

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI**  
**FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR**  
**CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**ELMAR DOS SANTOS LIMA NETO**

**DA VEDAÇÃO A DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO E DOSIMETRIA DA  
PENA**

**Campina Grande/ PB**

**2017**

**ELMAR DOS SANTOS LIMA NETO**

**DA VEDAÇÃO A DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO E DOSIMETRIA DA  
PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso, pesquisa apresentado como requisito para aprovação na disciplina respectiva no Centro Educacional Reinaldo Ramos - CESREI, Campina Grande -PB. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito da FARR/CESREI – Faculdade Reinaldo Ramos, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Tema: Da vedação a dupla punição pelo mesmo fato na dosimetria da pena.

Orientador: Profº . Francisco lasley .L. de Almeida

Campina Grande/ PB

2017

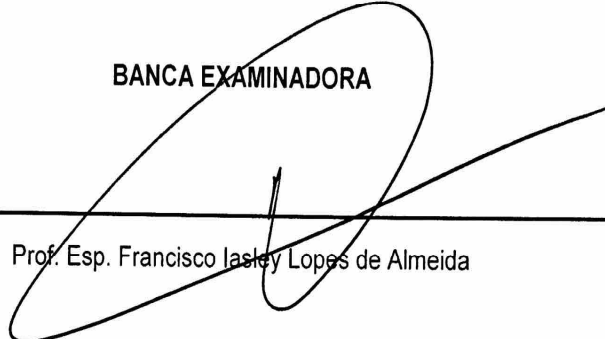
- L732d      Lima Neto, Elmar dos Santos.  
              Da vedação a dupla punição pelo mesmo fato e dosimetria da pena /  
              Elmar dos Santos Lima Neto. – Campina Grande, 2017.  
              89 f.
- Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-  
              FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2017.  
              "Orientação: Prof. Esp. Francisco lasley Lopes de Almeida".
1. Penal – Direito Penal. 2. Dosimetria da Pena. I. Almeida, Francisco  
              lasley Lopes de. II. Título.

ELMAR DOS SANTOS LIMA NETO

DA VEDAÇÃO A DUPLA PUNIÇÃO PELO MESMO FATO E DOSIMETRIA DA PENA

Aprovada em: 11 de 12 de 2017.

BANCA EXAMINADORA



---

Prof. Esp. Francisco Jasley Lopes de Almeida

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(Orientador)



---

Prof. Ms. Vinícius Lúcio de Andrade

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)



---

Prof. Ms. Felipe Augusto Melo Torres

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

Dedico este trabalho e toda a minha e vida a Deus e a minha família. Muito obrigado !

## **AGRADECIMENTOS**

“Até aqui me ajudou o Senhor. I Samuel 7.12”. Primeiramente, quero agradecer a Deus por ter me permitido a graça da vida, da saúde e dos meios necessários para que fosse possível chegar até o final do Curso de Direito. Deus conhece meu coração e sabe o grande amor que tenho pelo Direito e as dificuldades enfrentadas ao longo destes 5 (cinco) anos.

Agradecer a minha família. A minha esposa, meus filhos, minhas irmãs, minha mãe. Minha família foi amparo nos momentos mais difíceis de minha vida e contribuíram cada um a sua forma para que este sonho se convertesse em realidade. Foram compreensíveis todos estes anos quando não pude sair com eles, quando o stress me deixava irritado, quando as leituras exaustivas me fazia passar horas sem falar com eles, quando não pude vê um filme; eles sofreram junto comigo, e tenho certeza e sentiram a mesma alegria que eu a cada degrau que era vencido. Nada na vida tem sentido sem que seja para o bem da família e honra e glória de Deus. Obrigado a todos !

“Ora, o salário do homem que trabalha não é considerado como favor, mas como dívida. Todavia, àquele que não trabalha, mas confia em Deus, que justifica o ímpio, sua fé lhe é creditada como justiça. Davi diz a mesma coisa, quando fala da felicidade do homem a quem Deus credita justiça independente de obras: "Como são felizes aqueles que têm suas transgressões perdoadas, cujos pecados são apagados ! Como é feliz aquele a quem o Senhor não atribui culpa”.

Romanos 4:4-8

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso abordará à aplicação da pena no processo penal Brasileiro e sua subjetividade quando da análise do art. 59 do CP na aplicação das circunstâncias judiciais genéricas; e mais precisamente, quanto a exasperação da pena levando-se em consideração maus antecedentes, conduta social, personalidade e antecedentes criminais do agente. Utilizadas pelo magistrado para definir o quantum da pena - base a ser imposta ao agente transgressor de normas legais penais. Temos como ponto de partida a análise dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal Brasileiro, que serão abordados, analisados e interpretados a luz dos princípios norteadores da aplicação da pena e da individualização da pena-base a ser cumprida pelo réu. Dando ênfase a análise da existência, ou não, de dupla punição na dosimetria da pena quando da análise das circunstâncias judiciais subjetivas pelo magistrado.

**Palavras chave:** Dupla valoração. NE bis in idem. Dosimetria da pena.



## **ABSTRACT**

This final project will address the application of penalty in the criminal process and your subjectivity when analysis of art. CP 59 in applying the generic legal circumstances; and more precisely, how much the exasperation of sentence taking into account bad background, social conduct, character and criminal records. Used by the magistrate to set the quantum of the penalty to be imposed on the base agent transgressor of criminal legal norms. We have as a starting point the analysis of articles 59 and 68, both of the Brazilian Penal Code, which will be discussed, analyzed and interpreted in the light of the guiding principles of the application of the penalty and the individualization of punishment-base to be fulfilled by the defendant. Emphasizing the analysis of the existence, or not, of double punishment in the dosimetry of the penalty when judicial circumstances subjective analysis by the magistrate.

**Key words:** Double value. Ne bis in idem. Dosimetry.

## SUMÁRIO

<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>15</b>
<b>1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA</b> .....	<b>15</b>
1.1 Da pena no Brasil .....	21
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>26</b>
<b>2 DA PENA, art. 59 CP</b> .....	<b>26</b>
<b>CAPÍTULO III</b> .....	<b>37</b>
<b>3 DIREITO PENAL DE GARANTIA</b> .....	<b>41</b>
<b>CAPÍTULO IV</b> .....	<b>50</b>
<b>4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DA PENA</b> .....	<b>50</b>
4.1 Princípio da igualdade ou isonomia .....	50
4.2 Princípio da legalidade .....	52
4.3 Princípio da anterioridade da lei penal .....	53
4.4 Princípio da proporcionalidade .....	59
4.5 Princípio da individualização da pena .....	63
4.6 Princípio do ne bis in idem .....	66
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>97</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso abordará à aplicação da pena no processo penal Brasileiro e sua subjetividade quando da análise e aplicação do art. 59 do CP quanto as circunstâncias judiciais genéricas analisada para exasperar pena-base levando-se em consideração maus antecedentes, conduta social, personalidade e antecedentes criminais do agente transgressor da norma penal para definir o *quantum* da pena.

A investigação científica buscará a comprovação ou negativa da existência de *ne bis in idem* implícito ou dupla punição na dosimetria da pena no memento da aplicação da sanção penal e tendo como fonte o arbítrio ou discricionariedade do magistrado para definir o quantum pena e estando este inicialmente vinculado ao máximo e mínimo cominado para o tipo incriminador, o que pode desencadear penas desproporcionais, fundamentações inidôneas ou constrangimento ilegal ao réu em razão da discricionariedade, mesmo que motivada.

No primeiro Capítulo será abordado a evolução histórica da pena; porém, não tem este trabalho a ousada pretensão de esgotar o tema, apenas entende-lo. No segundo Capítulo, será abordado à aplicação da pena e sua finalidade, principalmente sob o olhar de vários autores e da jurisprudência pátria. No terceiro Capítulo, será tratado alguns princípios que norteiam a aplicação da pena e o quanto Capítulo, algumas das principais teorias aplicadas a dosimetria da pena.

Punir o réu repetidamente não atesta apenas o fracasso do réu em sua missão cidadã social, atesta principalmente, o fracasso do Estado em sua missão de educar a criança para não precisar punir homens. Expõe que as três etapas que a lei penal e da pena deveriam cumprir fracassou. Que seria: prevenção, punição e reabilitação de egressos e ingressos do sistema penal como meta a ser alcançar a paz e redução de criminalidade.

Não pode o Estado tratar o passado do réu como sendo sempre seu presente imutável. O direito ao esquecimento é política de reabilitação e desdobramento do princípio da vedação as penas perpetuas, vedadas pela CRFB/88 que zela pela dignidade da pessoa humana. Punir o réu por seu passado é

puni-lo perpetuamente; a pena deve levar em consideração o fato, não o homem. Usar infrações penais praticadas pelo réu no passado, cumpridas e transitado em julgado, viola a coisa julgada, viola a vedação a dupla punição pelo mesmo fato, e viola o princípio da legalidade, quando de forma abstrata, lhe atribui fração de pena por fatos passados e que relação alguma guarda com o caso concreto.

## **QUANTO A METODOLOGIA ADOTADA PARA O PRESENTE TRABALHO**

Quanto a finalidade, a pesquisa adotou a básica pura: Trujillo Ferrari (1982) explica que pesquisar é questionar, perguntar, cujos objetivos vinculam-se ao enriquecimento teórico das ciências, ao mesmo tempo em que apresentam valor prático ou pragmático da realidade.

Pesquisa pura, básica ou teórica: É um tipo de estudo sistemático motivado pela curiosidade intelectual, que se preocupa com o desenvolvimento do conhecimento pelo prazer de conhecer e evoluir cientificamente. Na concepção de Trujillo Ferrari (1982), a pesquisa pura procura melhorar o próprio conhecimento, isto é, busca contribuir, entender e explicar os fenômenos. Nela os pesquisadores trabalham para gerar novas teorias. Já para Minayo (2002, p. 52) esta forma de investigar “permite articular conceitos e sistematizar a produção de uma determinada área de conhecimento” visando, portanto “criar novas questões num processo de incorporação e superação daquilo que já se encontra produzido”. A pesquisa pura objetiva gerar conhecimentos novos úteis para o avanço da ciência sem aplicação prática prevista. (OLIVEIRA, 2008).

## **QUANTO À FORMA DE ABORDAGEM DO PROBLEMA**

Quanto ao método e à forma de abordar o problema, D’Arc apud Richardson et al. (2007) classificam as pesquisas de duas maneiras: quantitativa e qualitativa.

Traduz em números opiniões e informações, para classificá-los e analisá-los sob a premissa de que todos os fenômenos são quantificáveis. Caracteriza-se pelo emprego de instrumentos estatísticos, tanto na coleta quanto no tratamento dos dados, tendo como finalidade medir relações entre as variáveis. Procura, portanto, medir e quantificar os resultados da investigação, elaborando-os em dados

estatísticos. É apropriada para medir tanto opiniões, atitudes e preferências como comportamentos.

Este método de pesquisa deve ser utilizado para descobrirmos quantas pessoas de uma determinada população compartilham uma característica ou um grupo de características. Por exemplo, quantas pessoas que moram na cidade de Fortaleza - CE são do sexo masculino e quantas são do sexo feminino. Ou ainda, quantas pessoas de uma localidade têm preferência por um determinado produto. (OLIVEIRA, 2008).

### **QUANTO AOS OBJETIVOS**

D'Arc apud, segundo Gil (2007, 2010), quanto aos objetivos às pesquisas podem ser classificadas em: exploratórias, descritivas e explicativas. Objetiva descrever as características de determinada população ou fenômeno, ou, ainda, estabelecer relações entre variáveis; utiliza técnicas padronizadas de coleta de dados, tais como o questionário e a observação sistemática. Em geral, assume a forma de Levantamento. A pesquisa descritiva, como o próprio nome já diz, tem o objetivo de “descrever com exatidão os fatos e fenômenos de determinada realidade” (TRIVIÑOS, 1987, p. 100, grifo do autor).

### **QUANTO AOS PROCEDIMENTOS TÉCNICOS:**

Quanto aos procedimentos adotados na coleta de dados, Gil (2007, 2010) classifica as pesquisas em dois grandes grupos. No primeiro grupo, têm-se as pesquisas bibliográfica e documental, que se utilizam de fontes de “papel”. No segundo grupo, encontramos pesquisas que se utilizam de fontes de “gente”, isto é, dependem de informações transmitidas pelas pessoas. Aqui se incluem a pesquisa experimental, a *ex-post-facto*, o levantamento, o estudo de campo e o estudo de caso (OLIVEIRA, 2008).

### **QUANTO AO PROCEDIMENTO, A PESQUISA ADOTOU A BIBLIOGRÁFICA/ JURISPRUDENCIAL**

Pesquisa elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e trabalhos disponibilizados na internet. O processo de pesquisa envolve a escolha do tema, levantamento bibliográfico preliminar, formulação do problema, elaboração do plano provisório de assunto, busca das fontes, leitura do material, fichamento, organização lógica do assunto e redação do texto (GIL, 2002, p. 60).

### **QUANTO A FINALIDADE, A PESQUISA ADOTOU A BÁSICA PURA**

É aquela em que se busca apenas aprofundar o conhecimento disponível na ciência. Isso é feito para preencher a ausência de estudo sobre algum aspecto que ainda não foi completamente abordado, relativamente a um assunto específico.

Normalmente, são textos caracterizados pela análise de conceitos e sistematização de ideias. Na básica, não se busca a transformação da realidade, apenas do saber. Na básica pura o autor não parte de uma situação específica e não demonstra interesse nos possíveis benefícios decorrentes de seu estudo. Nesse caso, a finalidade do trabalho é puramente teórica, com o único objetivo de expandir o conhecimento disponível. As recomendações, se houverem, serão apenas voltadas ao debate acadêmico, propondo novas questões. (OLIVEIRA, 2008).

### **QUANTO AO MÉTODO ADOTADO, O HIPOTÉTICO-DEDUTIVO**

O hipotético-dedutivo é um método de tentativas e erros, que consiste na formulação de hipóteses e tentativas de falseamento delas. Esse método não visa a verdade absoluta, pois parte da premissa de que o conhecimento absoluto não é alcançável. (FONTENELLE, 2017)

## CAPÍTULO I

### 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

A história do Direito Penal se encontra dividida em períodos que a grossos modos corresponderiam à vingança privada, vingança divina, vingança pública, penas humanitárias e científicas. Devido a esse fato, o estudo histórico da legislação penal deve ser feito de forma autônoma, separado do estudo das ideias penais de cada época para melhor entender (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 23).

O conjunto de princípios e regras que apontam as condutas permitidas e proibidas num determinado meio social não é uma invenção do homem moderno, as regras de conduta social sempre existiram e existirão em razão da mesma finalidade de outrora, o controle social e a punição. Porém, é bem verdade, que elas surgiram como uma necessidade de controlar as condutas humanas, espécie afeita às violações da paz social e ameaça e si próprio e a seu semelhante, em todos os tempos. A violência é um fenômeno social assim como a crueldade é característica do homem, que sem os limites da lei e longe dos “grilhões do Estado”, se destrói.

A origem do Estado por meio do fictício pacto social e mesmo o Estado absolutista, tinham a mesma finalidade que o Estado moderno, o controle da conduta social, manutenção da paz, garantia mínima de existência; o homem a buscar a mão invisível do Estado para punir transgressões e abandonou a vingança coletiva privada, buscava proteger-se de outrem e de si mesmo.

O homem tende a violar regras e a ferir seus semelhantes desde sua aparição sobre a terra. lembremos Caim, o primeiro homicida, ele atentou contra seu irmão Abel sem propósito justo ou racional, apenas por ciúmes ou inveja. *Homo homini lupus* é uma sentença latina que significa que o homem é o lobo do homem; foi criada por Plauto (254-184 a.C.) em sua obra *Asinaria* e popularizada por Thomas Hobbes, filósofo inglês do século XVII.” (Boschi 2000, p. 87). Em sua obra *Leviatã*.

Boschi (2000, p. 87-99 ), nos aponta a origem e a necessidade não só do Estado como nos dias atuais, aponta que é uma necessidade as regras de conduta em qualquer sociedade, pois, com a formação de grupos de indivíduos vivendo em

sociedade, começará a surgir à necessidade de criar regras para as situações cotidianas das mais variadas. Não havia no entanto a época, uma ideia de direito e conseqüentemente de pena ou de justiça aos moldes da atualidade. À pena era cruel, desproporcional e muitas vezes passava da pessoa do delinquente e destruía toda a sua família.

Os povos da antiguidade, mais precisamente as sociedades primitivas, se organizaram em tribos ou clãs e suas regras de conduta e seus castigos viam de seus deuses, que emitiam suas “sentenças brutais por meio de oráculos”. Nesta época, além da brutalidade das punições, estas não estavam escritas, não se conhecendo os seus limites, por esta razão dava ensejo a castigos creios, punições múltiplas, já que eram espetáculos públicos, de forma coletiva e privada.

O sobrenatural ditava as regras e apontava o castigo a ser aplicado ao membro desobediente. Acreditava-se, por exemplo, que se um homem matasse outro, seria necessário mata-lo ou matar alguns membros de sua tribo ou de sua família para acalmar a ira dos deuses. Esta retribuição insana promovia o extermínio de famílias inteiras e as condutas praticadas pelos homens eram vistas e “justificadas” como sendo uma ofensa não só ao membro da tribo ou clã atingindo, mas, a seus deuses.

Via-se os fenômenos da natureza como as inundações, as secas, as erupções vulcânicas e pestes, como sendo os deuses castigando a tribo para que vingasse a ofensa. Se um homicídio fosse praticado e por coincidência naquele dia chovesse, as tribos nativas entenderiam como sendo seus deuses irados com a conduta praticada e seria necessário matar membro por membro da tribo que praticou o ato buscando acalmar a divindade. Até que a chuva parasse muito sangue seria derramado.

O homem nas sociedades primitivas era vulnerável a muitos males em razão disso, deu origem a um pacto social, uma organização jurídica primitiva da qual denominou de vínculo de sangue, definida por Erich Fromm como: “Um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto” (FROMM, 1975, p. 30).



Em razão disso com o passar do tempo foram criadas novas formas de controle social e outras espécies de sanções para punirem os delitos praticados foram surgindo ainda nas sociedades primitivas. Começava-se desta forma a questionar o caráter da pena, demonstrando o nascimento do embrião do princípio da pessoalidade e da individualização do castigo ou pena, surgindo à culpa pessoal. Exemplo desse caráter evolutivo dos castigos é o talião nas leis antigas, como o Código de Hamurabi, cujo princípio era “olho por olho, dente por dente”. FRISCHAUER, Paul, assim leciona sobre antiguidade e punição:

Quem quebrasse os membros de outrem deveria sofrer o mesmo em seu próprio corpo. Quando um homem castigava a filha de outro e ele morria disso, sua própria filha seria castigada tanto, até que também sucumbisse. O construtor que erigisse uma casa de modo tal que seu desabamento ocasionasse a morte do comprador deveria pagar com a vida. (FRISCHAUER, 1972, P. 50).

A pena ganha contornos de vingança da sociedade contra o transgressor da regra de conduta. Com a Lei de Talião, o brocardo “olho por olho e dente por dente” aponta para a existência de proporcionalidade na punição e a necessidade de se repensar os limites da pena. Uma proporção ainda aquém da que conhecemos e muito aquém da que buscamos. Mas, de fato o embrião da proporcionalidade. Freud afirmará que totem seria um animal, um vegetal ou um fenômeno natural que mantém relação peculiar com toda a comunidade.

O totem é o passado comum do clã; ao mesmo tempo, é o seu espírito guardião e auxiliar, que lhe envia oráculos e, embora perigoso para os outros, reconhece e poupa seus próprios filhos. Em compensação, os integrantes estão na obrigação sagrada de não matar nem destruir seu totem e evitar comer sua carne. (FREUD, 1995, P. 61).

Restava também comprovado o direcionamento para a pessoalidade e proporcionalidade do castigo. Buscando evitar já a esta época os abusos e os castigos cruéis. Mais a diante, entre os séculos VII e VI a.C, com o florescimento do pensamento político voltado não apenas para reprimenda mas, para a humanização e finalidade da punição, começou a enfraquecer a estrutura teocrática, fazendo surgir assim a necessidade de leis escritas e penas previamente definidas.

A principal delas foi o Código de Dracon escrito em 621 a.C. em Atenas, berço na civilização moderna. As Leis escritas possibilitava conhecer exatamente a pena que seria aplicada para punir determinadas condutas, controlando assim os exageros e abuso punitivo. Aristóteles, embora discípulo de Platão, defendia uma concepção diferente deste. Afirmava que a pena era meio apropriado a se buscar esse, chegarão ao fim moral pelo qual se justificaria as retribuições do injusto por um mal equivalente. Acreditava-se no poder da intimidação por meio das sanções e parece que o tempo não mudou a concepção. Defendia ele, que a reprimenda restaurava a igualdade entre os homens violada pelo ato/conduita violadora da regra social daquela sociedade. Afirmava ele:

O justo é a proporção e o injusto é o que viola a proporcionalidade. Assim, se uma pessoa infringiu as normas penais e a outra sofreu um dano, há uma injustiça pela desigualdade na proporção. Então, por meio da penalidade, o juiz tenta igualizar as coisas, “subtraindo do ofensor o excesso do ganho (o termo ‘ganho’ se aplica geralmente a tais casos, ainda que ele não seja termo apropriado em certos casos – por exemplo, no caso da pessoa que fere -, e ‘perda’ se aplica à vítima; de qualquer forma, uma vez estimado o dano, um resultado é chamado ‘perda’ e o outro é chamado ‘ganho’”. (ARISTÓTELES, 1992, P. 43).

Quando o Império Romano veio abaixo com as invasões dos “povos bárbaros”, o mundo vê se descortinar a Idade Média. Teria início a idade das trevas, como muitos autores a rotularam e para outros tantos, o florescimento das luzes e da ciência. Este período trouxe avanços significativos para a humanidade em vários campos do conhecimento científicos, nas áreas de humanas, ciências, astrologia, matemática e jurídica. Dentre estes avanços o direito germânico, que teve grande aplicação e aprimoramento ao passo que era aplicado levando-se em consideração a cultura dos povos dominados. Michel Foucault assim trata o tema:

Na época do Império Carolíngio, havia uma prova para o acusado de homicídio em certas regiões do norte da França: o réu devia caminhar sobre ferro em brasa. Depois de dois dias, se permanecessem as cicatrizes, o réu era considerado perdedor da causa. (FOUCAUT, 2003, P. 29).

Rompido esta época, o conjunto de regras e princípios do direito punitivo era canônico e teve imensa influência neste momento da história dos povos, pois, a Igreja concentrava muito poder e as sentenças eclesiásticas eram executadas por

tribunais civis, formada pelo clero e nobreza, que tutelavam valores morais e da propriedade, características da organização social vigente, rural e cristã.

A igreja e o clero detinha forte influência na sociedade feudal, vez que nesta sociedade, os membros da Igreja eram os mesmo que dividiam o poder com os monarcas absolutistas. Por exemplo, com o advento da peste negra, ocasionada principalmente pela crescente população de ratos, agravada por ordem do clero, que através de decreto, ordenara que todos os gatos a época fossem queimados vivos em fogueiras, tendo em vista, segundo a Igreja, os felinos seriam reencarnação do diabo, carcaça que onde habitava satanás e por esta razão, deveriam todos ser destruídos. Resultado, a população de roedores se elevou a níveis jamais visto, criando o ambiente perfeito a peste negra.

A Igreja Católica foi a maior perseguidora da história, e na Idade Média, travou uma dura e longa cruzada contra os gatos e seus admiradores. No ano 1232, o Papa Gregório IX fundou a Santa Inquisição, que actuou barbaramente durante seis séculos, torturando e executando, principalmente na fogueira, mais de um milhão de pessoas, sobretudo mulheres, homossexuais, e também os gatos, “ad majorem gloriam Dei. O Papa Gregório IX afirmava na bula Vox in Roma que o diabólico gato preto, A inquisição dos gatos na Idade Média. A Igreja Católica foi a maior perseguidora de gatos da história, e na Idade Média, travou uma dura e longa cruzada contra os gatos e os seus admiradores. No ano 1232, o Papa Gregório IX fundou a Santa Inquisição, que atuou barbaramente durante seis séculos, torturando e executando, principalmente na fogueira, mais de um milhão de pessoas, sobretudo mulheres, homossexuais, hereges, judeus e muçulmanos. Igualmente médicos, cientistas e intelectuais, e... também os gatos, “ad majorem gloriam Dei”. O Papa Gregório IX afirmava na bula Vox in Roma que o diabólico gato preto, “cor do mal e da vergonha”, havia caído das nuvens para a infelicidade dos homens. Para acabar com a resistência dos celtas ao catolicismo, a Igreja Católica pregava que os sacerdotes druidas eram bruxos. Como os druidas viviam isolados e rodeados por muitos gatos, a Igreja começou a associar os gatos às trevas, devido aos seus hábitos, e afirmava terem parte com o demônio, principalmente os de cor preta. Milhares de pessoas foram obrigadas a confessar, sob tortura, que haviam venerado o demônio em forma de gato preto, sendo logo depois, condenadas à morte. A mesma perseguição foi realizada no Século XV, contra os povos germânicos do vale do Reno, adoradores da Deusa Freya, uma divindade pagã, sendo que a Igreja considerava o seu culto um ato de heresia, associando-o à adoração de maus espíritos. Foram destruídas imagens da Deusa e mulheres que tinham gatos foram torturadas e queimadas vivas. Os gatos, que eram protegidos pela Deusa Freya, foram acusados de serem demoníacos, capturados, enforcados, e jogados nas fogueiras da Santa Inquisição. (REGNUM, 2012, p. 03).

A fonte do poder era atribuída a divindade cristã, religião oficial dos Estados absolutista e suas autoridades representavam a própria vontade de Deus na terra e

suas sentenças eram sagradas; seus erros não eram punidos, estavam acima dos homens e das leis, o Rei não errava, Por força e vingança, tendo em vista não se perdoar o homem violador dos mandamentos divinos; crime, pena e pecado se confundiam, causando um misto de punição, castigo e justiça cristã. A morte era o principal castigo e era aplicado a quase todas as condutas.

Novos tempos estavam por vir, as revoluções trariam pensamentos humanistas, talhados pelo fio das guilhotinas da Revolução Francesa, estes ventos, trouxeram ideias como a de Beccaria e outros, estava por iniciar a revolução humanista, O Marquês defendia a pena como fim utilitário e não apenas como castigo físico, seria o início da ruptura do fundamento teológico da pena como castigo visando apenas a punição. Nasce a ideia de que, apenas justa, seria a pena necessária, não mais que isso. Franco Venturi citando Beccaria apud Venturi (2003, P. 21) afirma:

O nó que durante milênio se formou unido com mil fios pecado e delito, crime e culpa, foi cortado por Beccaria com um único golpe. Que a igreja, se o desejasse, se ocupasse dos pecados. Ao Estado cabia apenas a tarefa de avaliar e ressarcir o dano que a infração da lei havia acarretado ao indivíduo e à sociedade. O grau de utilidade ou não utilidade media todas as ações humanas. A pena não era uma expiação.

No entanto, a dignidade da pessoa humana continuava sendo violada brutalmente, vez que as penas aplicadas eram corporais e de extrema crueldade, os métodos para alcançar a culpa eram terríveis. Por exemplo: perfurava-se os olhos dos transgressores, se o sujeito investigado voltasse a vê, seria inocente, se ficasse cego, seria culpado. Amarrava-se uma pedra ao pescoço do criminoso e o atirava em um rio profundo, se se afogasse, era culpado, se sobrevivesse, talvez fosse inocente. As penas eram verdadeiros espetáculos de terror, pessoas penduradas vivas em praças públicas para serem comidas por pássaros e animais, entravam em decomposição a vista das crianças e adultos que contemplavam tamanha atrocidade.

As teorias que tratavam das penas, bem como de suas finalidades, evoluíram e no final do Século XIX o alemão Franz Von Liszt afirmaria que a certeza da punição exerce muito mais eficácia que uma pena rígida, porém, não cumprida ou cumprida pela metade. Isto faria com que o réu ignorasse a pena e se movesse

com a certeza da impunidade. A partir daí desta ideia, se inicia uma revolução quanto à finalidade da pena. Vejamos:

Para o indivíduo que pretende cometer um crime, tanto faz que a pena cominada seja de um mês ou de dez anos de reclusão, ou mesmo a prisão perpétua, ou, ainda, a pena de morte. Ele irá delinquir, seja qual for a pena, desde que as oportunidades de impunidade lhe pareçam satisfatórias, desde que suas aquisições culturais lhe façam crer que o Sistema Penal não atuará em seu caso. (ARAUJO JUNIOR, 1991, P. 28).

Surge então o pensamento moderno sobre a aplicação e utilidade da pena para a sociedade. Difundiu-se, que melhor que as penas corporais propriamente ditas, seriam as privativas de liberdade ou as restritivas de direitos, efetivamente cumpridas. É preciso punir, mas, é preciso vê o homem como ser humano passivo de erros, crimes, penas e regeneração. O Estado não é, e jamais poderá ser, o vingador feroz e insano das dores do povo. Pois, sua origem o remete justamente a uma função contraposta, foi criado para conter a vingança coletiva popular e o ódio das vilas e ruas; cabe ao Estado e ao judiciário equalizar demandas sociais e direitos humanos, pois, direitos humanos não são garantias apenas dos humanos direitos, é garantia dos homens.

### **1.1 Da pena no Brasil**

Antes da colonização pelos navegantes europeus e mesmo após, todo o nosso território já era habitado por índios de várias tribos que tinham organização de produção de alimentos, crenças e seus deuses. Não tinham codificado suas regras de controle costumeiro como afirma Silva: “As regras eram culturais e cada tribo detinha as suas regras conforme seus costumes locais, umas mais radicais, outras com cultura punitiva mais branda, porém, todas tinham organização cultural, crença e uma tradição punitiva baseada nos costumes. Cada tribo punia conforme seus costumes, o pajé resolvia os conflitos aplicando a reprimenda cabível ao caso concreto”. SILVA (2002, p. 35).

Esta cultura da punição tribal rompeu os tempos e até os dias atuais é aplicado nas aldeias indígenas do Brasil ainda existente. Tendo em vista que o único caso de aplicação da pena sem que esta seja aplicada pelo Estado em nosso

ordenamento jurídico está prevista no art. 57 Estatuto do índio. Em recente decisão o TJ-RR deixou de aplicar a pena a um índio pela prática de homicídio, pois, reconheceu que o Estatuto do índio prevê a competência da tribo para aplicar o castigo, com isso, seria dupla punição puni-lo por um fato que a própria tribo já havia punido. O Estado não pode punir índio que já foi condenado por sua tribo, decide TJ-RR, busca-se na verdade evitar a dupla punição pelo mesmo fato, o ne bis in idem. Vejamos:

O Estado não pode aplicar pena prevista no Código Penal a um indígena quando o acusado já foi punido pela própria comunidade. O entendimento é do Tribunal de Justiça de Roraima, que acolheu argumento da Advocacia-Geral da União em decisão inédita. O caso trata de homicídio praticado por índio contra outro da mesma tribo, dentro da terra Manoá-Pium, na reserva Raposa Serra da Lua, em Roraima. O Ministério Público de Roraima ofereceu denúncia com base no artigo 121 do Código, aceita pela comarca da cidade de Bonfim (RR).

Entretanto, segundo as procuradorias federais em Roraima (PF/RR) e especializada junto à Fundação Nacional do Índio (PFE/Funai), unidades da AGU que ingressaram no caso como parte interessada, o artigo 57 do Estatuto do Índio traz implícita a vedação à punição dupla, chamada de bis in idem, o que afasta a aplicação da lei penal. Os procuradores federais explicaram que pela regra do Estatuto será "tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou difamante, proibida em qualquer caso a pena de morte".

Os advogados públicos alegaram, ainda, que deveria prevalecer o chamado "direito consuetudinário", em que os costumes praticados na tribo devem prevalecer sobre o direito formal brasileiro. A Turma Criminal do TJ-RR concordou com os argumentos da AGU. Segundo a sentença, se o crime foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena, os quais são protegidos por força do artigo 231 da Constituição, e "desde que observados os limites do artigo 57 do Estatuto do Índio, que veda a aplicação de penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado. Segundo o procurador federal Danilo Gouveia de Lima, que atuou no processo, o caso é inédito no direito brasileiro. "Pela primeira vez, a Justiça interpretou o artigo 57 do Estatuto do Índio à luz do artigo 231 da Constituição Federal de 1998 para conferir às comunidades indígenas autonomia no campo jurídico-penal, seguindo precedentes do direito comparado, aplicado nos EUA e na Guatemala", destacou. Apelação Criminal 0090.10.000302-0 – TJ-RR. (COSTA, 2016, P. 05).

A decisão traz um fato inédito no Brasil, o Tribunal arquivou uma ação penal que buscava responsabilizar o indígena pela prática de homicídio contra um membro de sua própria tribo. O chefe tribal já lhe havia aplicado os castigos conforme seus costumes buscando punir o homicídio praticado. Em razão disso, o Tribunal

entendeu que violaria o princípio do *né bis in idem* continuar o Estado à ação penal com o objetivo de punir o índio já punido pelos costumes da tribo.

A crueldade vai ficando no passado ao passo que o sistema punitivo evolui. Mas, a pena capital já foi à rainha das penas em um passado recente. Aos moedeiros falsos, feiticeiros, aos bígamos, aos adúlteros, aos homicidas, aos praticantes de furto ou roubo, aos que falseavam medidas ou pesos de mercadorias comercializadas, aos alcoviteiros de mulher casada, aos pederastas e aos que falavam mal do rei dentre várias outras condutas, eram punidos com a pena capital.

Nesta época se apontava o “culpado” antes mesmo de se apurar os elementos de conexão para se chegar à culpa. E neste exato momento, passo a recordar das aulas de história do Direito, Ciências política, sociologia e antropologia, Direito Penal e Processo Penal e tantas outras aulas maravilhosas ministradas pelos melhores professores que alguém poderia ter para lhe auxiliar na busca do conhecimento. Sou eternamente grato a todos vocês, obrigado inesquecíveis mestres !.

Sigamos.

O Brasil já adotou a pena capital e cometeu um de seus maiores erros. A morte de Manoel Motta Coqueiro, sentenciado a morte injustamente vítima de uma trama de seu primo magoado por um fim de relacionamento que usando a influencia do irmão no palácio, condenou a morte seu desafeto. Isso levou o Imperador a banir a pena de morte, pois, não se conformara com a morte de um amigo inocente de forma tão trágica. O caso ficou popularmente conhecido como Fera de Macabú e é constantemente lembrado para que não esqueçamos o poder de destruição da pena injusta. Vejamos:

A trajetória de Manoel Motta Coqueiro, a Fera de Macabú, até sua prisão. Manoel da Motta nasceu na fazenda do Coqueiro, município de Campos dos Goytacazes, em fevereiro de 1.799, embora em sua certidão de nascimento conste como 17 de agosto de 1.802. Este era filho de Manoel José da Motta, administrador da fazenda, e Anna Francisca do Nascimento; fato comum à época, teve em seu nome acrescentado ‘Coqueiro’ em virtude de ter nascido na Fazenda Coqueiro. Com seus dois irmãos – Antonio Francisco e Anna Francisca – passou toda sua infância na fazenda administrada pelo pai.

Em um dia no ano de 1819, seu amigo e primo Julião Baptista Coqueiro, filho de seu padrinho Manoel Baptista Pereira, apresentou-lhe sua noiva, uma belíssima moça chamada Joaquina Maria de Jesus. Como estudaria no Rio de Janeiro, Julião pediu ao primo que olhasse por sua noiva. E

Coqueiro assim o fez mas, de tanto concentrar todos os olhares em Joaquina, se apaixonou por ela e a desposou em 07 de fevereiro de 1.820, deixando Julião profundamente humilhado, jurando-lhe vingança eterna – o que o levou a persegui-lo de todas as maneiras, abusando do prestígio de sua família, manipulando forças políticas de seu irmão José Bernardino Baptista Pereira de Almeida (que foi Ministro da Justiça e da fazenda de D. Pedro I) e aproveitando-se de sua ligação familiar com o visconde de Maranguape para apressar, dentro do próprio palácio imperial, a execução de Coqueiro anos mais tarde. (BAYER, 2014, P. 12).

A pena apesar do passa do tempo, ainda provocam os mesmos estigmas provocados a Caim quando atentou contra a vida de seu irmão Abel. Os exclui e os condena a vagar sem o direito a uma vida digna mesmo após cumprirem suas reprimendas. O processo de exclusão da social se inicia pela miséria ou ignorância do homem médio, vítima do preconceito e discriminação largamente praticada por uma sociedade de consumo, capitalista, que põem preço onde deveria existir valores; as pessoas são vistas, respeitadas e reconhecidas pelo patrimônio que acumular, não por sua condição de humano.

A prática de atividades criminosas por pessoas de baixa renda no entanto, lhe trará na maioria da vezes a total conclusão social. O processo de exclusão é iniciado por seu estado de miserabilidade bem antes da conduta praticada; se antes era considerado parte indesejada por sua pouca educação ou condições financeiras, o crime e a sentença penal o transformará em parte necrosada deste tecido, devendo-se promover a extirpação em definitivo deste membro, a sentença será seu decreto de morte social.

Porém, nem só por enforcamento se mata, as sentenças penais no Brasil tem causado a morte social de muitos egressos e ingressos do sistema penal; como se não lhes bastassem as desgraças do cárcere de uma sentença penal mesmo que justa, muitas vezes, não o são. A discricionariedade do julgador busca aplicar o quantum da pena-base dentro do seu convencimento motivado buscando encontrar o equilíbrio do justo e necessário; a vida pregressa do réu será usada para exasperar sua pena como se as desgraças do fato criminoso e da própria vida de miséria não lhe fosse o suficiente. O sistema pena no Brasil enxuga gelo, pois, o que o estado poderá tirar de um homem que nada tem ? Como condenar pessoas que já estão condenadas ? Muitos dos presos só conhecerão três refeições diárias e uma cama para dormir na prisão, em liberdade, tudo que teriam era fome e frio. A pena



aplicada a estes homens teria caráter de castigo ou de socorro ?. A pena só teria efeito se provocasse perda ao réu, não ganho. Não é possível condenar homens que já nascem condenados; nenhuma pena superará a pena que uma vida de miséria.

Seria possível retirar a liberdade de quem verdadeiramente nunca a teve ? Trancafiar com comida e dormida aqueles que eram privados do mínimo existencial quando livres não é puni-los. É preciso educar a criança para que não pratique crimes e oferecer condições dignas aos homens para que amem a liberdade. Para que uma vez punidos, sintam o quanto lhe foi tirado pela sentença e sinta sobre si a autoreprovação da conduta. A sentença penal não tem surtido estes efeitos em muitos casos, pelo contrário, tem soado como geradora de condições mínimas de existência e dignidade a miseráveis que sofrem mais em liberdade que presos. E assim sendo, não haverá recuperação, haverá reincidência.

## **CAPÍTULO II**

### **2 DA PENA, art. 59 CP**

Para SANTOS (2012, p. 512)“ Quantificar a pena criminal é ato judicial que busca aferir, através de um procedimento sistemático, a quantidade de pena adequada ao delito praticado.” Sabe-se que não é tarefa fácil a dosimetria da pena tendo em vista seus critérios vagos. O magistrado de forma sistemática e se valendo da ponderação aferirá a pena nos limites de suficiência e necessidade como reparação do injusto praticado pelo agente. Como retribuição, prevenção e principalmente buscando a ressocialização do transgressor para devolvê-lo ao meio social recuperado. Lamentavelmente a reabilitação no sistema prisional pátrio é um fracasso, limitando-se a punir por punir. Os índices de ressocialização são baixíssimo ao passo que os índices de reincidência são catastróficos.

Segundo SHECAIRA (2002, p. 263) “A subsunção da pena ao caso concreto consiste no segundo momento da individualização da pena, que decorre da prévia cominação legislativa”. Não existe previsão de crimes ou de penas no ordenamento jurídico brasileiro fora das possibilidades legislativamente cominadas. Embora a lei autorize ao julgador que fazendo uso dos comandos previstos no artigo 59 e 68 do CP e após verificar a culpabilidade, antecedentes, conduta social, comportamento da vítima, personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências deixadas pela pratica criminosa; a lei não diz o quanto exasperar. Convertendo o juiz em legislador no caso concreto.

O sistema previsto no caput do artigo 68 do Código Penal Brasileiro é o sistema trifásico traçado por Nelson Hungria. Atualmente, para que seja juridicamente possível a fixação da pena-base é preciso que o juiz analisar as três fases para chegar ao quantum da reprimenda penal do agente da infração se utilizando de critérios específicos para dizer a pena intermediária entre o mínimo e máximo cominado para o tipo. O limbo da dosimetria da pena é fonte dos arbítrios e abusos, a grande patrocinadora de favores espúrios e dos rigores desmedidos das penas.

Para Greco (2014, p. 477): “A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”. O direito de punir do Estado encontra freios na dignidade da pessoa humana, no devido processo legal, na ampla defesa, no contraditório, na coisa julgada e na legalidade em sentido estrito. Usar a vida pregressa do réu para exasperar pena é duplamente puni-lo por fato do passado e já penado. A pena justa é a que recai sobre o fato, não sobre o passado do réu. A justa medida da pena será sempre o que se fez, não o que se é. Segundo SIRENA (2011), que cita Von Liszt em seu artigo, o autor afirma que “a pena justa será somente a pena necessária.”

Façamos uma leitura do art. 59 do Código Penal Brasileiro encontramos um comando normativo determinado ao juiz que após análise dos critérios objetivos e subjetivos para fixação da pena, que, conforme necessário e suficiente para a reprovação e prevenção, inciso II, adote a quantidade de pena aplicável dentro dos limites previstos.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984);II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A preocupação com o justo rompe as academias, os debates Forenses e passa a ser um interesse social como garantia universal do homem. Já afirmava Machado de Assis em um de seus contos; “Mas eu recebo resignado. Tamanho crime deve ter tamanha pena. (ASSIS 1984). A passagem registrada em Contos Fluminenses por Machado de Assis nos remete a pensar que já existia uma preocupação dos autores com a justa e necessária punição, com uma pena que correspondesse ao fato, não ao réu.

Para Castro e Silva (*apud* GUEDES, 2006, p.1):

A idéia básica do *ne bis in idem* é que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato. Já foi definida essa norma como princípio geral de direito, que, com base nos princípios da proporcionalidade e coisa julgada, proíbe a aplicação de dois ou mais procedimentos, seja em uma ou mais ordens sancionadoras, nos quais se dê uma identidade de sujeitos, fatos e fundamentos [...].

As correntes que defendem o direito penal de garantia apontam como solução para este terrível mal o fim da utilização da vida pregressa do réu para lhe prejudicar. Defendem o direito penal do fato, onde os homens devem ser julgados pelo que fizerem e na proporção do feito e não pelo que são ou foram. Não se permitindo que a cada julgamento seja julgado toda a vida do réu e seus feitos pretéritos que nenhuma ligação guarda com o fato a ser julgado.

O sistema trifásico ou sistema Néelson Hungria como fixador da pena-base, é realizado em três fases distintas, conforme podemos extrair do art. 59 do CP que disciplina da seguinte forma: a) na 1ª fase a fixação da pena-base levará em consideração as circunstâncias judiciais; b) na 2ª fase, as circunstâncias agravantes e atenuantes e; c) e na 3ª fase se avaliará as causas de aumento e de diminuição da pena.

Na primeira fase será analisada as 8 (oito) circunstâncias judiciais conforme previsto no art.59 do CP e deve observar os limites mínimo e máximo da pena definida na norma penal incriminadora a ser aplicada ao caso concreto. Já na segunda fase, serão analisadas as circunstâncias agravantes e atenuantes tipificadas nos artigos 61 e 66 do Código Penal. A terceira fase da dosimetria da pena, considerará as causas de diminuição e de aumento da pena, se houverem; podendo elevar a pena acima da máxima ou trazer para aquém do mínimo cominado. Deixando claro que o magistrado não estaria obrigado a respeitar os limites legais, violando o princípio da legalidade em sentido estrito.

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969): “Artigo 5º - Direito à integridade pessoal; 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

A convenção de San José formalizado na Costa Rica também veda a dupla punição pelo mesmo fato, reafirmando o compromisso com os direitos fundamentais humanos e limitando o arbítrio do Estado quanto à aplicação da pena, incorrendo em violação aos direitos humanos a não observância. Como poderemos ver abaixo: “Convenção de San José, Artigo 5, Direito à integridade pessoal. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.” Artigo 8º - Garantias judiciais; 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Pode-se extrair que o dispositivo busca proteger a pessoa humana do excesso punitivo estatal ao determinar que a pena tenha como finalidade a readaptação social dos condenados e isto inclui o esquecimento quanto a seu passado como forma de reabilitação social. Também veda a discriminação e a dupla punição pelo mesmo feito ou fato. Um ilícito penal não pode criar um bônus negativo vitalício para o agente, capaz de assombra-lo por toda sua existência. Fato é que a dupla valoração existe quando a vida pregressa dos agentes já penados e suas reprimendas já cumpridas são utilizadas para exasperar fato novo, estranho a conduta anterior, causando graves prejuízos aos sentenciados no momento da dosimetria da pena.

Violando a coisa julgada e o direito ao esquecimento, essencial a ressocialização do agente delituoso. Da análise feita da obra jurídica cuidadosamente elaborada pelo admirável autor que traz vasta experiência jurídica como Delegado de Polícia Civil da Paraíba e como Professor de Direito Penal e Processo Penal, segundo Almeida (2012, p.133):

O juiz no exercício de seu poder jurisdicional ao proferir uma sentença condenatória, deverá aplicar a pena ao autor do fato criminoso, cuja punição guardará a medida e a proporcionalidade de infração penal cometida.

O Magistrado ao utilizar a vida pregressa do réu para lhe exasperar a pena-base extrapola os limites da razoabilidade e penaliza não só pela infração penal cometida, mas, por todos os seus feitos. Histórico de penas já cumpridas, processos e inquéritos em andamento ou já arquivados, se não são citados objetivamente pelo magistrado na sentença, por óbvio, seria ingenuidade pensar, que o julgador ao

vislumbrar a folha corrida do réu no processo, este fato não o influenciará no quantum pena. Claro que o magistrado terá uma péssima impressão do réu e isso vai pesar ao definir a culpabilidade, a conduta e a personalidade; e óbvio, na pena. O réu estará sendo julgado não só pelo que fez, mas, pelo que o seu passado significa para o julgador.

Ainda quanto ao sistema trifásico, leciona ALMEIDA 2012: “ O art.59, do Código Penal, estabelece que o juiz, conforme a necessidade e suficiência para reprovação do crime e considerando as circunstâncias judiciais, deverá tomar as seguintes providências:”. E em seguida faz cristalina amostra sobre a subjetividade da dosimetria da pena quando limita o juiz entre mínima e máxima e os elementos que gravitam em torno destes limites para a aplicação da puna serão os antecedentes, conduta social e personalidade do agente, dentro do mínimo e máximo, o quanto seria justo? O livre convencimento motivado ditará o justo. E nos traz os critérios utilizados pelo magistrado para a aplicação da pena; Almeida (2012, p. 134). vejamos:

Escolher a pena dentre as alternativamente cominadas (aqui há disjuntivo “ou”, o juiz escolhe se aplica a pena privativa de liberdade ou multa). Fixar a pena dentro dos limites mínimo e máximo previsto em lei. Ex: art. 157, reclusão de 5 a 10 anos. Fixar o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade (regime fechado, semi-aberto ou aberto). Analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade aplicada por restritivas de direitos.

Como podemos observar do dispositivo legal trazido por Almeida, na pena prevista para o crime do art. 157, seria de 5 a 10 anos; isto significa que a puna aplicada em 6, 7, 8 ou 9 anos seriam penas intermediárias a serem aplicadas a partir da análise das circunstâncias judiciais, legais, causas de aumento e de diminuição da pena por livre convencimento motivado do juiz, não da lei. O legislador só estipulou os parâmetros mínimos e máximos para o tipo, os níveis intermediários são encontrados pelo magistrado na individualização da pena. Passaremos a analisar o presente julgado do Superior Tribunal de Justiça, publicado 09/12/2013 que agrega informações valiosas sobre a dosimetria da pena. Vejamos:

STJ - HABEAS CORPUS HC 214485 MS 2011/0176884-2 (STJ). Data de publicação: 09/12/2013 Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. (1) VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. (2)

DOSIMETRIA.PENABASE. PERSONALIDADE, CONDUITA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ASPECTOS GENÉRICOS DECLINADOS. ARGUMENTOS INIDÔNEOS. (3) AUMENTO DE PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, o que se vê na espécie. 2. Na espécie, existe flagrante ilegalidade no tocante à personalidade, conduta social e consequências do crime, pois não podem ser aferidas de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola a Juíza elementos concretos dos autos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo, para dar supedâneo às suas considerações. 3. De outro lado, é pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de 6 (seis) infrações cometidas por um dos réus, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 1/2 da pena, sendo desproporcional a majoração em 2/3. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente DANILO FERNANDES BLANCO para 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa e reduzir a reprimenda.<sup>1</sup>

Podemos observar do julgado acima o temor abordado neste trabalho, existe constante violação a dignidade e direitos fundamentais do réu na exasperação da pena. As circunstâncias judiciais são superficialmente analisadas e muitas vezes o magistrado limita-se a repetir os comados do art. 59 do CP, como se isso fosse fundamentação idônea. O julgado traz dois fatos a serem observados: a) um que quem tutela a liberdade deve ter responsabilidade, a segunda, b) que cabe ao julgador o devido respeito ao réu. É inadmissível tamanho desprezo pelo homem errante, talvez por acreditar na falsa máxima popular de que direitos humanos seriam apenas para os humanos direitos; aos sentenciados penais apenas o direito penal do inimigo e nada mais lhes deve o Estado. Nossa Constituição não agasalha está visão.

---

<sup>1</sup> STJ. **HABEAS CORPUS HC 214485 MS 2011/0176884-2**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=PERSONALIDADE%2C+CONDUTA+SOCIAL+E+CONSEQ%3%9C%C3%8ANCIAS>.

NUCCI (2014, p. 403), afirma que na dosimetria da pena o Magistrado goza de discricionariedade juridicamente vinculada, vejamos: “ O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador ( mínimo e máximo, abstratamente, fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento( discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculado). Trata-se da fiel aplicação do princípio constitucional da individualização da pena, evitando-se a sua indevida padronização.” E segue o supracitado autor: “ Tem sido hábito de vários juízes brasileiros, de qualquer grau de jurisdição, optar, quase sempre, pela aplicação da pena mínima aos acusados em julgamentos. Desprezando-se, em verdade, os riquíssimos elementos e critérios dados pela lei penal para escolher, dentre o mínimo e o máximo cominados para cada inflação penal, a pena ideal e concreta para cada réu.” Somos obrigados a discordar em parte do afirmado por Guilherme Nucci, tendo em vista a cultura encarceradora visivelmente implantada no Brasil, realidade comprovada pela situação de nosso sistema carcerário, vez que as penas no mínimo, deveriam gerar mais pelas alternativas e menos penas privativas de liberdade.

Para Almeida (2012 p. 134) que afirma que “O Juiz ao fixar a pena-base considerando as circunstâncias judiciais enunciadas no art.59 do Código Penal, e dentre os limites mínimo previstos em lei para cada tipo penal.” E cita a Súmula 444 do STJ : “ É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1404503 DF 2013/0319461-4 (STJ)Data de publicação: 25/11/2013. Ementa: RECURSO ESPECIAL - FURTO - DOSIMETRIA DA PENA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 444, DO STJ - PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL - CONFISSÃO INEXISTENTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE. 1. "É vedado o reconhecimento de maus antecedentes amparando-se, unicamente, na existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento" (Súmula nº 444-STJ). 2. Não há que se falar na compensação da agravante de reincidência com a atenuante de confissão espontânea porque a confissão se refere a outro crime, estranho ao dos autos. A revisão de tal entendimento acarretaria o reexame de provas, o que é vedado pela Súmula nº 7, deste Superior Tribunal de Justiça. 3. Recurso especial



provido em parte. Encontrado em: ESPECIAL REsp 1404503 DF 2013/0319461-4 (STJ) Ministro MOURA RIBEIRO.<sup>2</sup>

Segundo Correia (2017. p. 234), a pena-base seria fixada com base nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal na primeira fase; já na segunda fase; após fixada a pena-base, seria analisadas as atenuantes e agravantes genéricas. Na terceira fase da dosimetria, se analisaria as causas de aumento e diminuição da pena. A análise seguiria esta sequência segundo a autora: “ na 1ª fase a pena-base, na 2ª fase se analisaria a possibilidade de pena intermediária e na 3ª fase, se formaria o quantum em definitivo. Na primeira e segunda fase o julgador não poderá fixar penas fora dos limites mínimo e máximo cominados pelo legislador, já na terceira fase seria plenamente possível ultrapassar estes limites e fixar pena aquém ou além do quantum cominado pelo legislador como mínima e máxima.

Nesta fase se analisará o regime inicial para o cumprimento da pena, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos e/ou pena de multa, se caberia suspensão condicional da pena – *sursis* ou ainda, análise da manutenção ou imposição de prisão preventiva.

O julgador ao fixar o quantum da pena dentro dos limites mínimo e máximo, estará vinculado unicamente a proporcionalidade, pois, o legislador não determinou critérios objetivos para esta análise e aplicação. Por exemplo, leciona Correia (2017, P. 149) que : “ tendo em vista a existência de 8 circunstâncias judiciais, parece razoável que o aumento /redução se dê na proporção de 1/8 ou quantum máximo”. A Jurisprudência do STJ é firme e determina; “ o aumento da pena- base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis (art.59 CP) depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal.”

O rol das agravantes previstas nos artigos. 61 e 62 CP é taxativo e implica em vedação a analogia in malam partem. Já o rol das atenuantes é exemplificativo

---

<sup>2</sup> STJ. **RECURSO ESPECIAL RESP 1404503 DF 2013/0319461-4**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24736989/recurso-especial-resp-1404503-df-2013-0319461-4-stj>.

por força da agravante inominada do art.66 do CP . Vejamos; “ Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não previsto expressamente em lei.” Correia, (2017, P. 240).

Vejamos algumas decisões importantes do STF que guardam estreita relação com o tema ora pesquisado: Dosimetria e fundamentação idônea.

A 2ª Turma iniciou julgamento de habeas corpus em que se pretende a redução da pena-base fixada, em virtude da alegada falta de fundamentação idônea para sua exacerbação. No caso, ao majorar a pena-base, o juiz considerara que “a) os motivos que levaram à prática das infrações penais foram o egoísmo e o desejo de obter ganho fácil; b) as circunstâncias em que ocorreram as práticas criminosas foram graves, em razão da nocividade e expressiva quantidade de droga apreendida (quase 13 kg de cocaína); e c) as consequências são graves pelo mal causado aos consumidores”. O Min. Gilmar Mendes, relator, conquanto entendessee correta a conclusão do magistrado no que concerne ao motivo do crime — lucro fácil, por este não integrar a essência do crime de tráfico de entorpecentes — concedeu, parcialmente, a ordem, para que se proceda nova individualização da pena. No ponto, determinou que se afastasse a circunstância judicial referente ao “mal causado pelo tóxico”, por ser ínsito à conduta delituosa e estar incorporado ao próprio tipo penal, o que impossibilitaria sua utilização como elemento hábil a proporcionar o recrudescimento da reprimenda, sob pena de bis in idem. Após, pediu vista o Min. Ayres Britto. HC 107532/SC, rel. Min. Gilmar Mendes, 28.6.2011. (HC-107532)<sup>3</sup>

O magistrado exaspera a pena alegando que os motivos que levaram à prática das infrações penais foram o egoísmo e o desejo de obter ganho fácil, uma valoração absurdamente vaga e subjetiva, mostrando a insegurança jurídica que temos na dosimetria da pena por ausência de o mínimo de objetividade destas valorações. Mais a diante, alega que as circunstâncias em que ocorreram as práticas criminosas foram graves, em razão da nocividade e expressiva quantidade de droga apreendida (quase 13 kg de cocaína), como se dois kg tornasse a conduta menos crime. A droga é elemento objetivo do tipo; ora, para ser crime de tráfico, tem que ter drogas ilícitas, irrelevante se 1 kg ou 50 kg.

---

<sup>3</sup> STF. **HC 107532/SC**, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+101918%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybndyab2>.

No próximo julgado a ser analisado, fica claro a violação ao princípio da legalidade; vejamos:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AGRAVAMENTO EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORIENTAÇÃO DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA. 1/6. AUMENTO, NO CASO, ESTABELECIDO NA FRAÇÃO DE 1/5 SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. 1. Por não haver o Código Penal estabelecido a quantidade de aumento das agravantes genéricas, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, com certa uniformidade, que a elevação deve ser equivalente em até um sexto da pena-base. Precedentes que chancelaram a aplicação de fração superior a um sexto, vale registrar, levaram em consideração a existência de específica fundamentação lastreada nas especiais circunstâncias da causa penal. 2. No caso, o magistrado exasperou a reprimenda, em razão da reincidência, exatamente na fração de 1/5, sem, contudo, apresentar motivação concreta. Há, portanto, ilegalidade a ser sanada na segunda etapa da dosimetria. 3. Recurso ordinário provido, em parte.(RHC 127382, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 19-05-2015 PUBLIC 20-05-2015).<sup>4</sup>

A Corte afirma a existência do ativismo judiciário na dosimetria da pena, afirmando que a prática é justificada pela doutrina e pela jurisprudência, ignorando o princípio da legalidade e da reserva legal. Afirmando: “por não haver o Código Penal estabelecido a quantidade de aumento das agravantes genéricas, a doutrina e a jurisprudência têm entendido ser possível.” Ora, a doutrina por função explicar a lei e as jurisprudência teria por finalidade uniformizar entendimentos, não poderia usurpar a função legiferante, destinada pela Constituição ao Poder Legislativo, e não ao judiciário, além de violar da separação de poderes, a meu modesto vê.

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL. ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NA SENTENÇA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. ORDEM DENEGADA. O art. 155 do Código de Processo Penal não impede que o juiz, para a formação de sua livre convicção, considere elementos informativos colhidos na fase de investigação criminal, mas apenas que a condenação se fundamente exclusivamente em prova da espécie. A dosimetria da pena é matéria

---

<sup>4</sup> STF. **HC 107532/SC**, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+101918%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybndyab2>.

sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias – se gritantes e arbitrárias –, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias inferiores. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à fixação das penas. Ordem denegada. (HC 105837, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 22-05-2012 PUBLIC 23-05-2012).<sup>5</sup>

No julgado acima, a Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgando a presente demanda em análise, em 08/05/2012, assim afirma: “ O art. 155 do Código de Processo Penal não impede que o juiz, para a formação de sua livre convicção, considere elementos informativos colhidos na fase de investigação criminal, mas apenas que a condenação se fundamente exclusivamente em prova da espécie. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial.” É preciso se desenvolver o mínimo de garantia a legalidade, a segurança jurídica, a coisa julgada, a presunção de inocência, o respeito ao réu e ao seu direito a ser esquecido pelo Estado e retomar de forma digna uma nova vida. Estamos vendo no Brasil a fecundação feita no limbo da dosimetria da pena, do direito penal do inimigo.

---

<sup>5</sup> STF. **HC 107532/SC**, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+101918%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybndyab2>.

## CAPÍTULO III

### 3 DIREITO PENAL DE GARANTIAS

Sabendo-se que todas as demais normas do ordenamento jurídico encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal que é nossa Lei Mãe. Sabendo-se ainda, que como descrito por Hans Kelsen, a Constituição é norma fundamental que se encontra no topo do ordenamento jurídico a irradiar para todos os ramos do Direito suas normas e princípios que deve ser observados em razão da máxima efetividade das normas constitucionais e ainda, em observância a pirâmide hipotética da hierárquica das normas, onde todas as demais lhe deve obediência jurídica a Constituição Federal como norma garantidora de valores, princípios e direitos fundamentais coletivos e individuais limitadores do poder estatal.

Para o jurista Italiano Ferrajoli (2001, p. 851), o garantismo penal estaria relacionado com a devida observância a estrita legalidade da normatividade penal como garantidor de direitos e segurança contra os abusos constantes praticados pelo estado. Pois só a lei, norma legal em sentido estrito, poderia e iriam garantir aos cidadãos seus direitos fundamentais ao tempo que resguardaria ao Estado o monopólio do *jus puniendi* dentro dos limites legais; livre da discricionariedade do estado-juiz para aplicação da pena apenas limitando-se a dizer, fundamentadamente, o que entendeu por livre convicção. Parte da doutrina aponta como avanço da corrente do garantismo a edição da Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça, Vejamos seu enunciado:

Súmula 241 - A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. (Súmula 241, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/08/2000, DJe 15/09/2000).

Porém, a nosso vê, ainda são frágeis as garantias previstas e muito mais frágil, as políticas públicas desenvolvidas e implantadas atualmente buscando garantir a correta punição e meios para a reabilitação de sentenciados penais. Bom seria que o passado do réu fosse utilizado apenas para se traçar medidas preventivas ou corretivas visando introduzi-lo novamente em sociedade, e não apenas para lhe acentuar a pena. A Súmula do STJ supracitada, na verdade, não é um grande avanço sem meios para lhe garantir de forma efetiva seu cumprimento; não pode-se negar que trata-se de uma avanço, mesmo que tímido rumo ao garantismo ou direito penal de garantia.

Zaffaroni, por sua vez, em artigo publicado 12/07/2006, faz duras críticas a utilização do passado do ré, de sua conduta, maus antecedentes e históricos que comprovassem reincidência para lhe agravar a punição. Suas condutas anteriores não deveriam legitimar o Estado a lhe aplicar pena maior, afirma que tal prática ofenderia a um dos princípios fundamentais do direito penal de garantia e defende a total exclusão de qualquer coisa que não o próprio fato a ser analisado, o princípio da intangibilidade da consciência moral da pessoa humana, vedaria tal prática, os homens deveriam ser julgados pelo que são e não pelo que foram. Vejamos:

Quando el discurso jurídico-penal pretende legitimar las ancióna lhombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebraun principio fundamental del derecho penal de garantías, que es la intangibilidad de la conciencia moral de la persona. (ZAFFARONI, 2006, P. 07).

E continua RAUL Zaffaroni, incisivamente afirma que o direito penal teria um grande avanço se excluísse em definitivo a reincidência e tudo que lhe cerca, como os maus antecedentes, a conduta social, a vida pregressa do réu e sua personalidade como elementos de valoração subjetiva na dosimetria da pena em razão da subjetividade em sua análise e dos prejuízos ao sentenciado e a sociedade, pois, promove o encarceramento e mais reincidência. O jurista defende um direito penal do fato, banindo a sua utilização em qualquer tempo, em respeito ao princípio fundamental do direito penal liberal e especialmente, da observância do estrito direito penal do ato como forma de banir o autoritarismo estatal, que de forma arbitrária muitas vezes sentencia. Vejamos:

La recuperación del pleno derecho penal de garantías daría un paso sumamente significativo con la abolición definitiva de la reincidencia y de sus cercanos conceptos, evocativos en todos los tiempos de las desviaciones autoritarias respecto a los principios fundamentales del derecho penal liberal y, especialmente, de estricto derecho penal de acto. (ZAFFARONI, 2006, P. 07).

Na tentativa de explicar tamanha violação, vimos anteriormente que o próprio Supremo Tribunal Federal admite não haver previsão legal para todas estas valorações genéricas malélicas ao réu e ao Estado Democrático de Direito, afirma que trata-se de uma invenção jurídica criada pela jurisprudência e pela doutrina, que não é lei. Na mesma esteira de Raul Zaffaroni segue CARVALHO (2001), fazendo duras e ferrenhas críticas quanto a possibilidade de utilização do passado do réu para lhe agravar a pena ou lhe negar benefícios. O uso da reincidência não seria benéfico ao direito penal e defende o autor um direito penal verdadeiramente do ato, não do sentenciado. Vejamos:

A reincidência só se explica nas abordagens jurídico-penais na medida em que se abandona o direito penal do ato, embora, as vezes, nem mesmo nestas posições a explicação se mostre coerente. Ao contrário, as tentativas de explicá-las dentro dos limites de um direito penal do ato são todas insatisfatórias. (CARVALHO 2001, P. 57).

PIACESKI em artigo publicado em 22 de Dezembro de 2012, citando CARVALHO e FERRAJOLI afirma não interessar ao direito penal elementos subjetivos e de difícil aferimento, como o caráter, a moralidade, os antecedentes, a personalidade, a conduta social e comportamento, por sua imprecisão, não deveria existir em um sistema de direito penal garantista, por sua subjetividade e discricionariedade do aplicador da pena em decidir o quantum a ser imposta de pena analisando elementos de difícil aferição, por serem abetas e propensas a abusos.

O Juiz federal Rose é Magistrado e autor de várias obras e artigos publicados, é incisivo ao afirmar: “o autor que passa a ser julgado não pelo que ele fez, mas pelo que ele fez no passado é, em franca violação dos postulados garantistas”. (ROSA 2006, p. 347 – 348 APUD CARVALHO 2001, P. 72). O magistrado Federal tem dado contribuição doutrinária importantíssima ao direito e em especial ao direito penal. Alexandre Morais da Rosa defende que o autor seja

julgado pelo que fez, reafirmando o direito penal do ato, não pelo seu passado; e segue afirmando o juiz doutrinador: “julga-lo por fatos pretéritos ensejaria em violações aos postulados garantistas.”

As teorias extremadas da pena nos apresentam duas correntes que rediscutem o caráter da pena de prisão como solução para o colapso do sistema penal-carcerário no Brasil e em várias outras partes do mundo. Estudiosos na Alemanha e na Noruega discutem teorias abolicionistas penais que se firmam em duas ideias básicas: descriminalização – não reconhecer como criminosas certas condutas e com isto reduzir prisões motivadas por condutas pouco nada relevantes; e a despenalização – mesmo que o ordenamento jurídico continue tratando a conduta como sendo crime ou contravenção, não lhe aplicaria pena pelo valor lesivo insignificante da conduta. Os custos do encarceramento causam mais prejuízo que ganhos a sociedade. O jogo do bicho e outras condutas, embora permaneçam normatizadas como criminosas, não mais são punidas em nosso ordenamento, pois, o tempo e o costume social não revoga a norma, porém, passa vê-la não mais como sendo nocivas, tirando a necessidade de sua punição. O direito penal deve alcançar e tutelar bens jurídicos de maior relevância social, em respeito a seu caráter fragmentário.

Ao passo que o Estado brasileiro se limita a perseguir o réu por seu passado penal, não cuida do seu futuro de nossas crianças e adolescentes como forma de reduzir criminalidade futura, os condenando a um potencial futuro de crimes. Vai a mesa calcular o que teria menor custo, educar jovens e recuperar usuários de drogas e outros delitos, ou simplesmente trancafia-los nas prisões. Os Países que decidiram descriminalizar ou despenalizar o porte de drogas para uso tiveram que admitir que aquela situação era uma situação saúde pública e não de pena e esta é resistência de muitos Países, prender sai mais barato que trata-los.

Prender usuários como traficante é muito frequente, pois a lei na define bem o que seria tráfico e o que seria porte para uso próprio. Prender usuários é como jogar peixes ornamentais em aquário de tubarões, estes sujeitos ao ingressarem no sistema penal, automaticamente se dividem em facções criminosas e quando saem de lá continuarão sob seu comando. Isto tem fortalecido o crime organizado no



Brasil. A reincidência Criminal no Brasil, relatório de pesquisa do Ipea realizada em 2015 aponta o seguinte:

PRISÕES, REINCIDÊNCIA E REINTEGRAÇÃO SOCIAL NO BRASIL A população carcerária do Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos. É o que demonstrou um mapeamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o apoio do Ipea, com base nos dados publicados no Anuário Estatístico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O total de apenados condenados no sistema prisional passou de 3.866 pessoas em 1938 para 321.014 em 2009 (gráfico 1). Se considerarmos informações mais recentes, e que 38% da população carcerária encontra-se em situação provisória, a realidade adquire contornos ainda mais dramáticos: o Brasil possuía, em 2012, 515.482 pessoas presas para apenas 303.741 vagas, deficit de 211.741 vagas. O Brasil já é o quarto país que mais encarcera no mundo<sup>4</sup> e, mesmo assim, convive com taxas de criminalidade muito altas, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2012). Os dados alarmantes chamam a atenção para a necessidade de estudos aprofundados sobre a função, ou não, ressocializadora das prisões, o fenômeno da reincidência criminal e seus fatores determinantes, bem como sobre a eficácia de dispositivos alternativos como meios de contornar esta crise no sistema prisional brasileiro.

## O que é reincidência?

TIPO	EXPLICAÇÃO
Reincidência genérica	Ocorre quando há mais de um ato criminal, independentemente de condenação, ou mesmo autuação, em ambos os casos;
Reincidência legal	Segundo a legislação, é a condenação judicial por novo crime até cinco anos após a extinção da pena anterior;
Reincidência penitenciária	Quando um egresso retorna ao sistema penitenciário após uma pena ou por medida de segurança;
Reincidência criminal	Quando há mais de uma condenação, independentemente do prazo legal estabelecido pela legislação brasileira

Fonte: Jornal Folha de S. Paulo

Os dados do Ipea levaram em consideração apenas as condenações com penas transitado em julgado de até 5 ( cinco) anos do cumprimento integral da pena ou da condenação. A situação é ainda mais alarmante se aplicadas todas estas possibilidades de reincidências como na tabela acima. Os números nos traz a luz o fracasso sistêmico e estrutural do nosso sistema punitivo e carcerário; que

transforma o primeiro crime em carreira vitalícia ao invés de corrigi-lo. Ignora-se a política de prevenção e principalmente a de recuperação dos ingressos e egressos do sistema carcerário brasileiro, que após a primeira pena entra numa espécie de clientelismo sombrio da pena. Doravante estará fadado a dividir sua existência entre casa e prisão, e mais prisão do que casa.

A postura punitiva e o populismo penal levou o sistema ao caos e o País a números de homicídios superiores aos números de mortos produzidos na Síria e outros Países que vivem conflitos armados. O número de assassinatos no Brasil voltou a crescer em 2017 e as soluções apresentadas por nossos legisladores são das mais absurdas e variadas possíveis, como: castração química, pena de morte, trabalho forçado, prisão perpetua, redução da maioridade penal. Tudo isso fruto do populismo penal que além de não apresentar soluções viáveis ou racionais, agrava a crise frustando à sociedade. Criando-se um novo tipo penal, uma nova qualificadora e assistimos horrorizados o fim das garantias constitucionais; o fim das saidinhas temporárias, meio de manter os laços afetivos e sociais dos apenados como formula mágica para reduzir criminalidade, e pelo contrário, os números só aumentam e o terror social também.

Não se combate violência com violência, as propostas são enganosas, criminalidade se combate com inteligência, ressocialização e investimentos no sistema carcerário. Perseguir o réu por seu erro é negar-lhe o direito de se regenerar e condena-lo a uma carreira de crimes; mesmo que sua vontade seja não delinquir, terá que continuar no crime ? Discriminação e mais exclusão não resolve o problema. Não existe se quer casas albergue, tamanho é o interesse em recuperar apenados neste País.

Não se fala em reabilitação por aqui, não se fala em condições dignas de cumprimento de pena no Brasil, não se entende ou não se admite que os elevados índices de crimes e criminosos são produzidos pelas penas e pelas prisões brasileiras, que cumprem desumanamente sua função punitiva, mas, tem fracassado na sua missão ressocializadora. Quem entra no sistema geralmente tem saído pior que entrou. Os dados apresentados abaixo são do blog Nocaute, publicado em 21 de agosto deste ano e são assustadores.

São 155 assassinatos por dia, o que equivalente a seis mortes por hora em cada estado, e as características das mortes se repetem: ligada ao tráfico de drogas e tendo como vítimas jovens negros pobres da periferia executados com armas de fogo. No primeiro semestre de 2017, no Brasil, foram registrados 28,2 mil homicídios dolosos, lesões corporais seguidas de morte e latrocínios, casos de roubos seguidos de morte, de acordo com dados da Secretaria de Segurança Pública, divulgados pelo jornal *Estado de S. Paulo*. O número de assassinatos no Brasil aumentou, indicando uma crise na segurança pública. O índice é 6,79% maior do que no mesmo período do ano passado e indica que o país pode retornar à casa dos 60 mil casos anuais.<sup>6</sup>

Para Nucci, que nos traz a seguinte explicação sobre o abolicionismo penal e aponta a necessidade de investimento no sistema como solução para o problema que a penas aplicadas a “morte social” do réu decretada pela primeira condenação penal; vejamos o que nos diz:

O abolicionismo recomenda, em tese, a adoção dos seguintes princípios : a) abolicionismo acadêmico, ou seja, a mudança de conceitos e linguagem, evitando a construção de resposta punitiva para situações – problemas; b) atendimento prioritário à vítima ( melhor seria destinar dinheiro ao ofendido do que construir prisões) ; c) guerra contra a pobreza; d) legalização de drogas; e) fortalecimento da esfera pública alternativa, com a liberação do poder absorvente dos meios de comunicação de massa, restauração da autonomia e da confiança dos movimentos organizados de baixo para cima, bem como a restauração do sentimento de responsabilidade dos intelectuais. (NUCCI, 2014, P. 339).

O autor embora reconheça a importância de alguns conceitos e princípio na teoria do abolicionismo penal, afirma: é uma utopia !. Sem dúvida, as ideias trazidas por correntes extremistas são assustadoras e não trará a solução ao grave problema da violência reinante no Brasil, fruto da pobreza e abandono estatal das comunidades carentes. É de fato uma grande utopia achar que abolindo o crime ou a pena para as drogas no dia seguinte não teremos mais traficantes, usuários ou os crimes contra o patrimônio, principal financiador de dependentes e traficantes.

Ora, temos a venda de cigarros e de bebidas alcoólica controlada pelo Estado e nem por isto acabou-se o contrabando, a falsificação de bebidas e de cigarros no Brasil. Por qual razão descriminalizar drogas faria desaparecer o tráfico,

---

<sup>6</sup> BLOG NOCAUTE. **Número de assassinatos no Brasil volta a crescer em 2017**. Disponível em: <http://www.nocaute.blog.br/brasil/numero-de-assassinatos-no-brasil-volta-crescer-em-2017.html>

os usuários, os furtos e os roubos ?. A legalização ou descriminalização de drogas fará surgir dois pontos de venda, um controlado pelo Estado e outro controlado pelo tráfico. Seria ingenuidade acreditar que a dependência é ocasionada pelo proibido e não pela substância.

O garantismo penal ou direito penal de garantia é um modelo normativo penal que prioriza a estrita legalidade como função primordial do Estado Democrático de Direito. Visando garantir os direitos fundamentais dos cidadãos e limitar o poder punitivo do Estado, regulando a justa reprimenda pelo fato praticado e não pela vida pregressa do agente, é uma proposta intermediária entre o abolicionismo penal e a teoria do direito penal máximo, implantado em Países com catastróficos índices de encarceramento, como Estados Unidos e outros. Segundo nos ensina NUCCI (2014, p. 340), citando Ferrajoli, ele nos traz as seguintes informações sobre o garantismo penal:

O modelo garantista de direito penal privilegia os seguintes axiomas: a) não há pena sem crime ( *nulla poena sine crimine*); b) não há crime sem lei ( *nullum crimen sine lege*); c) não há lei penal sem necessidade ( *nulla lex poenalis sine necessitate*); d) não há necessidade de lei penal sem lesão ( *nulla necessitas sine injuria*); e) não há lesão sem conduta ( *nulla injuria sine actione*); f) não há conduta sem dolo e sem culpa ( *nulla actio sine culpa*); g) não há culpa sem o devido processo legal ( *nulla culpa sine iudicio*); h) não há processo sem acusação ( *nullum iudicium sine accusatione*); i) não há acusação sem prova que a fundamente ( *nulla accusatio sine probatione*); j) não há prova sem ampla defesa ( *nulla probatio sine defensione*); ( Ferrajoli, Direito e razão, p. 74- 75).

NUCCI ainda cita Hessemer e Muñoz sobre o direito penal mínimo, afirmando o autor a ótica de Muñoz: “ a) promover uma busca de alternativas à prisão, que principalmente afete aos setores sociais mais baixos; b) realizar uma investigação que possa clarear o âmbito obscuro da “ criminalidade dos poderosos”, vinculada a reflexões políticas sobre a igualdade da criminalização em Direito Penal; c) esclarecer uma política de descriminalização da criminalidade menor ou de bagatela no âmbito da criminalidade “ clássica”; d) efetuar investigações sobre a prática do princípio da oficialidade na persecução dos delitos, unidas à busca de funções substitutivas desejáveis político-criminalmente (*Introducción a la criminología y al derecho penal*, p. 62). (NUCCI, 2014, P. 340-341)

Nucci, fala sobre a conveniência ou inconveniência de um dia ter o Brasil que adotar o direito penal do inimigo contra o crime organizado existente e crescente em nosso País. Embora seja absolutamente verdadeira a afirmação quanto à existência e crescimento de grupos organizados, a solução não pode está na violação de direitos fundamentais humanos. Não podemos alimentar a cultura de Direitos Humanos para humanos direitos, também crescente nas ruas de nosso País, na doutrina, na jurisprudência e nos Tribunais. Vejamos:

Trata-se de um modelo de direito penal, cuja finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os inimigos (terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados, dentre outros), Estes não merecem do Estado as mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra, não respeitam os direitos individuais alheios. Portanto, estariam situados fora do sistema, sem merecerem, por exemplo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, podendo ser flexibilizados, inclusive, os princípios da legalidade, da anterioridade e da taxatividade. São pessoas perigosas, em guerra constante contra o Estado, razão pela a eles caberia a aplicação de medidas de segurança e seus atos já seriam passíveis de punição quando atingissem o estágio de preparação. (NUCCI, 2014, p. 342).

Este modelo certamente seria inconstitucional caso implantado em nosso País, pois nossa Carta da República consagra todos estes princípios que seriam ignorados. A República Federativa do Brasil tem como fundamento, princípio e objetivo a ser buscado pelo Estado dentre outros, a dignidade da pessoa humana e jamais contemplaria violações de direitos fundamentais do homem sem que antes, a própria Constituição fosse violada.

Chegamos a tão grave violação de direitos fundamentais que o próprio judiciário teve que reconhecer que viola constantemente a Constituição e os Direitos fundamentais do homem e a pouco vimos o STF reconhecer o estado de coisas inconstitucionais. Diante do cenário caótico do sistema prisional, onde quase que diariamente homens eram decapitados. Estes homens ficaram anos segregados em um local insalubre, superlotado, contraindo doenças infecciosas como tuberculose, sífilis, sarnas, gonorreia e AIDS. Tal situação só se justificaria sob o império do direito penal do inimigo, e o mais grave, travestido de sistema penal garantidor de direitos fundamentais. .

O CNJ encontrou recentemente um homem preso há mais de 50 anos em uma Cadeia do Estado Ceará quando a pena máxima legalmente permitida seria de

30 ( trinta ) anos no Brasil. Esta foi manchete do Terra. Isso retrata o extremo alcançado, pois as atrocidades intermediárias já se banalizaram. Ficar preso um pouco mais que a pena estipulada no Brasil é algo comum. É só ver que temos aproximadamente 40% dos presos do País como presos provisórios, homens que aguardam anos nas cadeias públicas e Delegacias para em muitos casos, o Estado lhe dizer anos depois por sentença que não deveria está preso. Isto é violação da presunção de inocência dentre outros direitos fundamentais.

A pena de prisão não tem cumprindo sua tripla função, que seria: retributiva, prevenção e ressocialização de homens sentenciados e isso pode está ocorrendo não pela ineficiência da pena, mas, por completa ineficiência do sistema prisional brasileiro, violador dos direitos humanos e impiedoso com os ingressos do sistema. O desprezo pela vida e falta de humanização do cumprimento da pena decreta não só à perda da liberdade do réu, muitas vezes, decreta a morte dos apenados. Como nos presídios de Pedrinha Maranhão e Alcaçuz no RN a poucos meses se viu, onde muitos que estavam sob custódia do Estado foram decapitados. No Lar do Garoto – PB também ocorreu à rebelião e matança, dentre muitos outros em muitos outros Estados da federação.

NUCCI (2014, p. 339) nos traz a seguinte explicação sobre o abolicionismo penal: “ o abolicionismo recomenda, em tese, a adoção dos seguintes princípios : a) abolicionismo acadêmico, ou seja, a mudança de conceitos e linguagem, evitando a construção de resposta punitiva para situações – problemas; b) atendimento prioritário à vítima ( melhor seria destinar dinheiro ao ofendido do que construir prisões) ; c) guerra contra a pobreza; d) legalização de drogas; e) fortalecimento da esfera pública alternativa, com a liberação do poder absorvente dos meios de comunicação de massa, restauração da autonomia e da confiança dos movimentos organizados de baixo para cima, bem como a restauração do sentimento de responsabilidade dos intelectuais”.

Ao passo que a sociedade evoluía e com ela os conflitos, a delinquências, os delitos de todos os gêneros e espécies possíveis surgem com naturalidade e o Estado deve está preparando para este enfrentamento não só com repressão, mas, com prevenção e inteligência. O tempo e as atrocidades sociais inevitavelmente faz

crescer o sentimento de maior necessidade de controle social, de mais penas aos transgressores.

Neste campo sombrio, entre o pavor do povo e a omissão do Estado, cresce o populismo penal, ineficiente e covarde, é um veneno mortal ao estado democrático de direito e as garantias fundamentais. Pois tira proveito de duas situações de extrema gravidade, de um lado os presos trancafiados nas masmorras estatais em situação subumana, de outro, a população que não suporta mais os horrores de um País que produz 60 mil homicídios ano e incalculável prejuízos gerados pelos crimes contra o patrimônio. A solução é sempre mais pena e menos condições para seu cumprimento das mesmas, respondendo ineficazmente e irresponsavelmente a tamanho problema.

A Teoria absoluta ou retribucionista, segundo a corrente que a defendia e/ou defende, a pena teria unicamente caráter retributivo, era o castigo apenas o objetivo do Estado, esta visão estalou o caos em muitos Países que correm atrás do prejuízo, como o Brasil, que embora adota uma teoria que manda punir, prevenir e ressocializar o transgressor, mas apenas pune.

Na Teoria da prevenção geral – a pena teria como função desencorajar os homens a pratica de crimes, era preventiva em sua essência. A pena emitia uma mensagem pela qual o cidadão livre via a liberdade como algo muito vantajoso e honroso a si, por esta razão não deveria praticar crimes. Dizia-se que os proveitos do crime não compensavam, melhor seria abdicar da vontade delinquente que ter que enfrentar as penas. Um de seus defensores foi BECCARIA; dentre outros.

A Teoria da prevenção especial- esta teoria direcionava a pena na pessoa do criminoso. A pena deveria provocar um efeito forte e unicamente corretivo, capaz de desencoraja-lo a prática de novos crimes. Não se importava com a prevenção ou recuperação do criminoso, a preocupação era apenas puni-lo forte o suficiente para demovê-lo da vontade de delinquir. Defendida por LOMBROSO dentre outros.

A teoria mista ou unificadora – esta teoria é um misto entre as teorias absoluta e relativa da pena, buscava através desta mistura de teorias alcançar o porto intermediário, uma teoria que o unificasse os elementos positivos da duas teorias já citadas, dando origem a uma terceira teoria, esta, eclética; nem retributiva e nem relativa, um nível intermediário entre as duas. ROXIN foi um crítico ferrenho

desta teoria, alias, foi crítico de todas e qualquer teoria que tenha a pena apenas como retribuição ou punição; defendia o caráter preventivo da pena.

A Teoria da prevenção geral positiva – fazia oposição a teoria da prevenção geral negativa; a teoria geral positiva, criticava o fracasso da prevenção negativa, a caráter punitivo negativo da pena, não cumpria o papel de prevenir desencorajando, não teria alcançado seus objetivos. Para esta teoria, lei teria o caráter preventivo sobre os não-criminalizados, vez que seus tipos e suas penas cominadas, já seriam o suficiente para formar uma consciência não delinquente, os efeitos negativos da pena, aplicada já sob o homem após delinquir, não estaria surtindo os efeitos desejados. A coação psicológica da pena deveria ser substituído pelo caráter conscientizador, orientador social da pena; não meramente punição como prevenção. Defendida por GUNTHER entre outros.

Alexandre Salim citando Amilton Bueno de Carvalho, nos trás: “saliente-se que "A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados" (CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Saio de. Aplicação da pena e garantismo, 2002, p. 19).”

Após analisar estas teorias, é preciso saber: o que esperamos da pena ? Apenas punir por punir ? Punir como prevenção ? Ou punir, prevenir e ressocializar ? É preciso não só dizer isso com lei, é preciso dizer e efetivar o que diz com ações em segurança pública, educação, casas albergues, projetos que possibilite ao sentenciado após cumprir sua pena um novo começo. Rotular quem praticou um crime e independentemente de sua gravidade, como inimigo do Estado e ameaça social é um grande erro e isso tem feito o Brasil não reduzir criminalidade. Pois aqui não existe ex-criminosos, os que caem na delinquência lá ficarão, inviabilizando com isso a redução da criminalidade e reabilitação dos egressos, os punindo duplamente por seu passado e pelo fato presente, a cada novo evento penal.

Os homens são julgados por seu passado, o presente é apenas uma confirmação e conformação da visão sanguinária dos adeptos da filosofia barata do “



fez uma fará mil”. As punições e agravamento das penas por análise subjetivas é uma violação brutal, o homem que hoje não é mais mero objeto do processo, é sujeito de direitos e titular de sentimentos de respeitabilidade. Não é um erro, dois ou três que vai despir estas pessoas das proteções fundamentais constitucionais, que lhes garante respeito e dignidade como pessoa humana que é, embora em errante, e por seus erros deve pagar de forma digna e humana.

Não pode o julgador aplicar pena como aplica castigo a seus filhos, momento sendo benevolente, ora sendo duro demasiadamente. Penaliza por forma vaga, discricionária, subjetivas e genéricas, viola a segurança jurídica e a coisa julgada. As circunstâncias judiciais genéricas são malélicas ao preso e ao estado democrático de direito, bem como a sociedade e ao juiz legalista. Só atendendo tal prática aos anseios arbitrários daqueles que chegam a pensar que a toga bem que poderia ser azul e com um S de super bem grande, ao invés de preta. O bom juiz, o magistrado por vocação, jamais aceitará de bom grado ser um violador de garantias fundamentais constitucionais humanos. Direitos e garantias forjados nas lutas e lavado com sague em cada revolução.

## **CAPÍTULO IV**

### **4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DA PENA**

#### **4.1 Princípio da igualdade ou isonomia**

A palavra princípio já nos remete a ideia de início, fundamento, origem. Pois bem, no Estado Constitucional de Direitos, os princípios ganham força por serem não só elementos de conexão e de interpretação normativa, são acima de tudo, valores orientadores, norteadores de todos o sistema normativo que lhe deve obediência estrita a seus princípios e valores, sob pena de inconstitucionalidade. Este princípio foi consagrado pela Constituição federal no seu artigo 5º caput e em seu inciso I, vejamos:

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. I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; CRFB/88.

O princípio da Isonomia e da Igualdade não deve ser aplicado de forma restrita, e sim em seu mais amplo sentido, em respeito a máxima efetividade das normas e princípios constitucionais. Pois, somente haverá igualdade ou isonomia quando houver tratamento igual entre iguais e desiguais para com os desiguais. Por outro lado, haverá flagrante desigualdade se proporcionarmos tratamento igual a desiguais. Para CINTRA, 2004, o princípio da igualdade ou da isonomia seria assim abordado:

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art 5º, caput, da Constituição, brota o princípio

da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões. (CINTRA, 2004, p.53).

Perfeito o pensamento de Pellegrini, esse seria o caminho a ser trilhado para começarmos a acender a luz no final do túnel. Pois bem, é notória esta desigualdade, o juiz e o Ministério Público atuam em uma única direção e isso fica muito claro em qualquer audiência de instrução e julgamento, onde se vê Promotor e Juiz a utilizar de forma arbitrária e abusiva o princípio da verdade real para encontrar o máximo de culpa no réu; não é caso raro as testemunhas de defesas serem ameaçadas de prisão e ou acusadas de estarem mentindo em juízo pelo fato de irem lá cumprir a missão que lhes cabe como testemunhas de defesa, levar informações em favor do réu, claro, informações verdadeiras sobre os fatos. Se o contrário ocorresse, seriam testemunhas de acusação e não de defesa. Mas, temos a impressão que tudo que é dito em favor do réu em juízo ou em Delegacias, goza da presunção de mentira absoluta até prova em contrário e tudo que incrimina o réu ganha contorno de verdade absoluta.

Veja que caberia ao Ministério Público como titular da ação penal não só a missão de acusar o réu, caberia ao MP também, como fiscal da lei, a missão de garantir o respeito a Constituição e aos Direitos Humanos fundamentais do réu; fazer valer seus direitos e buscar apenas a verdade dos fatos, garantias muitas vezes violadas com sua participação e colaboração. É fato incontestável a política do cárcere defendida pelo judiciário e pelo Ministério Público, não é atoa que implodiram o sistema carcerário brasileiro e produziram a terceira maior população carcerária do planeta. Voluntariamente o Ministério Público tem abdicado do seu papel de fiscal da lei e se convertido em uma espécie de vingador social.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas afirma em seu artigo 1º: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade."

Segundo leciona Nucci (2014, p. 24), " não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. E continua: " Assim, o justo é fixar a pena de maneira

individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido.” Como isto seria possível de ser feito por critérios subjetivos ? Valorando conduta, maus antecedentes, personalidade do agente e seus antecedentes. A pena justa brotaria do senso de justiça discricionária do juiz, de sua visão quase sempre discriminatória e impiedosa para com os sentenciados penais.

Segundo MARTINS (2017, p. 18) “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CRFB/88)”; então cabe ao Poder Judiciário intervir sempre que houver lesão ou ameaça a direitos ( art. 5º, XXXV da CRFB/88), para assegurar ao réu-cidadão, pelo menos é assim que devemos trata-lo antes de perder seus direitos políticos, e mesmo após, continua sendo sujeito de direitos e amparado como pessoa humana que é. Igualdade é garantir em Direito Penal anterioridade da lei e previa cominação legal, vedando o subjetivismo. Conforme dispõe o Art. 1º do Código Penal e ainda previsto no art. 5º, XXXIX e XL da CRFB/88 e no art. 1º do Decreto Lei 3. 914/1941 ( Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais), ainda previsto nos arts. 2º e 3º, CPP e por ultimo, no art. 61º da Lei 9.099/1995 ( Lei dos Juizados Especiais). (BARROS, 2016, P. 27). As normas fundamentais são de aplicação imediata, CRFB/88 (art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata).

#### **4.2 Princípio da legalidade**

De acordo com o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em outras palavras, podemos dizer que o princípio da legalidade é uma verdadeira garantia constitucional e na esfera penal, uma garantia que ninguém será penalizado sem lei prévia determinando o crime e a pena. A Carta política da República ainda traz: art. 5º, inciso XXXIX da CF revela que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” ( CRFB/88, art. 5º, XXXIX ). Valorar a pena por ato de vontade motivada, mesmo que crie uma fração de pena entre a máxima e a mínima, mas, levando-se em conta fatos já punidos, é dupla punição.

Para Almeida (2012, p. 20), “o princípio da reserva legal somente a lei em seu sentido mais estrito, emanada do Congresso Nacional, pode definir crimes e cominar penas. Assim, um fato só poderá ser considerado crime quando estiver previsto expressamente em lei, de modo que nenhum outro ato ou órgãos poderá usurpar a função incriminadora reservada apenas a lei em sentido estrito.”

O Código Penal Brasileiro, traz em seu artigo de abertura o princípio da legalidade, vejamos: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).”

Lazarinni Neto (2016, p.6) citando vários autores na sua explanação sobre o princípio da legalidade, assim leciona:

Conforme assevera Montesquieu, citado por Miguel Reale Junior, com relação ao conceito de princípio de legalidade ou reserva legal, “ as bocas da nação não são mais do que as bocas pronunciadas da lei”(…). “ Com o império da lei, garante-se a supressão do arbítrio e da opressão”. Nas palavras de Néelson Hungria, para justificar a grande importância desse princípio, *habemus legem*, “ não há direito penal vagando fora da lei escrita”. É um sistema fechado, taxativo, que não admite lacunas nem o costume, somente o princípio geral da legalidade rígida.

Lazarinni Neto (2016, p.7) ainda falando sobre o princípio da legalidade, cita César Roberto Bittencourt, que sustenta que é uma forma de efetiva limitação ao poder punitivo estatal.” É um imperativo que não admite desvios, nem exceções e representa uma conquista de consciência jurídica que obedece às exigências da justiça. Somente os regimes totalitários o tem negado.”

Os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais abordados traduz uma das formas de proteção dos homens e de seus direitos fundamentais contra abusos supervenientes praticados pelo Estado e seus agentes. O princípio da Legalidade é uma grande proteção constitucional aos direitos individuais, coletivos e sociais, aqui com ênfase quanto aos direitos na esfera penal e processual penal como garantidor de justiça e dignidade a todos os homens, mesmo aqueles que ingressarem na vida do crime, a estes também é devido respeito e direitos.

#### **4.3 Princípio da anterioridade da lei penal**

Conforme se extrai no Art. 1º do Código Penal Brasileiro, “não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal.” Previsto ainda no art. 5º, XXXIX e XL da CRFB/88 e ainda no art. 1º, Dec-Lei 3.914/1941 ( Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei das Contravenções Penais, “Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas. alternativa ou cumulativamente.”). Também encontra-se normatizado nos arts. 2º e 3º do CPP, Vejamos: “ Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior e Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Segundo Nucci (2014, p.21)“ Um lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a um fato concreto, caso tenha tido origem antes da prática da conduta para qual se destina.” Para GONÇALVES, apud “Roxin destaca duas importantes funções do princípio da anterioridade da lei penal ( princípio da vedação das leis penais materiais ex post facto) e do princípio da reserva legal ( princípio que proíbe a criação de leis “ad hoc”). Vejamos:

É o princípio da vedação das leis penais materiais ex post facto, ou o princípio que proíbe a criação de leis ad hoc, feitas de acordo com o caso concreto, para acalmar estados de ânimos e excitações políticas indesejáveis, isto é, leis elaboradas devido a emoção do momento, e, por isso, inadequadas no seu conteúdo e indesejáveis pelo Estado de Direito.” ( Claus Roxin apud GOMES, 2003. P. 34).

A história da pena e da justiça é uma narrativa constante da humanidade. Na busca da justiça ideal e da pena justa o homem promovia a vingança privada como forma de justiça e matava famílias inteiras como forma de pena justa. A pena muitas vezes era uma reprodução da própria conduta do agente a ser punido, pois, homicidas eram apenado com a morte. O “furto ou o roubo” eram punidos com o corte das mãos ou por marcas a ferro quente no corpo para identificar o autor como sendo o agente praticante da conduta punida e todos que o via lhe punia constantemente, replicando a pena no tempo, o punido a vida inteira pelo fato do

passado. A língua dos blasfemadores eram geralmente cortada em reprimenda. As penas ou castigos, eram demasiadamente desproporcionais.

Assim, ressalvada a relevância que possui para o Direito Penal, o Princípio da Legalidade Penal ou o *nullum crimen, nulla poena sine lege* está previsto no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, enquadrado no rol de direitos e garantias fundamentais, que, juntamente com outros princípios, expressos e implícitos nesse artigo, formam o conjunto de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito, pois “têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal *mínimo* e garantista” (BITENCOURT, 2002. p. 09).

O tempo não foi o suficiente para fazer nascer o comodismo com o caos, com as crueldades do cárcere. Ainda hoje se questiona os meios de obtenção de provas e a eficiência científica e de inteligência das investigações criminais no Brasil, não seria exagero cogitar a existência da tortura e outros meios espúrios usados para obter confissões de agente delinquentes; é bem verdade, que no Brasil, o investigado ou processado é sempre “convidado” a produzir a própria culpa.

O “olho por olho e dente por dente” ditava as regras. O Talião encontra fundamento na Bíblia e na fúria opressora natural do próprio homem; como previsto em (BÍBLIA, Êxodo 21:23-25), vejamos: “Mas se houver morte, então darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe”.

Para Gonçalves (2005, P. 14): “As ações humanas passíveis de reprovação penal que sujeitem o indivíduo a restrições à liberdade ou outras medidas de caráter repressivo devem estar previstas expressamente em lei vigente à época do fato e de cujo conteúdo tenha sido dado conhecimento público a todos quantos se achem sob jurisdição do Estado” .

A pena como retribuição as condutas indesejadas é interesse e preocupação do homem e da sociedade desde que o homem se agrupou e passou a viver em comunidade como forma de segurança e de garantias mínimas de sobrevivência, passando a ter interesse não só na paz, outrossim, na justiça. Encontrar o ponto de equilíbrio entre o injusto praticado e a pena justa a ser aplicada é o grande desafio

da humanidade e principalmente do magistrado; temos que reconhecer que julgar não é tarefa fácil e o juiz como homem que é falível.

Com a violência galopante, é cada vez mais comum o populismo penal, os discursos que buscam nas dores do povo, votos. A pouco tempo na Indonésia foi eleito seu Presidente atual prometendo exterminar usuários e traficantes. No Brasil, as propostas para o problema é sempre mais leis, mais penas, menos garantias e menos ainda direitos fundamentais. Uma cultura extremamente perigosa se forma em nossa sociedade, pois, foi justamente este sentimento que promoveu as piores e maiores tragédias humanitárias do planeta.

Forma-se um Estado do medo e diante da perplexidade social surge um legislativo oportunista e impiedoso que legisla atendendo a clamores sociais; que não suportando mais o odor dos corpos e de sangue que escorre nas ruas do País constroem o caminho para a paz social acima de uma pauta de extrema violência e violações. Daí a importância do princípio da legalidade em sentido estrito e de anterioridade da lei definindo crimes e penas, trata-se de uma garantia contra este desserviço populista prestado por legisladores e mídia que promovem o estado de ânimos e desperta o desejo vingador social contra os encarcerados. Após cumprirem suas penas, o sentimento é de constante ameaça e de exclusão social.

A medida certa de pena será sempre buscada na civilidade dos povos em cada época, sua cultura e seus costumes. A Bíblia ainda nos traz: “Quando também alguém desfigurar o seu próximo, como ele fez, assim lhe será feito: Quebradura por quebradura, olho por olho, dente por dente; como ele tiver desfigurado a algum homem, assim se lhe fará (Levítico 24:19-20).” As colônias da América Latina sofreram uma forte influencia do direito canônico, não podemos negar a grande evolução de nossa jovem República teve, porém, não podemos esconder os raízes e cultura autoritária, discriminatória, segregacional e cruel que ainda afeta o nosso judiciário, principalmente na área penal. Até pouco tempo tínhamos o Código de Menores, esta legislação tinha a internação como regra, imagina o olhar que se tinha para um criminoso em idade adulta, já que, adolescentes eram vistos desta forma.

A pena era vista como retributiva e única forma de manutenção da ordem naquela sociedade em transição. Já começava a reavaliar a finalidade da pena e de seu caráter preventivo e corretivo; a pena nas idade média era geralmente um



espetáculo público como forma preventiva buscando desencorajar os demais membros daquela sociedade de práticas delituosas.

A conduta reprovável quase sempre ensejava a morte do agente, pois a pena de morte era vista como remédio eficaz para quase todos os males. As penas eram de extrema e pouco ou nada se falava ou se resguardava de direitos aos apenados. Não havia proteção aos direitos fundamentais dos homens e não se cogitava da dignidade da pessoa humana; o preso era mero objeto do processo ou da inquirição.

A seu tempo e a seu modo a pena continua sendo um espetáculo público, testemunha disto são os programas policiais nos rádios, TVs e blogs, que diariamente violam a presunção da inocência, o direito a imagem, a intimidade e vida privada, apresentando como culpado que ao menos foi submetido ao processo.

A Revolução Francesa e outras revoluções despertariam o alvorecer de tempos novos, porém, foi na primeira e na segunda grande guerra mundial que a humanidade teve exposto o seu poder de destruição, crueldade e desprezo pela vida humana. Vislumbrou-se a necessidade de proteger estes direitos fundamentais não apenas das arbitrariedades estatal, era necessário mais uma vez proteger o homem de si mesmo. A teoria de Hobbes mais uma vez se confirmaria no tempo, o homem é um ser transgressor de regras por natureza e a ausência de controle social rígido e eficaz sempre será um caminho para o caos social.

A carnificina das guerras obrigou a humanidade a rever seu conceito sobre legalidade e direitos humanos. As correntes positivistas perderam força ao passo que as maldades humanas eram feitas na forma da lei. Adolf Hitler matava em nome da lei e soldados atiravam em crianças agasalhados no estrido cumprimento de um dever legal. Estima-se que pelo menos 6 (seis) milhões de pessoas foram mortas de forma brutal nos campos de concentração e tudo isso na estrita legalidade, a lei que sinônimo de segurança começa a ser vista como promotora em alguns casos, de atrocidades legais, como informado por FONSECA, 2014.

A este momento já se questionava que tipo de garantias o positivismo conferiu aos homens já que não conseguiu evitar tamanha atrocidade. Começa-se a perceber que estas garantias não brotam da lei e só poderia haver a garantia de que nunca mais o mundo assistiria tamanha atrocidade se conseguem os homens de

ontem e os de hoje, ensinar a seus filhos o valor sagrado da vida, da liberdade, da propriedade, da família e da paz em comunidade como bens universais. Só estes sentimentos são capazes de garantir as gerações futuras e as de hoje que não assistirá a um novo holocausto.

O mundo começaria a debater a constitucionalização dos direitos humanos como forma de dificultar sua violação. Os Estados Nacionais via esta medida como forma de maior robustez na proteção das garantias fundamentais humana. Os direitos fundamentais, sociais e políticos são direitos humanos constitucionalizados como forma de maior garantia e proteção aos homens em qualquer tempo. O mundo não pode descuidar, a violência galopante nasce de um sentimento de impiedade e de desprezo pela vida desenvolvido no seio da sociedade moderna que passa a ser produtora e vítima de suas próprias desgraças.

Nas redes sócias as pessoas vibram à cada detento decapitado em presídios e involuntariamente deixam externar sua essência violenta, sua ferocidade e desprezo pela vida humana, sentimento que transforma todos aqueles que se alegram com a carnificina, em potenciais violadores da ordem social. Quem se alegra com a violência, é adepto desta.

A violência em que estamos mergulhados diz mais sobre a sociedade do que sobre os criminosos trancafiados; porque estes são frutos desta. Os índices assustadores de homicídios é o retrato de uma sociedade desumana e violenta, que é impiedosa com os detentos e com seus vizinhos; que deixou de amar e de se comunicar com seu próximo, que aprendeu dois caminhos para dirimir conflitos, os processos ou a “ justiça com as próprias mão.” Que perdeu a capacidade de dialogar.

O garantismo nos remete não só ao princípio da legalidade, mas, é apresentado como anulador do arbítrio do Estado e do próprio homem. Nos remetendo a buscar a valorização, proteção e ampliação dos direitos e garantias fundamentais do homem como valores sagrados pertencentes a humanidade. Ferrajoli (2010) nos aponta o quanto essencial para a justiça e para o cidadão o é este princípio de valor humano e garantidor da paz. Também nos ensina Oliveira ( 2011, P. 62) apud, Santo Tomás de Aquino:

Santo Tomás de Aquino ensina profusamente que punir é ato de justiça, no sentido de restaurar a ordem pervertida pelo crime. Diz o mestre da ordem: "Através da pena a igualdade da justiça é reparada". "A igualdade da justiça é reintegrada pela compensação da pena". "a pena é necessária para reintegrar a igualdade da justiça". O fim recompensador visa restabelecer, portanto, a igualdade da justiça. Do desequilíbrio provocado pela injustiça, passa-se à equipendência da própria justiça, assentada em dois supostos fundamentais: a correlação entre culpa e pena e a proporcionalidade na representação jurídico-penal. [...] A sanção penal deve ser proporcionada a cada tipo legal de crime (princípio da proporcionalidade), e à gravidade da culpa (princípio da individualização da pena), conforme dita a Constituição e o Código Penal. É de sentido comum que a reação não pode ser desproporcionada à ação. Por razões de justiça e pelo próprio sentido de equidade, o Estado, em qualquer política punitiva, não pode privar os condenados de um bem maior para promover um bem menor.

No Estado Democrático Constitucional de Direitos a observância não só da legalidade, mas, de todas as normas e princípios regentes do ordenamento constitucional significa garantias aos direitos do cidadão e freios aos possíveis abusos que vierem a ser praticados pelo Estado.

O mestre Ferrajoli ainda nos deixa a seguinte lição sobre o princípio da legalidade: "não há espaço para imposição de pena, sem antes verificar a comissão de um delito e que este esteja tipificado em lei". O princípio da legalidade é a base do Estado de Direito, pois, a lei e sua fonte principal; e se tratando de Direito Penal, esta exigência se acentua, em virtude da importância dos bens jurídicos que o mesmo tutela; no direito penal, todo subjetivismo é maléfico. Ferrajoli (2010, P. 64).

#### **4.4 Princípio da proporcionalidade**

É forçoso a início fazer breve consideração sobre à importância do princípio da proporcionalidade para o direito de forma ampla e irrestrita, e em especial, ao direito Penal por ser um princípio irradiador de justiça e limitador dos exageros que poderão ocorrer na aplicação da pena no momento da análise dos elementos subjetivos agravantes e atenuantes. Este princípio não busca obrigar ou limitando a discricionariedade do Magistrado, mas, alerta-lo sobre o bom-senso e a ponderação que deve ter para promover a boa justiça.

O princípio da proporcionalidade é inegavelmente limitador da força descomunal do Estado que muitas vezes retira o segundo maior bem do homem, sua liberdade. O Estado Constitucional de Direito não admite abusos e por isso trás

direitos e garantias quanto ao exercício destes direitos sagrados. Se faz necessário garantir aos cidadãos indistintamente, presos ou soltos, seus direitos resguardados invioláveis. É preciso garantir ao cidadão um processo justo, onde ele conheça as regras e penalidade possivelmente aplicáveis ao caso previamente; não pode a pena ganhar os contornos de outrora, de oráculos que só o juiz o ouvi.

A Constituição Federal de 1988 não por ilustração ou mera programação textual, tem no seu Art. 5º uma imensa teia de garantias e direitos ao longo dos seus incisos e alíneas e muitos outros espalhados em seu corpo fixo e no ADCT. A Carta da República é Carta de proteção e garantias de direitos fundamentais, traça um caminho que possibilite ao Estado o monopólio da pena e de dizer o direito em harmonia com seus valores, não as margens disto. Não há direito positivo fora do Estado, em razão disso se quer podemos falar em direito privado, pois trata-se de mero discurso acadêmico. Tendo em vista que todo direito é produção estatal e por este aplicado. Todo direito é público, até mesmo os que regulam as relações privadas, como o Direito Civil. Assim como todo direito é direito constitucional, a denominação ramo, nos remete a um tronco, que é a Constituição.

A força estatal encontra limites na teoria da limitação das limitações, onde garantias, princípios e direitos fundamentais não se chocam, não se anulam ou se sobrepõe, apenas se completam no caso concreto ou sedem lugar uns aos outros, resolvendo o caso concreto e mantendo sua total eficácia. Isto significa que a Carta Política garante ao cidadão o direito de ir e vir; porém, é garantido ao Estado restringir este direito fundamental para garantir a ordem pública, a paz social e integridade do réu ou de terceiro. Garante a vida, porém, assegura o aborto legal previsto no art. 128 do CP. O aborto necessário e aborto humanitário, restringindo a vida.

Assim como se mitiga o valor absoluto da vida pela legítima defesa, pelo estado de necessidade e o estrito cumprimento de um dever legal, se permite abater aviões que espaço Brasileiro e até mesmo a pena de morte em tempos de guerra declarada é assegurada. Não existe direito absoluto no nosso ordenamento pátrio. Estado e cidadão tem direitos e obrigações e devem respeito recíproco. A relativização destas garantias sejam elas do Estado ou do cidadão, encontrar limite no razoável, no proporcional e no legal, na Constituição e no bom senso do julgador.

Para CAPEZ (2017, P. 37), o princípio da proporcionalidade além de encontrar assente na imperativa exigência de respeito à dignidade da pessoa humana, tal princípio aparece insculpido em diversas passagens de nosso texto Constitucional, quando abole certos tipos de sanções ( art. 5º , XLVII ), exige individualização da pena ( art. 5º, XLVI), maior rigor para casos de maior gravidade ( art. 5º, XLII, XLIII e XLIV), e moderação para infrações menos graves ( art. 98, I). Baseia-se na relação custo-benefício.

Nucci (2014, p.29) leciona que o princípio da proporcionalidade significa dizer, que as penas devem ser harmônicas à gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa.

O legislador brasileiro, por não adotar uma política criminal definida, comete vários deslizes no cenário da proporcionalidade ao cominar penas muito brandas ou excessivamente severas a determinados casos. NUCCI (2014, p. 29)

Para CAPEZ (2017, p. 38), seria necessário portanto, para que a sociedade suporte os custos sociais de tipificações limitadoras da prática de determinadas condutas, que se demonstre a utilidade da incriminação para defesa do bem jurídico que se quer proteger, bem como a sua relevância em cotejo com a natureza e quantidade de sanção cominada.

SALIM e AZEVEDO (2017, p. 69) apud FABIO ROCHE, que afirma que do princípio da proporcionalidade se destacam três importantes acepções: "P) princípio da proporcionalidade como "princípio geral do Direito, na medida em que impõe ao operador do Direito a busca incessante pelo equilíbrio entre os interesses em conflito"; 2') princípio da proporcionalidade como "limite dos limites aos direitos fundamentais"; 3•) princípio da proporcionalidade "como critério estrutural para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais, vinculante para o legislador" (AZEVEDO, 2011, p.117-119).

GRECO (2016, p. 157) apud FRANCO sobre a proporcionalidade, nos traz a seguinte lição: "O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em

perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)."

SALIM e AEVEDO (2017, p. 70) apud ROQUE, sobre afirma: "o PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE como (PROIBIÇÃO DO EXCESSO) No escólio de Fábio Roque Araújo, afirma:" a "proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados". Ainda no dizer de Fábio Roque, se destacam três importantes acepções: P) princípio da proporcionalidade como "princípio geral do Direito, na medida em que impõe ao operador do Direito a busca incessante pelo equilíbrio entre os interesses em conflito"; 2') princípio da proporcionalidade como "limite dos limites aos direitos fundamentais"; 3•) princípio da proporcionalidade "como critério estrutural para a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais, vinculante para o legislador" (AZEVEDO, 2011, p.117-119).

GRECO (2016, p. 42) apud Saio de Carvalho, nos contempla com a seguinte lição: "A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli

denominam de esfera do não decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do 'bem comum'. Os direitos fundamentais- direitos humanos constitucionalizados - adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.”

#### **4.5 Princípio da individualização da pena**

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XLVI, preconiza o liames da individualização da pena, vejamos:

Art. 5º [...]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.

Segundo Almeida (2012, p. 26), o princípio da individualização da pena, busca dizer exatamente de que forma cada autor do delito participou e qual a medida de sua responsabilidade. Vejamos:

É aquele que determina que a pena seja individualizada para cada autor do crime, levando-se em consideração as circunstâncias do fato praticado e as condições pessoais do agente. Está previsto no art. 5º ,XLV, da CF, e ocorrerá em três momentos: a) na cominação, quando o legislador estabelece no texto da lei a espécie e quantidade de pena para infração penal, que deverá ser proporcional a gravidade do fato criminoso; b) na aplicação, na qual o juiz procederá à fixação da pena, estabelecendo na sentença condenatória a quantidade de pena imposta, dentre os parâmetros mínimo e máximo descritos em lei, levando-se em consideração as circunstâncias judiciais ( art. 59, CP), dentro dos parâmetros mínimo e máximo descritos em abstrato; e c) na execução, em que o juízo da execução penal e os órgãos penitenciários individualizarão a pena de acordo com a natureza do delito, o sexo do condenado, a idade, etc.

Doutrina e jurisprudência criaram a possibilidade de exasperação da pena-base feita através de fundamento idôneo quanto a análise das circunstâncias judiciais, como afirma o julgado abaixo. Vejamos! Idôneo, segundo nos trás o dicionário, é um adjetivo e significa adequado, próprio, que convém perfeitamente. Então este juízo de valoração para exasperar a pena, deve ser feita no caso concreto pelo juiz e apenas faça de forma adequada ao caso que esteja julgando,

nada, além disto; seria como fazer redação, onde o candidato estará vinculado ao tema.

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, 28 de setembro de 2017, 3ª Câmara Criminal. Apelação - Nº 0035082-60.2015.8.12.0001 - Campo Grande. Relator – Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa

**E M E N T A** – ANTONIO ELIAS NAPOLEÃO – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO – PRETENDIDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE – ACOLHIDA EM PARTE – CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS – DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Com exceção das circunstâncias do crime considerada acertadamente desfavorável ao apelante, pois o delito foi cometido durante o cumprimento do sursis, as demais moduladoras devem ser expurgadas da dosimetria da pena, porquanto a fundamentação revela-se inidônea, já que demasiadamente genérica, sem qualquer análise pormenorizada ou indicação de fatores concretos aptos a legitimarem a exasperação da reprimenda, malferindo os mais comezinhos princípios e vertentes jurisprudenciais que orientam a aplicação da pena, conforme esta Corte reiteradamente vem decidindo em feitos originados do juízo de origem. II - Mesmo que o réu tenha sido beneficiado pelo sursis (suspensão condicional da pena) quanto à condenação penal irrecorrível anterior, este será considerado reincidente se praticar novo crime, desde que obedecido o art. 64 do Código Penal.<sup>7</sup>

NUCCI (2016, p. 415), nos traz a seguinte lição sobre o princípio da individualização da pena: “ adota a lei processual penal um cenário muito similar à individualização da pena, calcada no art. 68 do Código Penal. Afinal, exige-se que o juiz leve em conta características pessoais do indiciado ou acusado para estabelecer medidas restritivas à sua liberdade. A providência é salutar, considerando-se que, desde o início da persecução penal, começa o magistrado a colher dados úteis para conhecer a pessoa a ser julgada.”

Ainda quanto à individualização da pena, segui NUCCI, ( 2016, p. 448) “Dessa forma, é completamente incoerente – e inconstitucional – vedar, sem qualquer justificativa plausível e sem o estabelecimento de requisitos a serem

---

<sup>7</sup>JT-MS. **Apelação** - **Nº 0035082-60.2015.8.12.0001**. Disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MS/attachments/TJ-MS/APL\\_00350826020158120001\\_58ab0.pdf?Signature=AGvgTsEupVivDIJaiAcl3hyzR3c%3D&Expires=1510885645&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=0908e188da2045de091cc3d7b10add6c](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MS/attachments/TJ-MS/APL_00350826020158120001_58ab0.pdf?Signature=AGvgTsEupVivDIJaiAcl3hyzR3c%3D&Expires=1510885645&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=0908e188da2045de091cc3d7b10add6c).



preenchidos na situação concreta, a liberdade de quem está aguardando o deslinde do seu processo criminal. Valemo-nos do mesmo argumento já utilizado em nossa tese *Individualização da pena*: se a Constituição Federal menciona que a lei *regulará* a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), é natural que *exista* a referida individualização.”

Na mesma direção, continua NUCCI, (2016, p. 508) afirmando: “ Maiores detalhes, expomos em nosso livro *Individualização da pena*. Conferir: STF: “As agravantes, ao contrário das qualificadoras, sequer precisam constar da denúncia para serem reconhecidas pelo Juiz. É suficiente, para que incidam no cálculo da pena, a existência nos autos de elementos que as identifiquem.”

Nesse sentido é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do seguinte julgado:, " Ao ,individualizar a pena, o juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar os critérios do. art. 59, as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, para ao final impor ao condenado, de forma justa e fundamentada, a quantidade de pena que o fato está a merecer".

Vejamos a Súmula Vinculante nº 26 do STF. “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei na 8.072, de 25 de julho de 1990, 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.”

DOSIMETRIA. AÇÕES PENAIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE . PRESCRIÇÃO. RENÚNCIA AO DIREITO DE QUEIXA. ABSOLVIÇÃO. DESCABIMENTO DE CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.1. Esta Corte Superior tem entendido que não pode ser considerado, para caracterização de maus antecedentes, a existência de ação penal em que o acusado foi absolvido, ou teve a sua punibilidade julgada extinta pela prescrição da pretensão punitiva ou renúncia ao direito de queixa.2. Ordem parcialmente concedida para afastar da condenação o aumento de pena em razão da majorante do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, bem como o aumento operado em razão dos maus antecedentes não verificados, fixando-se a sanção do paciente

definitivamente em 9 anos de reclusão, mantido, no mais, o acórdão combatido”.<sup>8</sup>

Nesta fase o Magistrado atendendo ao que dispõe o art. 68 do Código Penal Brasileiro, atendendo às chamadas circunstâncias judiciais, para em seguida, analisar as circunstâncias atenuantes e agravantes; e ao final, as causas de minoração ou majoração da pena, fixará a pena-base e o regime de cumprimento da pena segundo suficiente e necessário. Esta análise será feita na aplicação da pena, competindo ao Juiz a individualização da pena, retirando-a do plano abstrato e a convertendo em pena em concreto, observando a seguinte sequencia lógica: (cominação/ legislador) fase em abstrato, (aplicação da pena/ juiz), aplicação em concreto, tentando-se evitar os erros apontados nas jurisprudências juntadas acima.

#### 4.6 Princípio do *ne bis in idem*

O princípio do *No Bis In Idem* encontra amparo no ordenamento jurídico Constitucional. Segundo parte significativa da doutrina ele estaria previsto tacitamente no CP em seu artigo 8º, que trata do calculo da pena e sua previsão de atenuação da mesma. Ainda está previsto no art. 42 do CP, tratando da detração da pena.

PRADO (2008), afirma que tal princípio é princípio limitador do Estado, evitando-se mais de uma punição pelo mesmo fato. Vejamos :

O princípio *ne bis in idem* ou *non bis in idem* constitui infranqueável limite ao poder punitivo do Estado, Através dele procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como o agravante – pelo mesmo fato (a dupla punição pelo mesmo fato (PRADO, 2008, p.148).

Ainda segundo PRADO (2008, p. 148), falando sobre o Código Penal Brasileiro, afirma que o princípio está contido de forma indireta nos artigos 8º e 42 do CP. E faz breve comentário sobre a pena cumprida no estrangeiro, conforme prevista no

---

<sup>8</sup> STF. HC 118.719/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/13587261/pg-1999-superior-tribunal-de-justica-stj-de-15-06-2010>.

artigo. 8º. Vejamos: “ A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.”

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. CONCURSO DE AGENTES. USO DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO. UTILIZAÇÃO DE UMA CAUSA DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL, E A OUTRA NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE bis in idem. PRECEDENTES DO STJ.

[...] 1. Inexiste ilegalidade na majoração da pena-base acima do mínimo legal, pois o Julgador se utilizou de uma das causas de aumento da pena no crime de roubo (utilização de arma de fogo) como circunstância judicial do art. 59 do CPB (a revelar maior censura de sua conduta), relegando a outra (concurso de agentes) para a terceira fase da dosimetria da pena, inocorrendo, assim, bis in idem [...] 2. A jurisprudência desta Corte e do colendo STF admite que, reconhecidas duas ou mais qualificadoras, uma enseje o tipo qualificado e a outra circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial.(REsp. 831.730/DF, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, 5T, DJU 09.04.07 e HC 71.293/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 18.08.95).<sup>9</sup>

Em análise ao Código Penal Brasileiro: "a reincidência, além de agravar a pena do (novo) delito, constitui-se em fator obstaculizante de uma série de benefícios legais, tais como a suspensão condicional da pena, o alongamento do prazo para o deferimento da liberdade condicional, a concessão do privilégio do furto de pequeno valor, só para citar alguns". (CARVALHO, 2001, P. 32).

Esse duplo gravame da reincidência, conforme Streck, é antigarantista, sendo, á evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu componente estigmatizante, que divide os indivíduos em aqueles que aprenderam a conviver em sociedade e aqueles que não aprenderam e insistem em continuar delinqüindo.

---

<sup>9</sup> STJ, HC 70.594/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/29017583/roteiro-de-atuacao-dosimetria>.

Como bem lembra PASSENTI (2004, p. 23), "os reformadores do sistema penal, há mais de século, não cansam de constatar o fracasso da prisão como forma de reeducar e reintegrar o infrator depois de passar um certo tempo cumprindo pena". Passenti (2004, P, 23).

Essa tese, assim como todas as outras que buscam fundamentar a elevação da pena pela reincidência, acabam por violar o princípio do *non bis in idem*, já que a pena agravada que se impõe ao segundo delito decorre da condenação pelo primeiro. (ZAFFARONI 1980, P. 838).

[...] Não responde a exigência de fundamentação de individualização da pena-base e da determinação do regime inicial da execução da pena a simples menção aos critérios enumerados em abstrato pelo art. 59 C. Pen., quando a sentença não permite identificar os dados objetivos e subjetivos que a eles se adequariam, no fato concreto, em desfavor do condenado. [...] (STF, HC 68751, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª T., julg.08/10/1991, DJ 01-11-1991 PP-15569).

Nesse sentido, FRANCO (1995, p. 781), argumenta que o princípio da legalidade veda, em qualquer caso, que seja imposta pena superior ou distinta daquela prevista e assinalada para o fato típico, de modo que a agravação da mesma pela reincidência faz com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes.

Também não ficará caracterizada a reincidência se a condenação anterior tiver sido anulada por revisão criminal, conforme lembra Maggio (2002, P. 198).

Embora a reincidência gere efeitos jurídicos sobre a aplicação da pena por cinco anos, DOTTI lembra que o instituto sofreu um "temperamento" com a edição da Lei 9.714/99, que passou a permitir ao reincidente a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, "desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não tenha se operado em virtude da prática do mesmo crime". Essa regra consta do artigo 44, § 3º do Código Penal. (DOTTI, 2002, P. 520).

Em recente e importante julgado do STJ, que assim decidiu, se extrair duas orientações, abaixo apontadas sobre o ne bis in idem:

DIREITO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. REGISTROS CRIMINAIS. BIS IN IDEM. Havendo registros criminais já considerados na primeira e na segunda fase da fixação da pena (maus antecedentes e reincidência), essas mesmas condenações não podem ser valoradas para concluir que o agente possui personalidade voltada à criminalidade. A adoção de entendimento contrário caracteriza o indevido bis in idem. Precedentes citados: HC 235.496-SP, DJe 24/8/2012, e HC 184.027-MS, DJe 26/6/2012. HC 165.089-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/10/2012.<sup>10</sup>

Cabe ao juiz no caso concreto a árdua missão de avaliar e não só isso, mas, cabe a este uma análise minuciosa de todo conjunto probatório para com precisão ou muito próximo disto, sentenciar o réu. Cabe ao Magistrado aplicar a pena, e não só aplica-la, mas, ser justo na aplicação, já que o faz de forma discricionária.

[...] Traduz situação de injusto constrangimento o comportamento processual do Magistrado ou do Tribunal que, ao fixar a pena-base do sentenciado, adstringe-se a meras referencias genéricas pertinentes as circunstancias abstratamente elencadas no art. 59do Código Penal. O juízo sentenciante, ao estipular a pena-base e ao impor a condenação final, deve referir-se, de modo específico, aos elementos concretizadores das circunstancias judiciais fixadas naquele preceito normativo. [...] (STF, HC 69141, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 1ª T., julg. 05/05/1992, DJ 28-08-1992 PP-13453).

Não podemos negar que trata-se de missão árdua ao julgados, tendo em vista a subjetividade de algumas das fases da dosimetria da pena. Não existindo critérios subjetivos e sendo o juiz ser humano, as possibilidades de erros são previsíveis e até mesmo compreensíveis. Isto não significa dizer, deve ser visto com bons olhos esta subjetividade judicial na análise das circunstâncias judiciais, pois, estamos aqui a tratar do segundo bem mais precioso do homem, sua liberdade. É

---

<sup>10</sup><http://jurisprudenciaedireito.blogspot.com.br/2012/10/direito-penal-dosimetria-da-pena.html>

preciso abolir toda e qualquer forma de subjetivismo da aplicação da pena, e por dois motivos: pelas prejuízos que tem causado ao réu, e muitas vezes irreparáveis. Segundo e mais consistente, não haverá crime ou pena sem previsão legal, esta pratica ofende a CRFB/88 e viola o principio da legalidade em sentido estrito, bem como, o princípio da individualização da pena, dentre outros.

No Habeas Corpus 165.089-DF, julgado pelo STJ, a Ministra Laurita Vaz, aponta alguns tropeços praticado pelo julgador, e podemos afirmar, são erros corriqueiros em Comarcas de todo País. Foram apontados pela digníssima Ministra os seguintes erros:

DIREITO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ARGUMENTOS GENÉRICOS OU CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES DO PRÓPRIO TIPO PENAL. Não é possível a utilização de argumentos genéricos ou circunstâncias elementares do próprio tipo penal para o aumento da pena-base com fundamento nas consequências do delito. Precedentes citados: HC 150.025-DF, DJe 1/8/2011, e HC 170.730-AC, DJe 10/10/2011. HC 165.089-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/10/2012.<sup>11</sup>

Buscando melhor entender e explicar este fenômeno, passemos a examinar os critérios a serem analisados pelo julgador na dosimetria da pena. Mesmo assim, os erros são constantes em virtude de argumentação genérica para tentar aplicar o máximo de pena por critérios subjetivos e fundamentação vaga. O Magistrado sempre que diante de um caso concreto terá por desafio a imposição de uma pena justa. Atualmente, o código penal brasileiro adota o sistema Nelson Hungria, ou melhor, sistema trifásico de aplicação da pena, previsto no Art. 68 do CP.

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

---

<sup>11</sup> STJ. HC 165.089-DF, Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=25890.40279>

Como acima descrito, o julgador atenderá aos três momentos da dosimetria da pena para chegar ao quanto deverá ser aplicada ao agente da prática delituosa e só após este juízo de valoração fixa-lhe a pena-base. Na fase inicial-primeira, o Magistrado observará os comandos normativos do Art.59, CP; no segundo momento, vai calcular a pena intermediária com base no Art. 67, CP levando-se em consideração as agravantes e atenuantes. E por fim, após cumprir este caminho o Magistrado terá definida a pena a ser aplicada, analisando antes as causas de aumento e/ou de diminuição da pena do agente no caso concreto.

[...] 1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo. [...] (HC 60.524/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 325)

Para chegar a pena-base o juiz deverá se guiar pelo que dispõe o Art. 59 do CP seguindo esta ordem sequencial: a início, a pena será definido o mínimo legal dentro do corredor de mínima/máxima cominada para o tipo penal incriminador. A título de exemplo, vejamos: no caso de um crime de furto, ao qual a pena cominada oscila entre um ano e quatro anos de pena a ser cumprida, claro, após analisada a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social do agente do crime, sua personalidade, dentre outras circunstâncias judiciais igualmente previstas no dispositivo legal abaixo, o Magistrado poderá iniciar o cálculo da reprimenda base aplicando o mínimo previsto (um ano) ou não, partindo de fração mais elevada de pena. Vejamos:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984): I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Fixada a pena-base, o Magistrado passará a análise da pena intermediária tendo como parâmetro para se alcançar este montante intermediário a análise das circunstâncias agravantes e atenuantes. Por exemplo: se o agente era menor de vinte e um anos na data do fato, situação esta que atenua a pena do agente, conforme previsto no art. 65, I, CP. Ou se ele, agente do crime, era reincidente no momento da aplicação da pena, e o sendo teria sua pena agravada por esta circunstância, prevista no mesmo artigo do código citado.

[...] 2. A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. [...] quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal;[...] (HC 76196, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 29/09/1998, DJ 15-12-2000 PP-00062 EMENTA VOL-02016-03 PP-00448)

Na terceira e última fase, o Magistrado analisará no caso concreto a existência das causas de aumento ou de diminuição da pena. As causas desta fase não são encontradas no agente, estas causas são previstas no próprio tipo penal, como no furto, onde o artigo 155 do Código Penal prevê em seu parágrafo primeiro que o julgador aplique uma pena maior, aumentando-se de um terço, se a infração penal for praticada durante o repouso noturno.

Aponta em seu julgado que o Magistrado havia já na primeira fase da dosimetria da pena, art. 59 do CP, aplicado a pena base acima mínimo legal, como reflexo da análise negativa da personalidade do agente tendo em vista haver contra o mesmo dois registros criminais e na segunda fase, incide o mesmo fato sobre a pena, pois agravou a pena mais uma vez levando em consideração a reincidência.

Ora, a personalidade foi maculada pela prática dos crimes, aí esta mesma conduta, forma a reincidência e rotula a personalidade do agente como sendo personalidade afeita ao crime. A mesma conduta causa dois prejuízo ao réu, por 5 anos após transitar em julgado será vista como antecedentes criminais e se converterá após cinco anos do cumprimento da pena em maus antecedentes,



maculando a conduta social e apontando uma personalidade voltada a prática de crimes. Estamos sim diante de dupla punição pelo mesmo fato, estamos sim a contemplar ofensa ao princípio da legalidade, da coisa julgada, da segurança jurídica e podemos apontar existência do *ne bis in idem* implícito na dosimetria da pena.

É farta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à utilização de agravantes abstratas extraídas dos delitos para majorar penas. O STJ tem forte precedente contrário a sua utilização. Porém, é constante a desobediência a esta orientação por parte dos julgadores, que fazem dupla valoração negativa com frequência na dosimetria da pena e isso tem causado graves prejuízos ao réu. Que sem recursos muitas vezes, dependerá da Defensoria Pública já abarrotada de problemas, processos e falta de recursos. Para reverter este prejuízo, muitas vezes o tempo rompe o razoável. Diante das constantes desobediências e erros, o STJ editou a seguinte Súmula, vejamos:

Súmula 440: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Outrossim, o STF tem posição firmada sobre o tema : Súmula 718: “ A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”

[...] Não responde a exigência de fundamentação de individualização da pena-base e da determinação do regime inicial da execução da pena a simples menção aos critérios enumerados em abstrato pelo art. 59 C. Pen., quando a sentença não permite identificar os dados objetivos e subjetivos que a eles se adequariam, no fato concreto, em desfavor do condenado. [...].<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> STF. HC 68751, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/29017583/roteiro-de-atuacao-dosimetria>.

Desta forma, podemos concluir que aferir e aplicar a pena-base não é tarefa fácil a ser feita, pelo contrário, é árdua e requer cuidados especiais por parte do julgador no caso concreto. As possibilidades de erros são muitas e à incidência de valoração negativa em fases distintas podem ocorrer naturalmente; porém, são ilegais, indevidas, indesejadas e causam constrangimentos ao Magistrado e prejuízos enormes ao réu.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O núcleo central de análise da dupla vedação pelo mesmo fato é a verificação se as mesmas circunstâncias judiciais ou legais foram aplicadas na mesma fase da dosimetria da pena prevista no art.59 do Código Penal Brasileiro. Ignorando o fato de que a exasperação da pena levando-se em conta a vida do réu e seu histórico criminal, já penado e já cumprido a reprimenda, também seria duplamente puni-lo, já que tem sua pena agravada por fatos praticados no passado; ofendendo a coisa julgada.

[...] 3- É vedada na dosimetria da pena a consideração de uma mesma circunstância em duas fases diversas para prejudicar o réu [...] (STJ, HC 74.300/PE, Rel. Min. JANE SILVA (Des. Conv. TJ/ MG), 5ª T., j. 14/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 318)

O sistema de aplicação da pena-base se utilizando dos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal Brasileiro e é chamado de sistema trifásico ou sistema Nelson Hungria. O sistema trifásico apresenta 8 ( oito ) circunstâncias a serem analisadas e na 1ª fase serão valoradas no caso concreto as circunstâncias judiciais genéricas para se determinar o quantum a ser imposta como pena-base e o magistrado ao valorar cada uma delas, deverá apontar a conexão objetiva entre as circunstâncias utilizadas e o caso concreto, sob pena de valoração inidônea.

[...] Não responde a exigência de fundamentação de individualização da pena-base e da determinação do regime inicial da execução da pena a simples menção aos critérios enumerados em abstrato pelo art. 59 C. Pen., quando a sentença não permite identificar os dados objetivos e subjetivos que a eles se adequariam, no fato concreto, em desfavor do condenado. [...] (STF, HC 68751, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª T., julg. 08/10/1991, DJ 01-11-1991 PP-15569).

Os problemas mais comuns encontrados na dosimetria da pena são as alegações vagas, meras reprodução do texto do art. 59 para exasperar sem apontar elementos objetivos que os justifiquem; sem fundamentações idôneas para legitimar a pena aplicada. Como mostra os dois julgados.

[...] Traduz situação de injusto constrangimento o comportamento processual do Magistrado ou do Tribunal que, ao fixar a pena-base do sentenciado, adstringe-se a meras referências genéricas pertinentes as circunstâncias abstratamente elencadas no art. 59 do Código Penal. O juízo sentenciante, ao estipular a pena-base e ao impor a condenação final, deve referir-se, de modo específico, aos elementos concretizadores das circunstâncias judiciais fixadas naquele preceito normativo. [...] (STF, HC 69141, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 1ª T., julg. 05/05/1992, DJ 28-08-1992 PP-13453).

Devemos reconhecer não ser tarefa das mais fáceis a individualização da pena aplicando o sistema trifásico, tendo em vista sua subjetividade e discricionariedade atribuída a julgador, que é falível. Críticas constantes são feitas por juristas e doutrinadores quanto a capacidade do magistrado para valorar penas analisando a personalidade do agente, sua conduta social e outros aspectos subjetivos que requerem conhecimentos específicos para tal missão, cabendo a psicologia e psiquiatria forense esta tarefa, e não ao julgador, por ser impossível ao magistrado, por simples olhar, determinar que é perigoso e quem é dócil. O juiz Federal ROSA MORAIS 2009, aplicar-pena-art-59, apud Carvalho, assim nos ensina:

Desta forma, a aplicação do artigo 59 do Código Penal se transforma num palco de impressões pessoais, lugares-comuns, incontroláveis, imaginárias. Clássico julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferido na Apelação Criminal n. 70004496725, relator Desembargador Amilton Bueno de Carvalho: "A valoração negativa da personalidade é inadmissível em Sistema Penal Democrático fundado no Princípio da Secularização: 'o cidadão não pode sofrer sancionamento por sua personalidade – cada um a tem como entende'. (...) Mais, a alegação de 'voltada para a prática delitiva' é retórica, juízes não têm habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir 'diagnósticos' desta natureza. (...) Outrossim, o gravame por valoração dos antecedentes é resquício do injusto modelo penal de periculosidade e representa bis in idem inadmissível em processo penal garantista e democrático: condena-se novamente o cidadão-réu em virtude de fato pretérito, do qual já prestou contas. (ROSA MORAIS 2009)

A visão da sociedade e das autoridades sobre os ingressos e principalmente em relação aos egressos do sistema penal tem inviabilizado sua

reabilitação e transformado a subjetividade e discricionariedade da dosimetria da pena em meio legal de opressão, quando a cada julgamento feito julga-se toda vida do réu, não unicamente o fato; o punindo repetidamente, como se a primeira pena lhe redesse uma fração perpetua que incidirá sobre todos os demais atos futuros.

[...] III. Não obstante a existência de certa discricionariedade na dosimetria da pena, relativamente à exasperação da pena-base, é indispensável a sua fundamentação, com base em dados concretos e em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal. [...] (RHC 19.390/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2006, DJ01/08/2006, p. 462)

O egresso é um cliente carcerário do Estado, mesmo ao cumprir sua pena será abordado á todo momento nas ruas. Suas ações e atitudes serão sempre suspeitas e investigadas as margens da legalidade muitas vezes; suas atividades, serão sempre duvidosas para os agente do Estado e sua vida e privacidade violada constantemente. A presunção é de culpa e não de inocência. Esta é uma realidade que tem produzido criminosos e não reduz crimes, inviabiliza a reabilitação e o reestabelecimento da paz social; este comportamento estatal não é só duplamente punir, é perpetuamente punir. ROSA MORAIS 2009, aplicar-pena-art-59, apud Luigi Ferrajoli; afirma o seguinte:

Considerando o disposto no art. 59 do Código Penal, cabe dizer que somente as circunstâncias e consequências podem ser consideradas. No vasto campo de redefinições semânticas propiciado pelo Código Penal, encontra-se solo fértil para a garantia dos postulados do Estado Democrático de Direito, barrando-se, por assim dizer, as possibilidades de julgamento do acusado, mas sim de sua conduta, deixando-se de conjecturar sobre a subjetividade dele, por absoluta inconstitucionalidade, utilizando-se a matriz 'garantista' de Luigi Ferrajoli.

[...] 1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo. [...] (HC 60.524/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 325)

A doutrina e a jurisprudência julgado tem entendido que a folha de anotações criminais, não importando se inquéritos em andamento ou processo com condenações transitadas em julgado, deve-se reconhecer a sua importância para o juízo de reprovação, violando a presunção de inocência e formando a culpa por antecipação. Afirma ainda os julgados do STF e STJ, que divergem dentro de suas

turmas, afirmam que a utilização dos maus antecedentes não inviabilizaria a aplicação da súmula 444 do STJ.

No julgado abaixo, a 5ª Turma do STJ, de relatoria da Min. Laurita Vaz, firmou entendimento que mostra com muita nitidez que o histórico criminal do agente por 5 ( cinco) anos é utilizado como antecedentes criminais e após não prestar a esta finalidade, se convertem em maus antecedentes. E agora estarão sempre incidindo fração de pena sobre novas condutas, violando assim a coisa julgada, a segurança jurídica, a legalidade e duplamente punindo o réu pela mesma conduta já punida no passado.

“ [...] 2. O decurso de lapso temporal superior a 05 (cinco) anos entre a data do término da pena da condenação anterior e a data da infração posterior, embora afaste os efeitos da reincidência, não impede o reconhecimento de maus antecedentes, ensejando, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes. [...] (STJ - HC: 213685 SP 2011/0167647-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 05/11/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2013)”.

O STJ ao julgar o HC: 213.685 SP, de Relatora novamente da Ministra LAURITA VAZ, Julgamento realizado em 05/11/2013, afirmou que não era entendimento uniformizado a necessidade de exigência de certidão cartorária certificando o transito em julgado de condenações criminais para se reconhecer os maus antecedentes. Afirma a Ministra que no próprio STF existem entendimentos reconhecendo a exigência da certidão e decisão reconhecendo a não necessidade de tal certidão, apontando que o assunto ainda não está pacificado.

No HC 111561, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma do STF, julgando em 13/08/2013, deixa transparecer a relativização quanto as garantias do réu no Estado Democrático de Direito, quando empregado o nefasto binómio direito X justiça, fundamento de dota fúria do Estado contra aqueles que por escolha, má sorte ou falta de oportunidade, trilham no crime; afirmando: “emprega ameaça e violência contra cidadão que subtrai bem de qualquer valor, não pode merecer tratamento benéfico do Estado.

O STF e o STJ também firmou entendimento no sentido da possibilidade de valorar na primeira fase da dosimetria da pena como maus antecedentes processos em que o réu foi condenado, mas, que só se revestindo a decisão do trânsito em

julgado, após a prática do novo delito. Neste cenário, imprestáveis para configurar reincidência mas, perfeitamente possível se utilizar como mau antecedentes, sem que viole o princípio do *ne bis in idem*. Por consequência lógica, transitadas em julgado as condenações antes do novo fato, reincidência, transitadas só após o novo evento, maus antecedentes. O STF tem entendido ser perfeitamente possível a utilização de sentenças condenatórias penais com trânsito em julgado para ensejar tanto reincidência como maus antecedentes, no entanto, o magistrado deverá dar destinação específica a cada uma delas, sem com isso ensejar dupla punição ou *ne bis in idem*. Também em julgado do STF, a Primeira Turma entendeu que poderia o magistrado utilizar condenações anteriores e distintas, com trânsito em julgado, para incidir uma como reincidência e outra como maus antecedentes, sem com que isso incorrer em abuso de poder, ilegalidade ou *ne bis in idem*.

O Supremo Tribunal Federal de entendido que para ocorrer violação ao princípio do *ne bis in idem* na dosimetria da pena prevista no art. 59 do CP, o mesmo fato ou condenação definitiva anterior, teria que ser valorada em fase distintas da dosimetria, sendo simultaneamente usado como maus antecedentes circunstância judicial do art. 59 do Código Penal e como fator de reincidência agravante genérica do art. 61 também do Código Penal nada impedindo que condenações distintas deem ensejo a valorações distintas, porquanto oriundas de fatos distintos; HC 98083, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012. Vejamos outros julgados:

[...] 3. Dosimetria. *bis in idem*. Não ocorrência. Paciente que apresenta duas condenações definitivas, sendo uma utilizada como circunstância judicial para fixação da pena-base e outra como agravante da reincidência. [...] (HC 108059, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULGADO 29-04-2013 PUBLICA 30-04-2013)

[...] 7. Não configura *bis in idem* a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado para caracterizar os maus antecedentes e a reincidência do agente, desde que uma delas seja utilizada para exasperar a pena-base e a outra na segunda fase da dosimetria. Precedentes. [...] (TRF4, ACR 5004737-04.2013.404.7001, Sétima Turma, Relator Luiz Carlos Canalli, juntado aos autos em 26/11/2013)

Neste sentido também a Súmula 241 do STJ *in verbis*: “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Para NUCCI (2013, p. 229) “A conduta social simboliza o papel do réu em sociedade, retratando-o no trabalho, na família, na comunidade etc., avaliando se sua vida pretérita ao crime” É comum no entanto, ler em sentenças condenatórias, atribuições vagas, genéricas, tipo: “ a conduta do é lhe é desfavorável.” Sem apontar o magistrado elementos objetivos que apontem a razão pela qual julgou desfavorável, ensejando aí, em fundamentação inidônea e constrangimento ilegal ao réu.

REALE JR. (1987, p. 161) destaca “que o comportamento social espelha em que medida o agente é digno de maior ou menor censura, por ter se conduzido de molde a que o delito se inseriu no contexto de sua vida, ou constituía um fato alheio e isolado”.

SANTOS (2008, p. 572) afirma que a circunstância “conduta social” não se confunde com os antecedentes na medida em que, ao contrário destes, aquela busca identificar “o comportamento do autor nos papéis de pai/mãe, marido/esposa, filho, aluno, membro da comunidade, profissional, cidadão, etc.” A conduta como visto, é o agir do agente em sociedade, como se comporta em família, no trabalho, no convívio social; não busca a início verificar se o agente é ou não criminoso, afeito a crimes, mas, tão somente se é sociável ou insociável. Em razão disto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem entendido não ser possível agravar a pena-base levando em conta a conduta social do agente apenas da análise de ações penais em andamento ou peça informativa da polícia judiciária já arquivada, em respeito a Súmula nº 444 do STJ.

Buscando barrar a vontade exagerada de punir miseráveis e muitas vezes por critérios nitidamente discriminatórios, foi editada a Súmula 444 do STJ: “ É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Vejamos o julgado abaixo:

[...] A pena-base foi indevidamente exasperada, uma vez que a simples falta de ocupação não pode ser desfavoravelmente considerada na aferição de conduta social do acusado, o que também se pode falar em razão do consumo de bebida alcoólica, pois tal conduta não é vedada em lei. [...] (HC 234893/MT, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 17/06/2013).

O magistrado pode utilizar informações relevantes para avaliar a conduta social do agente de forma a conferir a sua decisão roupagem idônea, fundamentos

que guardem relação perceptível, possibilitando a análise dos elementos objetivos utilizados para esta aferição; podendo o julgador levar em consideração a vida pregressa funcional do agente, sua relação com a família ou em comunidade. Poderá ainda o julgador solicitar informações que lhe ofereça suporte objetivo que valide sua decisão, sendo prudente da parte do magistrado solicitar junto aos órgãos informações úteis a esta finalidade junto a órgãos como: CFM, CREA e OAB, dentre outros. Esta tem sido a orientação dos Tribunais para possibilitar ao julgador fazer este juízo sem incorrer em abuso, fundamentação vaga, genérica ou em dupla punição ao agente. Vejamos:

[...] 5. No tocante à dosimetria, deve ser reconhecida a conduta social como desfavorável ao acusado SÉRGIO HOLLUNDER, em razão até mesmo de já terem sido reconhecidos fatos idênticos na esfera da administrativa, ensejando sua demissão dos quadros da Polícia Rodoviária Federal. [...] (ACR 200550010108410, Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, TRF2 – SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data:05/09/2012 – Página: 216.)

Como já apontado, o grau de consciência do delito e a intensidade da cobrança de conduta diversa, é fator determinante para avaliar e exasperar a pena. Não pode sofrer o mesmo juízo de valor o servidor público que tinha justamente a missão funcional de impedir sonegação fiscal e outros crimes tributários e penais contra o erário, o promova ou o auxilie. Certamente pelo grau de consciência deve receber reprimenda maior que um comerciante ou outros agentes envolvidos, desprovidos de tais responsabilidades e conhecimentos sobre a gravidade do fato praticado.

[...] 6. Além disso, deve-se ressaltar que o acusado buscava favorecer empresas que ele controlava clandestinamente, através de “laranjas”, em atividade incompatível com o exercício do cargo público efetivo de auditor-fiscal do Tesouro Nacional. Assim, esse aspecto também deve ser valorado negativamente na fixação da pena-base, porquanto evidencia sua má conduta social e personalidade voltada à prática de fraudes. [...] (ACR 01014294319984036181, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIMGUIMARÃES, TRF3 – SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/03/2013).

Quando da análise da conduta social daqueles que ocupem ou tenham porventura ocupado cargos públicos a orientação é que antes da dosimetria da pena, o magistrado solicite informações ao TCU, TCE ou TCM, caso existente, para obter informações sobre a vida administrativa do agente, seu trato com a coisa pública e



de posse destas informações objetivas, valorar de forma válida o critério conduta social na dosimetria da pena, não incorrendo assim em abusos ou constrangimento ilegal em desfavor do agente. Vejamos orientação do TRF-5:

[...]. 8. O exame desfavorável da conduta social (há várias condenações impostas pelo TCU contra o réu, por não cumprimento de suas obrigações na condição de gestor público municipal, refletindo, especialmente, um comportamento reiterado no sentido da não prestação de contas) e dos motivos e das consequências do crime [...], autoriza a fixação da pena-base do delito em comento em 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção [...] (APN 200681010007177, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 – Pleno, DJE – Data: 10/07/2013 – Página: 118.)

É importante afirmar que o STJ já se posicionou pela possibilidade de o julgador levar em consideração informações que deem conta que o réu costuma aplicar golpes ou ser impontual por má fé e até mesmo costuma não honrar compromisso junto aos membros da comunidade, familiares, comércio e amigos; estas informações servirão para valorar a conduta social do réu, como entendimento firmado no julgamento do AgRg no AREsp 379603/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013) do Superior Tribunal de Justiça.

Em relação à personalidade do agente, a doutrina tem classificado como seu particular modo de agir. Para REALE JR (1987, p. 161) “o agente será mais ou menos reprovável, se na formação de sua personalidade (que se compõe de genótipos e fenótipos), tenha dado prevalência ao desenvolvimento de tendências negativas, aderindo a valores básicos na constituição de seu modo de ser, de forma a que a decisão pelo ato delituoso se insira no projeto negativo de vida que escolheu para si mesmo. NUCCI (2013, p. 230): “Magistrados não são – nem devem ser – psicólogos ou psiquiatras; aliás, se fossem, funcionariam como peritos e não poderiam exercer a jurisdição, pois estariam impedidos. Ademais, a avaliação da personalidade do réu não tem o objetivo de lhe impor um tratamento, mas somente de lhe aplicar a justa pena. Exige-se, então, o juízo leigo da personalidade, o que é fácil de ser realizado por qualquer pessoa, com um mínimo de inteligência, desde que se possuam elementos para tanto.

Alguns Tribunais dispensam a realização de laudos técnicos que ateste sobre a personalidade do agente, como se fosse possível realiza-la a olhos nus, apenas olhando para o réu. Vejamos o seguinte precedente:

[...] 7. É despiciendo laudo técnico acerca do perfil psicológico do apelante para concluir que o réu tem personalidade voltada para a prática de crimes, devendo ser valorada negativamente. [...] (ACR 0028160-40.2009.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL MARCUS VINÍCIUS REIS BASTOS (CONV.), QUARTA TURMA, e-DJF1 p.12 de 03/10/2012).

Considerar a personalidade do réu na dosimetria da pena é julga-lo pelo que ele é, não pelo que de fato fez. Podendo ser interpretado como dupla punição, pois, puni-lo por algo que praticou e pela conduta foi processado e julgado, inclusive cumprindo integralmente sua pena, viola a coisa julgada e pune o agente duplamente pelo mesmo feito, já que sobre a nova conduta incidirá seus fantasmas passados, ignorando a culpabilidade do ato e avaliando a culpabilidade do autor.

Se faz necessário debater, analisar e criticar constantemente o que tem ocorrido em nossos Tribunais, pois, a cada dia uma os direitos fundamentais são ignorados pelas Cortes e juízos espalhados pelo País; estamos caminhado para a nefasta reafirmação de teorias banidas como a desenvolvida por Lombroso, que taxava o agro como perfil do criminoso nato. O STF tem assim se posicionado sobre a periculosidade do réu:

[...] 2. In casu, as instâncias ordinárias motivaram de modo suficiente a exasperação da pena-base em 2 (dois) anos, tendo em vista, especialmente, (i) a personalidade do réu voltada à delinquência, identificada pela extensa folha criminal referida na sentença, (ii) a circunstância da prática delitativa, marcada pela tentativa de fuga e de ocultação das substâncias entorpecentes e, por fim, (iii) o fato de que o paciente se evadiu do estabelecimento prisional após a prisão em flagrante, somente tendo sido capturado no mês seguinte. 3. Ordem de habeas corpus desprovida. (RHC 114968, LUIZ FUX, STF.).

Também tem entendimento firmado o STJ sobre a valoração da personalidade para extrair o grau de periculosidade do agente, analisando o comportamento do réu, antes, durante e depois do fato.

[...] 3. A personalidade do agente deve ser aferida a partir do modo de agir do criminoso, podendo-se avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. Sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. Na hipótese, o magistrado sentenciante demonstrou, com a devida fundamentação, porque a personalidade dos agentes foi valorada negativamente. [...] (HC 215133/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/08/2013).

Quanto aos motivos do crime, GRECO (2008, p. 565) assim leciona: “Os motivos são as razões que antecederam e levaram o agente a cometer a infração penal.” A cada tipo penal incriminador é atribuído características próprias para que não se confunda os elementos do tipo com as razões para a prática do crime. SCHMITT (2011, p. 96) “devemos buscar algum outro motivo que se revele como sendo um plus ao ditado pelo próprio tipo, sob pena de se impossibilitar sua valoração.”

O magistrado no momento da dosimetria da pena valorará como circunstâncias judiciais unicamente os motivos que não foram ou venham a ter, conexão direta e indivisível com o tipo pena em análise em virtude de sua própria natureza, sendo o mesmo elemento componente do próprio tipo ou como circunstâncias legais, como causas de aumento e de diminuição da pena para não incorrer em *ne bis in idem*. Este entendimento aplica-se as demais circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal.

Tratando das circunstâncias do crime nos ensina SILVA FRANCO (1997, p. 900): “[...] circunstâncias são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva [...]”

As circunstâncias do crime devem ser entendidas como sendo o lugar onde se deu a conduta criminosa, o seu tempo de duração o nexo que une autor e vítima, o comportamento do criminoso durante o ato criminoso e muitos outros aspectos a serem analisados e valorados como circunstâncias do crime, pois, o rol é exemplificativo e não taxativo. Para MIRABETE (2012, p. 286) “a referência às circunstâncias é de caráter geral, incluindo-se nelas as de caráter objetivo ou subjetivo não inscritas em dispositivos específicos.” Fatos acidentais desfavoráveis ao agente só poderão ser considerados se não forem componentes do próprio tipo

penal, sejam ou venham a ser qualificadas como causas de aumento ou diminuição da pena, ou ainda, sejam elas qualificadoras do tipo. De outra forma estará o julgador punindo duplamente o réu, valorando-se em mais de uma fase elementos do tipo ou da valoração das circunstâncias do crime, causando inevitavelmente o *ne bis in idem*.

Para BITENCOURT (2010, p. 185):“ é um grande equívoco afirmar-se – no crime de homicídio, por exemplo – que as consequências foram graves porque a vítima morreu. Ora, a morte da vítima é resultado natural, sem o qual não haveria o homicídio. Consequências do crime, é tudo aquilo alheio ao tipo penal incriminador que com este guarde apenas nexos consequenciais, não elementares de sua composição. Por sua similaridade requer um extraordinário esforço do juiz no caso concreto, capaz de separar com precisão, o que é “circunstâncias do crime” e “consequências do crime”. O que nem sempre é tarefa fácil e em virtude disso, os erros são constantes na dosimetria da pena. A confusão em conceituar pode levar a dupla valoração do mesmo fato.

Quanto ao comportamento da vítima, em tese seria o resumo da análise do comportamento da vítima, sua conduta e colaboração para que o evento crime viesse a ocorrer examinando o ante e durante a ação. Vendo no caso concreto se a vítima facilitou ou provocou de certa forma o mal injusto, quando sua ação estimula a ação criminosa do agente,

[...] 4. Esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado “normal à espécie”, não há falar em consideração desfavorável ao acusado. [...] (STJ, 6ª T., REsp 1117700/ ES, j. 15/08/13, p. 28/08/13)

[...] 2. O fato de a vítima não ter contribuído para o delito é circunstância judicial neutra e não deve levar ao aumento da sanção. [...] (STJ, 6ª T., HC 201102125405, j. 21/11/13, p. 09/12/13).

O STJ tem entendido que não havendo colaboração da vítima para o injeito, não há que se valorar negativamente em razão disso, como é comum em muitos julgados, onde o magistrado aponta que a vítima nada fez para provocar a ação, apenas recebendo os golpes que lhe tiraria a vida e em razão disso, desta passividade sem reação, deveria o réu ser reprovado com maior severidade. Como

bem se sabe, a brutalidade e o desprezo a vida quase sempre é característica do homicídio, uma circunstância inevitável.

[...] 4. No que se refere ao comportamento da vítima, também não há justificativa para a exasperação da pena-base. De fato, esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado “normal à espécie”, não há falar em consideração desfavorável ao acusado. [...] (STJ, 6ª T., REsp 1208555/AC, j. 05/03/13, p. 13/03/13).

Da presente pesquisa apurou-se o seguinte: embora seja constantes os erros quanto a interpretação e aplicação dos art. 59 e 68 do Código Penal na aplicação da pena, os maiores ocorrem em razão da ausência de fundamentação idônea, legitimada por alegações vagas, genéricas e inidôneas.

O magistrado limita-se apenas a reproduzir a literalidade das circunstâncias judiciais previstas no art.59 sem demonstrar de forma objetiva os elementos que justifiquem a exasperação da pena; muitas vezes, utiliza elementos do próprio tipo penal para valorar, incidindo duplamente a mesma circunstância e duplamente punido.

O bis in idem ocorre, as decisões e a doutrina utilizadas neste trabalho apontam perfeitamente sua ocorrência. Os constrangimentos ilegais são constantes e os prejuízos aos réus acentuados em virtude de não disporem de recursos para levar suas lamentações os Tribunais buscando reparar os danos.

A prática também é danosa ao próprio judiciário, em razão da enxurrada de recursos buscando desfazer os erros na dosimetria da pena, inviabilizando a economia processual e celeridade buscada pelos jurisdicionados e Tribunais.

Também temos que reconhecer não ser tarefa fácil para os magistrados a individualização da pena em um País com índices de criminalidade assustadores, com tantos processos e problemas estruturais; os magistrados são obrigados a decidir sempre olhando para o binômio: justiça X legalidade, sociedade X direitos do réu. Não é tarefa fácil fazer justiça sem os meios necessários. É preciso educar a criança para que não seja preciso punir o homem. É preciso que a sociedade reestabeleça o pacto de paz para reduzir violência e criminalidade. É preciso a cada um de nós, colaborar no dia-a-dia para efetivar a justiça que queremos.

A justiça é uma das características de Deus. Ele se alegra com o justo e abomina a injustiça. Cabe a humanidade retomar o caminho que o criador nos reservou para alcançarmos a paz tão sonhada. O homem se aproxima do crime na mesma velocidade que se distancia de Deus.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco lasley. **Lopes de Sinopse de Direito Penal – Parte Geral**. 1ª edição, CL EDIJUR- Leme/SP- Edição 2012.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. **Impunidade & Cia**. O globo, 13 de maio de 1991.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco. Livro X**. 3ª. Ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

ASSIS, Machado de. **Machado de Assis - Contos Fluminenses. CONFISSÕES DE UMA VIÚVA MOÇA**. 2012. Disponível em: <http://sanderlei.com.br/PT/Machado-de-Assis/Contos-Fluminenses-05>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito Penal**. Vol. I. 2007.

BARROS, Francisco Dirceu; CINTRA, Antônio Fernando. **Direito Penal: interpretado pelo STF e STJ e comentado pela doutrina**. Leme, J.H. Mizuno, 2016.

BAYER, Augusto. **A Fera de Macabu: o maior erro do judiciário brasileiro**. 2014. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2014/11/12/fera-de-macabu-o-maior-erro-judiciario-brasileiro/>. Acesso em 12 de agosto de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Editora Saraiva, 2002.

BÍBLIA. Português. **Bíblia de Referência Thompson**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e corr. Compilado e redigido por Frank Charles Thompson. São Paulo: Vida, 1992.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Volume 1, parte geral: arts. 1º a 120. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2001.

CASTRO, Júlio Cezar da Silva; SILVA, Luzia Gomes da. **Proibição da múltipla persecução penal no sistema jurídico-constitucional brasileiro**. 2006. Disponível em: [http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10322&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10322&n_link=revista_artigos_leitura). Acesso em: 02 de outubro de 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CORREIA, Martina. **Direito Penal em Tabelas - Parte Geral**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

COSTA, Paulo da, **Estado não pode punir índio que já foi condenado por sua tribo, decide TJ-RR. 2016**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-20/estado-nao-punir-indio-foi-condenado-tribo>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. **Teoría del garantismo penal**. 4.ed. Trotta: Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 3. Ed. Ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FONTENELLE, André. **Metodologia científica: Como definir os tipos de pesquisa do seu TCC**. 2017. Disponível em : [http://www.andrefontenelle.com.br/tipos-de-pesquisa/#Metodo\\_Hipotetico-Dedutivo](http://www.andrefontenelle.com.br/tipos-de-pesquisa/#Metodo_Hipotetico-Dedutivo). Acesso em: 7 de setembro de 2017.

FONSECA, Marcelo da. **Pelo menos 6 milhões de judeus foram exterminados pelo nazismo**. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2014/11/23/interna\\_nacional,592661/pelo-menos-6-milhoes-de-judeus-foram-exterminados-pelo-nazismo.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2014/11/23/interna_nacional,592661/pelo-menos-6-milhoes-de-judeus-foram-exterminados-pelo-nazismo.shtml). Acesso em: 03 de novembro de 2017.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3º Ed. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

JORNAL FOLHA DE S.PAULO. **O que é reincidência**. Disponível em: <http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2016/07/12/lupaaqui-a-reincidencia-atinge-mais-de-70-dos-presos-no-brasil/>. Acesso em: 02 de setembro.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

FREUD, Sigmund. *“Totem e tabu”*. In: **Obras completas de Sigmund Freud**. 2ª. Ed., v. XIII, Trad.Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

FRISCHAUER, Paul. **Está escrito**. Trad. Else Graf Kalmus. São Paulo: Melhoramento, 1972.

FROMM, Erich. **Anatomia da destrutividade humana**. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1975.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Danielle. **O princípio da legalidade penal**. 2005. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2198/O-principio-da-legalidade-penal>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

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



GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

IPEA. **Reincidência criminal no Brasil**. 2015. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611\\_relatorio\\_reincidencia\\_criminal.pdf](http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf). Acesso em: 20 de novembro de 2017.

LAZARINI NETO, Pedro. **Código Penal Comentado e Leis Penais Comentadas**. 5ª edição, Leme: Editora Cronus, 2016.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed, rev., atual. e ampl. Bauru :Edipro, 2002.

MARTINS, Flávia Bahia. **Vade Constitucional e Humanas**. 11. Ed.- Salvador: JusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de direito penal**. 10. Ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Garantismo e Barbárie**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

OLIVEIRA, Joana D'Arc de. **METODOLOGIA DE PESQUISA**. 2008. Disponível em: [http://www.virtual.ufc.br/solar/aula/link/gad/l\\_a\\_H/metodo\\_de\\_pesquisa/aula\\_02-2324/02.html](http://www.virtual.ufc.br/solar/aula/link/gad/l_a_H/metodo_de_pesquisa/aula_02-2324/02.html). Acesso em: 20 de outubro de 2017.

PASSENTI, Edson. **A atualidade do Abolicionismo Penal**. In: Curso livre de Abolicionismo Penal. Rio de Janeiro :Revan, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1, parte geral arts. 1º a 120. 8ª ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

REGNUM, Sanctum. **Segredos da Igreja Católica**. 2012. Disponível em: <http://sanctum-regnum.blogspot.com.br/2012/02/52-segredos-da-igreja-catolica.html>. Acesso em: 04 de agosto de 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão Penal: A Bricolagem de Significantes**. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 5. ed., rev. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Geraldo da. **Teoria do Crime**. 2. Ed. – Campinas: Millennium, 2002.

SIRENA, Gustavo. **Aplicação da pena**. 2011. Disponível em <https://tj-ac.jusbrasil.com.br/noticias/3096011/artigo-da-semana-aplicacao-da-pena>. Acesso em: 09 de outubro de 2017.

VENTURI, Franco. **Utopia e reforma no Iluminismo**. Trad. Modesto Florenzano. Bauru: Edusc, 2003.

ZAFFARONI, E. Reincidência. 2006. Disponível em: <https://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/12/reincidencia-e-zaffaroni/>. Acesso em: 01 de setembro de 2017.