é pertinente a um caso específico e original. A regra, contudo, comporta exceções.

É o que se vê dos próprios arts. 18 e 414 do CPP:

Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, **se de outras provas tiver notícia**.

(...)

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa **se houver prova nova**.

(Grifos acrescidos)

Ainda que formadora da coisa julgada formal, a sentença de impronúncia permite a continuidade das investigações, se e somente se formalizadas novas provas no curso da investigação policial. Igualmente, possibilita-se uma nova denúncia com o colorido do novo arcabouço probatório produzido. Na mesma linha, a sentença

homologatória do arquivamento do inquérito policial não obsta o renascimento da investigação e propositura da denúncia quando da obtenção de novo material probatório.

Volvendo à regra, contudo, encerrada a fase instrutória judicial, com o prévio oferecimento da denúncia, garantia do contraditório e da ampla defesa, sob o prisma do devido processo constitucional e não convencido o Estado-Juiz da prova de autoria ou materialidade, a sentença absolutória é medida de rigor, com arrimo no art. 386, inciso VII, do CPP, em estrita homenagem ao princípio da prevalência do estado de inocência. Tocada pelo manto da coisa julgada, resta inviabilizada o ajuizamento de nova denúncia sobre idêntico fato.

Neste contexto, vê-se que a adoção de uma cultura da pena mínima acaba por cerrar os olhos para as nuances do caso concreto, vale dizer, refuta a própria originalidade do caso em mesa. Não se verifica as hipóteses permissivas para o aumento da pena, padronizando-se a fundamentação da pena mínima para hipóteses originalmente diferentes. E mais: uma vez tocada pelo manto da imutabilidade da coisa julgada formal e material, pelo princípio do *non bis in idem*, resta inviabilizada a abertura de novo debate para a aplicação da pena adequada quando descartada a majoração necessária.

#### **4.2.5 O elemento conceitual da isonomia**

O princípio da igualdade ou isonomia é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, garantindo que situações equivalentes recebam tratamento isonômico e que desigualdades justificadas sejam adequadamente ponderadas na aplicação da lei. A própria disposição topográfica revela a importância da norma sob os olhos do poder constituinte originário. A igualdade inaugura o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) da Lei Maior Brasileira. A ampla gama de direitos desta natureza tem como início de redação: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Traçando um paralelo com os direitos constitucionais de primeira dimensão (vinculados à liberdade), Leonardo Martins indica as características do princípio da igualdade no ordenamento jurídico:



Ao contrário dos direitos de liberdade, que asseguram ao seu titular o direito de resistência contra intervenções estatais nas respectivas áreas de proteção, ou seja, que impossibilitam ou dificultam a manutenção de um status quo (exemplo: direito à propriedade) e principalmente a prática do comportamento tutelado pela norma (exemplo: a livre expressão do pensamento segundo o art. 5º, IV, da CF), o direito fundamental à igualdade não assegura a prática de nenhum comportamento específico, cujo exercício pudesse ser atrapalhado, cuja área de proteção pudesse ser “invadida” pelo Estado. Não há falar, portanto, em área de proteção e também não em intervenção estatal nesta.

O efeito básico da garantia continua, porém, o mesmo: assegurar ao indivíduo uma posição jurídica de natureza público-subjetiva: o direito de resistir desta vez não à intervenção na área de proteção de seu direito, mas sim de resistir ao tratamento desigual perante a lei (aplicação do direito – pelos poderes Executivo e Judiciário) ou pela lei (lei discriminatória injustificada).<sup>190</sup>

Como já adiantado no estudo do método trifásico, o legislador infraconstitucional adotou alguns fatores que permitem (em verdade, obrigam) a discriminação de determinadas condições pessoais durante a aplicação da pena (v.g. a atenuante da menoridade penal relativa do art. 62, inciso I, do CP). Ocorre que o tratamento desigual na medida da desigualdade é um corolário do princípio da igualdade, sendo clara a opção legislativa pelo tratamento penal mais brando aos indivíduos mais jovens. E tal distinção é generalizada (vale dizer, se aplica a todos os indivíduos menores de 21 anos e maiores de 18 anos), inexistindo direcionamento individual à benesse dosimétrica.

O tratamento igual em situações diferentes rompe o paradigma da igualdade, como destrincha o autor em análise:

O tratamento desigual constitucionalmente relevante pode ser verificado em duas hipóteses.

Na primeira hipótese, há de ser verificado um tratamento desigual quando uma pessoa, um grupo de pessoas ou uma situação forem essencialmente iguais e apesar disso tratadas diferentemente.

A segunda hipótese estará presente sempre que uma pessoa, um grupo de pessoas ou uma situação forem essencialmente diferentes e apesar disso tratadas indiferentemente.

Como exemplo da primeira hipótese, cite-se o caso de uma lei federal fixar, somente para bacharéis de direito de um determinado Estado, a necessidade de provar prática forense de dois anos como pressuposto para a inscrição em concurso público para a magistratura. A segunda hipótese pode ser ilustrada com o caso de um reitor de uma universidade (última esfera administrativa

<sup>190</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 p. 235.

dentro da universidade) que denega o pedido feito por um grupo de deficientes visuais para a realização de provas orais.<sup>191</sup>

Na seara processual penal, o princípio da igualdade é a pedra de toque para o efeito expansivo ou extensivo na teoria geral dos recursos e no regime jurídico das ações autônomas de impugnação (*habeas corpus*, revisão criminal e mandado de segurança). Nessa esteira, o art. 580 do CPP estabelece que, em casos de concurso de agentes, a decisão favorável a um dos réus se estende aos demais, desde que não sejam razões de caráter pessoal. Efeito este amplamente reconhecido e respeitado pela jurisprudência, se e somente se ausentes qualquer elemento pessoal na *ratio decidendi*:

HABEAS CORPUS – ARTS. 33 E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06 – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA – PRETENDIDA CONCESSÃO DA LIBERDADE – VIABILIDADE – BENEFÍCIO CONCEDIDO AO CORRÉU QUE SE ENCONTRA NA MESMA SITUAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA DA PACIENTE – ART. 580 DO CPP QUE PERMITE TRATAMENTO ISONÔMICO ENTRE AS PARTES – BENEFÍCIO CONCEDIDO AO COACUSADO QUE NÃO SE FUNDOU EM MOTIVOS DE CARÁTER EXCLUSIVAMENTE PESSOAL – DESNECESSIDADE DE APRECIÇÃO DOS DEMAIS FUNDAMENTOS DA IMPETRAÇÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO - APLICAÇÃO DE OFÍCIO DOS EFEITOS EXTENSIVOS - ORDEM CONCEDIDA. Nos termos do artigo 580 do CPP, havendo concurso de agentes, o benefício concedido a um dos corréus, desde que não fundado em motivos de caráter exclusivamente pessoal, deve ser estendido aos demais codenunciados, acaso a situação fático-processual deles seja a mesma, atendendo, assim, o princípio da isonomia. Portanto, como essa e. Terceira Câmara Criminal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 1010590-46.2017.8.11.0000, impetrado em favor de corréu que se encontra na mesma situação fático-processual da paciente, substituiu a clausura do paradigma por medidas cautelares diversas, dispostas no art. 319 do CPP, sem fundar a tomada de decisão em motivos de ordem subjetiva, imperiosa a extensão dos benefícios a ela, conforme preceitua o art. 580 do CPP, nos exatos termos da decisão exarada em favor daquele<sup>192</sup>.

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INEXISTÊNCIA. INOVAÇÃO. DESCABIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO. RAZÕES. ACRÉSCIMO DE ARGUMENTOS AO FINAL DO PROCEDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ISONOMIA E EFEITO EXTENSIVO. DIFERENÇA DE SITUAÇÃO FÁTICA REGISTRADA NA ORIGEM. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS INDEVIDO. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

(...)

<sup>191</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013 p. 236.

<sup>192</sup> MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus: 1011736-25.2017.8.11.0000 MT. Relator: GILBERTO GIRALDELLI. Cuiabá, 29 nov., 2017. Disponível em: <<https://hellsgate-preview.tjmt.jus.br/jurisprudencia/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=1390682&colegiado=Segunda&origem=PJe&token=3u35s547H0twxVuT>>. Acesso em: 05 jan. 2025.

4. Não há que se falar em efeito extensivo do art. 580, do CPP, nem em necessidade de tratamento isonômico ao acusado, quando as instâncias ordinárias registram alguns fatos que sugerem uma diferente situação entre ele e corrê contra a qual não foram decretadas medidas cautelares alternativas, nela incluída a maior liderança, a maior relação com possíveis beneficiários do crime e uma maior tentativa de destruição de provas. (...) <sup>193</sup>

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL MILITAR. ESTELIONATO. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE ANULOU A AÇÃO PENAL EM BENEFÍCIO DE CORRÉUS. ART. 580 CPP E ART. 515 CPPM. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE SITUAÇÕES. ORDEM DENE-GADA. 1. O efeito extensivo do recurso não é ilimitado, aplicável somente em hipóteses nas quais a decisão favorável a um dos réus tenha sido proferida por razões não pessoais do recorrente. 2. No caso, embora os corrêus tenham sido indevidamente citados por edital, irregularidade suficiente para anular a ação penal em relação a eles, o referido quadro fático não se repetiu com o paciente que, na condição de militar, foi regularmente citado. 3. Ordem denegada. <sup>194</sup>

Impossível aprofundar no estudo do conteúdo jurídico do princípio da igualdade ignorando a obra de Celso Antônio Bandeira de Mello. Baluarte do Direito Administrativo, a densidade de seu estudo deságua também na seara do Direito Penal e, por isso, é digno de detalhamento. Passando pelos critérios para identificação do desrespeito à isonomia, a correlação lógica entre fator de *discrímen* e a desequiparação procedida e a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição, arremata:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator "tempo" - que não descansa no objeto - como critério diferencial.

III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou

<sup>193</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n. 153.921/SC. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 18 out., 2022. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202102951180&dt\\_publicacao=24/10/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102951180&dt_publicacao=24/10/2022)>. Acesso em: 05 jan. 2025.

<sup>194</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 117203. Relator: Ministro TEORI ZAVASCKI. Brasília, 18 dez., 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5253586>>. Acesso em: 05 jan. 2025.

de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita<sup>195</sup>.

Apesar da maioria das conclusões se enviesarem para a análise da norma em abstrato, são plenamente utilizáveis como paradigma para o estudo da sentença penal no caso concreto. A sanção penal só existirá com a sentença judicial e, por isso, tal decisão é a verdadeira concretização da norma sancionatória. Com isso, a cultura da pena mínima é desrespeito à igualdade, particularmente porque implementada de forma genérica e desvinculada da técnica dosimétrica legal. Coloca em pé de igualdade cidadãos que cometeram crimes em distintas situações, permeando na alma do indivíduo que, de fato, merece a pena mais branda o assombro da injustiça.

A cultura da pena mínima traz consigo uma régua padronizadora, o distanciar do dever do Estado-Juiz fundamentar suas decisões e aplicar a sanção penal justa no caso concreto. É imantada da desigualdade na aplicação da lei penal, ignorando as especificidades do caso concreto, ostentando idêntico tratamento a condutas delitivas díspares.

O comportamento decisório assim padronizado viola algumas das referências elencadas por Celso Antônio Bandeira de Melo e acima transcritas. Ao incorporar elementos extraprocessuais e subjetivos na sentença judicial, a dosimetria penal se despe da conexão lógica com a diferença de tratamento entre as pessoas.

A determinação uniforme da pena mínima sem uma análise individual das circunstâncias do crime resulta num paradoxo de isonomia: na tentativa de prevenir desigualdades (pela máxima crimes iguais, penas mínimas iguais), acaba por criar injustiças, dando o mesmo tratamento a indivíduos cujas ações têm diferentes níveis de reprovação. Há incongruência com o princípio de que "tratamento desigual na proporção da desigualdade", crucial para a aplicação eficaz da justiça penal. Ignora-se o fator *discrímen cogente* (individualização da pena).

A interpretação que favorece o acusado de maneira sistemática sem uma base sólida pode prejudicar o princípio da individualização da pena provoca

---

<sup>195</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Desigualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-48.

instabilidade jurídica e enfraquece o próprio sistema de punição. A previsibilidade das decisões judiciais é crucial para a realização da isonomia, uma vez que possibilita que as pessoas conheçam antecipadamente as repercussões de suas ações. Isso se torna comprometido quando há uma prática decisória que visa diminuir as penas de forma indiscriminada. Leva à dissociação entre a penalidade imposta e a culpabilidade do infrator, violando não só o princípio da proporcionalidade, mas também o da igualdade. A determinação da pena deve seguir as normas constitucionais, convencionais e legais, prevenindo interpretações que desconsideram a individualização do caso específico.

## 5 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, buscou-se analisar criticamente o fenômeno da cultura ou política da pena mínima, prática judiciária que consiste na aplicação sistemática e indiscriminada da sanção penal em seu patamar mínimo, sem a devida análise individualizada das circunstâncias do caso concreto. Essa prática, conforme demonstrado, contraria preceitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro e representa significativo obstáculo à efetivação da justiça material nos processos criminais.

A investigação científica desenvolvida permitiu identificar as origens, manifestações e consequências desse comportamento decisório, evidenciando que, longe de representar mera tendência jurisprudencial, a política ou cultura da pena mínima constitui verdadeira patologia do sistema penal, com repercussões negativas na eficácia do Direito Penal como instrumento de controle social e pacificação de conflitos.

A partir da análise constitucional da individualização da pena, verificou-se que este princípio apresenta natureza normativa de mandado de otimização, devendo ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. A CF/1988, em seu art. 5º, XLVI, consagra expressamente a individualização como garantia fundamental, projetando-se em três vertentes complementares e interdependentes: legislativa, judicial e executiva.

Na vertente legislativa, observou-se que o legislador infraconstitucional, ao tipificar condutas e estabelecer parâmetros mínimos e máximos de pena, realiza uma primeira camada de individualização. Esta fase inicial impõe limites que não podem ser ignorados nas etapas subsequentes, sob pena de violação à separação harmônica entre as funções estatais. A análise do debate jurídico acerca da possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, demonstrou que a observância dos limites estabelecidos pelo legislador constitui imperativo constitucional, não podendo o julgador, a pretexto de individualizar a pena, desconsiderar os parâmetros legalmente estabelecidos.

A vertente judicial, foco central desta pesquisa, materializa-se na aplicação da pena ao caso concreto. Verificou-se que o CP adotou o método trifásico

como procedimento técnico para a quantificação da pena. Este método, longe de representar mera operação aritmética, constitui verdadeira tecnologia jurídica que demanda cognição horizontal plena e vertical exauriente, permitindo ao magistrado a adequação da sanção às peculiaridades do caso concreto.

A cognição horizontal plena pressupõe a análise de todas as questões processuais relevantes, enquanto a cognição vertical exauriente demanda o aprofundamento na análise probatória. Ambas as dimensões são indispensáveis para a correta individualização da pena, não podendo o magistrado, a pretexto de celeridade ou eficiência, negligenciar qualquer desses aspectos. A prática demonstra, contudo, que a política da pena mínima frequentemente se manifesta como resultado de cognição superficial ou incompleta, comprometendo a qualidade da prestação jurisdicional.

Na vertente executiva, constatou-se que a individualização prossegue durante o cumprimento da pena, estando intrinsecamente vinculada às decisões tomadas nas fases anteriores. A execução penal, longe de constituir mera fase administrativa, representa momento crucial da individualização, permitindo a adequação do cumprimento da pena às circunstâncias pessoais do condenado e à evolução de seu comportamento.

Evidenciou-se que políticas como o Programa Pena Justa, embora busquem humanizar o sistema carcerário, não podem servir de justificativa para a mitigação indiscriminada das penas na fase judicial. A precariedade do sistema prisional brasileiro, reconhecida pelo STF no julgamento da ADPF 347, que declarou o "estado de coisas inconstitucional", não autoriza o juiz sentenciante a desconsiderar os critérios legais de dosimetria. Tal atitude representaria solução simplista para problema complexo, transferindo para a esfera judicial responsabilidade que incumbe primariamente ao Poder Executivo.

A relação triangular entre estas três vertentes demonstrou que qualquer descompasso em uma delas compromete a integridade do princípio como um todo. A cultura da pena mínima, ao ignorar essa interdependência, provoca um desequilíbrio que repercute em todo o sistema de justiça criminal, comprometendo tanto a função preventiva quanto a retributiva da pena.

Ao analisar a dosimetria da pena na legislação infraconstitucional brasileira, demonstrou-se a complexidade técnica envolvida na quantificação da sanção penal. O método trifásico, longe de representar mero procedimento formal,

constitui verdadeira garantia do acusado contra o arbítrio judicial, estabelecendo parâmetros objetivos para a fixação da pena e possibilitando o controle da fundamentação pela via recursal.

A análise detalhada das circunstâncias do art. 59 do CP evidenciou que o legislador estabeleceu sistema normativo capaz de captar as nuances de cada caso concreto, possibilitando a adequação da pena às particularidades da conduta e às características pessoais do agente.

O estudo das agravantes e atenuantes, que compõem a segunda fase da dosimetria, demonstrou a existência de critérios objetivos para sua aplicação. A jurisprudência consolidada no Tema Repetitivo 1.172 do STJ estabeleceu o patamar de 1/6 como referência para o aumento decorrente da reincidência, admitindo majoração superior apenas em casos excepcionais e mediante fundamentação específica. O mesmo raciocínio pode ser estendido às demais agravantes, evidenciando a preocupação com a proporcionalidade na aplicação dessas circunstâncias.

As causas especiais de aumento e diminuição de pena, que integram a terceira fase da dosimetria, caracterizam-se pela previsão legal específica e pela possibilidade de extrapolação dos limites mínimo e máximo da pena cominada ao delito. Verificou-se que, diferentemente das fases anteriores, nas quais prevalece a discricionariedade vinculada do julgador, nesta etapa o legislador frequentemente estabelece patamares fixos ou intervalos determinados de aumento ou redução, diminuindo a margem de valoração judicial.

A jurisprudência consolidada dos tribunais superiores, conforme demonstrado, tem reconhecido a necessidade de fundamentação específica para cada circunstância valorada, rejeitando automatismos e padronizações que ignoram as nuances do caso concreto. A exigência de motivação idônea e suficiente constitui importante mecanismo de controle da discricionariedade judicial, permitindo às partes e aos órgãos revisores avaliar a correção e a proporcionalidade da sanção aplicada.

No tocante à cultura ou política da pena mínima, objeto central desta dissertação, constatou-se tratar-se de fenômeno multifacetado, cuja compreensão demanda a análise de elementos conceituais distintos. A proposta conceitual apresentada define-a como "a fixação da pena no menor patamar previsto pela vertente legislativa, sem a devida reflexão por meio da cognição plena e exauriente do acervo probatório proporcionado durante a instrução processual, amparada numa



discricionariedade alheia à tecnologia jurídica dosimétrica e que se ancora na (des)motivação extraprocessual inapta a juridicamente embasar o comportamento decisório, refutando-se a originalidade do processo penal e o princípio constitucional da isonomia."

Esta definição evidencia os aspectos essenciais do fenômeno: a falta de individualização efetiva, a desconsideração das peculiaridades do caso concreto, o distanciamento da técnica jurídica dosimétrica e a fundamentação inadequada ou insuficiente. Trata-se, portanto, de prática que contraria tanto o mandamento constitucional da individualização da pena quanto o dever de fundamentação das decisões judiciais, comprometendo a legitimidade da sanção penal.

Verificou-se que este fenômeno encontra terreno fértil em fatores endógenos e exógenos ao sistema judicial. Entre os fatores endógenos, destacou-se o solipsismo judicial, entendido como a tendência de alguns magistrados a decidir conforme sua consciência individual, distanciando-se da dogmática jurídica e dos critérios legais estabelecidos. Esta postura, exemplificada na célebre afirmação "decido conforme minha consciência", representa verdadeira negação da força normativa do direito, substituindo a racionalidade jurídica por convicções pessoais do julgador.

Entre os fatores exógenos, evidenciou-se a sobrecarga processual e o sistema de metas estabelecido pelo CNJ, que priorizam aspectos quantitativos em detrimento da qualidade das decisões. Os dados estatísticos analisados demonstraram o volume expressivo de processos criminais pendentes, tornando compreensível, embora não justificável, a adoção de práticas decisórias padronizadas e superficiais. O sistema de premiação baseado em critérios predominantemente quantitativos, com destaque para o Prêmio CNJ de Qualidade, contribui para essa distorção, incentivando a valorização da quantidade de processos julgados em detrimento da qualidade das decisões proferidas.

Outro elemento relevante identificado foi o que se denominou "juiz cordial", em alusão ao conceito de "homem cordial" desenvolvido por Sérgio Buarque de Holanda. Trata-se da tendência de incorporar elementos pessoais, emocionais e subjetivos nas decisões judiciais, em detrimento da impessoalidade e da racionalidade técnica que devem orientar a atuação jurisdicional.

A originalidade do processo penal, entendida como a necessidade de consideração das particularidades de cada caso, foi identificada como elemento

essencial à individualização da pena. O princípio do non bis in idem, que veda a dupla punição pelo mesmo fato, pressupõe que cada processo criminal possui características únicas que justificam tratamento diferenciado. A cultura ou política da pena mínima, ao padronizar sanções sem atenção às especificidades concretas, ignora um dos pressupostos fundamentais da jurisdição penal, comprometendo a justiça material das decisões.

A isonomia revelou-se como princípio constantemente violado pela prática analisada. Ao tratar de forma igual situações substancialmente diferentes, produz injustiça material, beneficiando indevidamente determinados agentes em detrimento de outros que mereceriam o mesmo tratamento. A padronização sancionatória, longe de promover igualdade, constitui verdadeira negação deste princípio, que pressupõe tratamento desigual na medida das desigualdades verificadas.

A análise realizada permitiu, portanto, compreender que a cultura ou política da pena mínima não constitui mera prática processual, mas verdadeira violação a princípios constitucionais e infraconstitucionais que orientam o Direito Penal brasileiro. Sua superação uma mudança de paradigma na compreensão da função judicial na individualização da pena.

Verificou-se que a inadequada compreensão do garantismo penal tem contribuído para a disseminação da cultura da pena mínima. O garantismo, conforme concebido por Luigi Ferrajoli, não se confunde com leniência ou *abolitio criminis*, mas pressupõe a aplicação adequada da sanção penal aos casos que efetivamente merecem a intervenção do direito penal. A doutrina do garantismo integral, que concebe os direitos fundamentais em sua dupla dimensão - de proteção contra o Estado e de proteção pelo Estado -, evidencia que a aplicação da pena adequada constitui dever estatal, não podendo ser negligenciada a pretexto de minimização do poder punitivo.

A perspectiva da vítima, frequentemente negligenciada nas discussões sobre dosimetria penal, merece especial atenção. Conforme demonstrado, a análise adequada das consequências do crime, bem como do comportamento da vítima, constitui elemento essencial à individualização da pena, não podendo ser relegada a segundo plano em nome de automatismos decisórios.

A evolução do Direito Penal demonstra crescente preocupação com a posição da vítima no processo criminal, reconhecendo-a não como mero objeto de

prova, mas como sujeito de direitos cuja participação é fundamental para a realização da justiça. A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), ao estabelecer mecanismos de proteção e acolhimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, exemplifica essa tendência, que também se manifesta em outros diplomas, como a Lei nº 13.431/2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

No âmbito processual, a Lei nº 14.245/2021, conhecida como Lei Mariana Ferrer, introduziu importantes salvaguardas para proteger a dignidade da vítima durante a instrução criminal, vedando questionamentos sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração e a utilização de linguagem, informações ou material que ofendam a dignidade da vítima ou testemunhas. Estas inovações legislativas evidenciam a preocupação do legislador com o tratamento dispensado à vítima no processo penal, reconhecendo sua vulnerabilidade e a necessidade de proteção contra revitimização.

Verificou-se que a adequada valoração das consequências do crime e do comportamento da vítima, como circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, depende da compreensão do impacto efetivo do delito na vida da vítima e de seus familiares. Esta avaliação demanda sensibilidade do julgador para captar elementos que transcendem os aspectos meramente materiais do crime, alcançando suas repercussões psicológicas, sociais e existenciais.

A cultura da pena mínima, ao desconsiderar essas nuances, contribui para a invisibilização da vítima no processo penal, reforçando a percepção de que o sistema de justiça criminal está mais preocupado com a proteção do acusado do que com a reparação do dano causado pelo delito. Esta distorção compromete a legitimidade social do Direito Penal, alimentando sentimentos de impunidade e descrença nas instituições.

O sistema de justiça criminal não pode resumir-se a um mecanismo de extinção processual; deve constituir verdadeiro instrumento de realização da justiça material, capaz de oferecer respostas adequadas aos conflitos sociais que chegam ao judiciário.

A perspectiva do controle de convencionalidade, por sua vez, evidenciou que a aplicação adequada da pena não constitui apenas imperativo constitucional, mas verdadeira obrigação internacional do Estado brasileiro. As sucessivas condenações do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos

como *Ximenes Lopes vs. Brasil*, *Sétimo Garibaldi vs. Brasil* e, mais recentemente, *Manoel Luiz da Silva vs. Brasil*, demonstram que a inércia punitiva em relação a graves violações de direitos humanos constitui descumprimento das obrigações assumidas internacionalmente.

Conclui-se, assim, que a superação da cultura da pena mínima requer a revalorização da tecnologia jurídica dosimétrica, a atenção às particularidades de cada caso concreto e o reconhecimento da função retributiva e preventiva da pena. Somente assim será possível realizar, em sua plenitude, o princípio constitucional da individualização da pena, garantindo-se a proporcionalidade entre o delito e a sanção aplicada.

O resgate da cognição horizontal plena e vertical exauriente, como elementos indispensáveis à adequada dosimetria, demanda não apenas a capacitação dos operadores do direito, mas também condições institucionais que possibilitem seu exercício. A sobrecarga processual, embora não justifique a cultura da pena mínima, certamente contribui para sua disseminação, tornando necessárias reformas estruturais que permitam ao judiciário dedicar tempo adequado à análise de cada caso.

Por fim, a conscientização dos operadores do direito, especialmente magistrados e membros do Ministério Público, acerca da importância da individualização da pena como garantia fundamental do acusado e instrumento de realização da justiça material, revela-se indispensável. A formação jurídica, tanto na graduação quanto nos cursos de ingresso nas carreiras jurídicas e na educação continuada, deve priorizar o estudo da dosimetria penal e da tecnologia jurídica a ela associada, desmistificando a ideia de que se trata de mero "apêndice" da sentença penal.

Em última análise, o combate à cultura da pena mínima não representa pleito por maior punitivismo, mas sim a busca pela aplicação técnica, proporcional e justa da lei penal, em conformidade com os princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se, portanto, de reivindicação por uma justiça criminal que, sem abrir mão das garantias fundamentais do acusado, seja capaz de respeitar as diferenças entre os casos concretos e oferecer respostas adequadas às violações de bens jurídicos penalmente tutelados.

A individualização da pena, compreendida em sua tríplice dimensão - legislativa, judicial e executiva - constitui verdadeiro imperativo de justiça, garantindo

que a sanção penal corresponda não apenas à gravidade abstrata do delito, mas às circunstâncias concretas de sua prática e às características pessoais do agente. A política da pena mínima, ao negligenciar essa individualização, compromete a própria legitimidade do direito penal como instrumento de controle social e pacificação de conflitos.

O equilíbrio entre as funções retributiva e preventiva da pena, bem como entre as garantias do acusado e os direitos da vítima, constitui desafio permanente para o sistema de justiça criminal. A superação da cultura ou política da pena mínima representa passo importante nessa direção, contribuindo para a construção de um direito penal mais justo, eficaz e consentâneo com os valores constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João M. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. E-book.
- ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Coleção Fora de Série. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentários ao art. 22, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 747.
- AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas. **Revista de Informação Legislativa**, n. 165, p. 123-143, jan./mar. 2005. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril\\_v42\\_n165\\_p123.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf). Acesso em: 11 jun. 2024.
- ANDRADE, Camila; SIQUEIRA, Leonardo. Teorias da pena: das correntes funcionalizantes à perspectiva negativa. **Delictae**, Recife, v. 1, n. 1, p. 96-127, jul./dez. 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BECCARIA, Cesare Bonsana. **Dos Delitos e das Penas**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- BICUDO, Tatiana V. **Por que punir? Teoria Geral da Pena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2015. E-book.
- BITENCOURT, Cezar R. **Código penal comentado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. E-book.
- BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Consultoria da edição brasileira, Danilo Marcondes. Tradução de Desidério Murcho. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- BONFIM, Edilson M. **Curso de Processo Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book.
- BONFIM, Edilson M. **Direito Penal da Sociedade**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

BRANDÃO, Cláudio. Epistemologia do Direito Penal: Primeiras Notas. **Delictae**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 15-32, 2022.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 6. ed. São Paulo: D'Plácido, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de Motivos do Código Penal de 1940**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 19 out. 2024.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book.

BULOS, Uadi L. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal Parte Especial: artigos 121 a 234-C do Código Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal Parte Especial: artigos 235 a 361 do Código Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CICCO, Cláudio de. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, André de Abreu. **Penas e Medidas de Segurança – Fundamentos e Individualização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COUTO, Ana Paula; COUTO, Marco. Crítica ao Garantismo Penal Hiperbólico Monocular. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 148-165, jan./mar. 2020.

DE CARVALHO, Salo. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey. Edição do Kindle.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Cultura**. 2008-2024. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/cultura>. Acesso em: 18 nov. 2024.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Política**. 2008-2024. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/pol%C3%Adtica>. Acesso em: 18 nov. 2024.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. **Tecnologia**. 2008-2024. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/tecnologia>. Acesso em: 10 nov. 2024.

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no Banco dos Réus**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Edição Kindle.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Dolor**. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/derecho-y-dolor-0/>. Acesso em: 15 mar. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. E-book.

FERREIRA, Luisa Moraes Abreu. **Penas Iguais Para Crimes Iguais? Um estudo da individualização da pena com base em casos de roubo julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FERREIRA, Luisa Moraes Abreu. **Penas iguais para crimes iguais? Estudo sobre igualdade e proporcionalidade na aplicação da pena**. São Paulo: Tirant lo blanch, 2021.

FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo (Coords.). **Garantismo Penal Integral - questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição Crítica. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.



JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal Estudos e Pareceres**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LÉTOUBLON, Françoise; FRANARIN, Gabriela Da Costa (Trad.); LOGUERCIO, Sandra Dias (Rev.); SILVA, Silvana (Rev.). A pessoa e suas máscaras: observações sobre o desenvolvimento da noção de pessoa e sobre sua etimologia na história da língua grega. **Letras**, v. 33, n. 1, p. 155-161, Edição Especial, 2023. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/271137>. Acesso em: 24 mar. 2025.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Forense, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de Convencionalidade Pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Desigualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MITIDIERO, Daniel F.; MARINONI, Luiz Guilherme B.; SARLET, Ingo W. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book.

MONTESQUIEU, Charles. **O Espírito das Leis**. 9. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PIEDEDE, Antonio Sergio C.; GOMES, Ana Carolina Dal Ponte A. **Coleção Método Essencial - Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022. E-book.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 30. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. São Paulo: Cultrix, 1999.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2022.

SABATINI. **Istituzioni di diritto penale**. 4. ed. Catania: Casa del Libro, 1946. v. 2.

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. São Paulo: Rideel, 2006.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais – A crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Adhemar Raymundo da. Execução Penal. **Revista Forense**, v. 52, n. 160, p. 55-59, jul./ago. 1955.

SILVA, Angela Moreira Domingues da. Justiça e autoritarismo no Brasil: crime contra a segurança nacional e pena de morte durante a ditadura militar. **Dimensões**, Vitória, v. 32, p. 111-127, 2014.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e Pena: A trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena**. São Paulo: Editora D'Plácido, 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF em Julgamentos – uma radiografia do STF**. São Paulo: Forense, 2018.

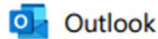
STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Edição Kindle.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

## APÊNDICE A – CERTIDÃO SIMP – ANÁLISE ESTATÍSTICA



### Certidão de Extração de dados para análise de estatística

De Jeferson Lamartine Boldrin <jeferson.boldrin@mpmt.mp.br>

Data Seg, 13/01/2025 14:06

Para Elton Oliveira Amaral <elton.amaral@mpmt.mp.br>

Certifico e dou fé que, foram extraídos do banco de dados do sistema SIMP do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, as informações abaixo conforme solicitado pelo Senhor Elton Oliveira Amaral.

Sento o que tinha a certificar e sendo verdade, encerro o presente ato.

Att.,

JEFERSON  
LAMARTINE  
BOLDRIN:94311  
390149

Assinado de forma  
digital por JEFERSON  
LAMARTINE  
BOLDRIN:94311390149  
Dados: 2025.01.13  
14:09:37 -04'00'



**MPMT**  
Ministério Público  
DO ESTADO DE MATO GROSSO

**Jeferson Lamartine Boldrin**

Gerente de Desenvolvimento de Sistemas e Aplicativos  
DTI - Cuiabá  
65 3613-5229  
www.mpmt.mp.br

De: Daniel Ribeiro Soares <daniel.soares@mpmt.mp.br>

Enviado: sexta-feira, 10 de janeiro de 2025 16:21

Para: Jeferson Lamartine Boldrin <jeferson.boldrin@mpmt.mp.br>

Assunto: ENC: Solicitação de certidão de estatística

Boa tarde Jeferson.

Seguem os dados solicitados pelo Dr. Elton:

Código	Ciências de Sentença	Quantidade
920138	Desfavorável<-Sentença<-Ciência	1.390
920140	Extintiva pela prescrição<-Sentença<-Ciência	10.359
920141	Extintiva por outras causas<-Sentença<-Ciência	10.510
920137	Favorável<-Sentença<-Ciência	12.975
920139	Parcialmente Favorável<-Sentença<-Ciência	1.730
	<b>Total</b>	<b>36.964</b>

\*Data da informação: 10/01/2025

\*Origem: SIMP

Os dados analíticos seguem anexo.

A demanda foi registrada no jira BD-1650.

Atenciosamente,