



**CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: A SUBJETIVIDADE NA APLICAÇÃO DO ART.
59 DO CÓDIGO PENAL NA DOSIMETRIA DA PENA**

**JUDICIAL CIRCUMSTANCES: SUBJECTIVITY IN THE APPLICATION OF
ARTICLE 59 OF THE CRIMINAL CODE IN THE DOSIMETRY OF THE
PENALTY**

Caroline Monteiro De Carvalho¹
Alexandre da Costa Pereira²

| | |
|--------------|------------|
| Recebido em: | 26/12/2022 |
| Aprovado em: | 31/07/2023 |

RESUMO: A presente pesquisa tem o escopo de analisar a discricionariedade do magistrado na aplicação da pena, com delimitação do estudo na primeira fase, qual seja da fixação da pena-base, momento em que ele valora as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal (CP). O sistema de determinação da pena pressupõe que o julgador profira a decisão fundamentadamente. Na função de fixação da pena o magistrado detém uma certa liberdade subjetiva para avaliar e julgar o caso concreto, trata-se do exercício da discricionariedade judicial vinculada. Perpassa o magistrado por três fases, em consonância com o sistema trifásico do Nelson Hungria. Para tanto, analisa-se alguns importantes princípios constitucionais e a devida importância na individualização da pena. Apresenta-se as circunstâncias judiciais, presentes no art. 59 do Código Penal, individualizando-as, pontuando suas principais características e o entendimento dos Tribunais Superiores sobre sua aplicação. A atividade judicial de fixação da pena é realizada pelo juiz na sentença judicial, é necessário compreendermos que a decisão judicial não é resultado da razão ou subjetividade, mas de razão e subjetividade, simultaneamente. Quanto a metodologia utilizada, trata-se de interpretação jurídica dogmático, em razão do tema ter como balizador o princípio da legalidade e a positivação do direito. E como meio de pesquisa, a técnica bibliográfica, por meio de referenciais teóricos

¹ Advogada formada pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Pós-graduanda em Tribunal do Júri e Execução penal pelo Legale Educacional. Membro das comissões da OAB RJ de Penal e Processo Penal da 32ª Subseção e Investigação Defensiva da Seccional. E-mail: adv.monteirocaroline@gmail.com

² Orientador da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes (RJ) (2012). Professor Assistente Mestre I da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio, Advogado, Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. E-mail: alexandre.pereira@mackenzie.br CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1714003602508564>



publicados, com fundamentação também na norma jurídica e as disposições legais vigentes, com intuito de angariar toda fundamentação teórica imprescindível ao desenvolvimento da temática trazida à tona.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Circunstâncias Judiciais; Subjetividade; Discricionariedade Vinculada; Limites.

ABSTRACT: This research aims to analyze the discretion of the magistrate in the application of the penalty, delimiting the study in the first phase, namely the determination of the base sentence, the moment when he values the judicial circumstances described in art. 59 of the Penal Code (PC). The system for determining the penalty presupposes that the judge makes a reasoned decision. In the function of setting the penalty, the judge has a certain subjective freedom to evaluate and judge the concrete case. The magistrate goes through three phases, in line with Nelson Hungria's three-phase system. For this, some important constitutional principles are analyzed and their importance in the individualization of the penalty. The judicial circumstances, present in art. 59 of the Penal Code, are presented, individualizing them, pointing out their main characteristics and the understanding of the Superior Courts on their application. The judicial activity of fixing the penalty is performed by the judge in the sentence, it is necessary to understand that the judicial decision is not the result of reason or subjectivity, but of reason and subjectivity, simultaneously. As for the methodology used, it is a dogmatic legal interpretation, due to the theme having as a guide the principle of legality and the positivization of law. And as a means of research, the bibliographic technique, through published theoretical references, also based on the legal norm and the current legal provisions, in order to raise all the theoretical foundations essential for the development of the theme brought to light.

KEYWORDS: Criminal Law; Judicial Circumstances; Subjectivity; Binding Discretion; Limits;

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a discricionariedade do magistrado na aplicação da pena, com enfoque na primeira fase da dosimetria da pena, momento em que ele valora as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal (CP).

Este projeto será desenvolvido por meio do método de interpretação jurídica dogmático, em razão do tema ter como balizador o princípio da legalidade e a positivação do direito. E como meio de pesquisa, a técnica bibliográfica, por meio de referenciais teóricos publicados, com fundamentação também na norma jurídica e as disposições legais vigentes, com intuito de angariar toda fundamentação teórica imprescindível ao desenvolvimento da



temática trazida à tona. Para isso, procedeu-se a leitura de uma vasta gama de artigos científicos, revistas e doutrinas, tendo sempre como norte o senso crítico.

Inicialmente discutir-se-á sobre os mais elementares princípios constitucionais que influenciam na dosimetria da pena, quais sejam: dignidade da pessoa humana, proporcionalidade da pena, individualização da pena, vedação da dupla punição pelo mesmo fato, presunção de inocência e motivação das decisões.

Em seguida, há um estudo acerca da aplicação da pena, conceitua-se as fases do sistema trifásico de Nelson Hungria, tendo como destaque a primeira fase, que é a fixação da pena-base prevista no art.59 do CP, discorrendo sobre cada uma das circunstâncias judiciais e apresentando o entendimento dos Tribunais para cada elemento.

Por fim, há uma análise acerca da subjetividade contida no ato de julgar, especificamente na fixação da pena. Neste trabalho delimitamos o estudo da fixação da pena à primeira fase do sistema trifásico.

Apresenta-se o tema desta pesquisa: Circunstâncias Judiciais: a subjetividade na aplicação do art. 59 do Código Penal na dosimetria da pena. A questão a ser dirimida é “Qual o limite da subjetividade do juiz na aplicação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP na dosimetria da pena?”

Dessa maneira, tem-se como objetivo geral analisar o limite da subjetividade do juiz na aplicação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP na dosimetria da pena. Ademais, esta pesquisa tem como objetivos específicos: analisar os mais importantes princípios constitucionais que influenciam na dosimetria da pena e qual a delimitação da subjetividade do magistrado ao julgar.

Analisando-se a aplicação das circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena nota-se que não há um critério matemático estabelecido para sua aplicação, ou seja, há uma lacuna legal em que o magistrado detém uma certa liberdade subjetiva para avaliar e julgar o caso concreto, será sobre a subjetividade na aplicação das circunstâncias judiciais que vamos nos concentrar.



É importante destacar que, dentro dessa discricionariedade que o juiz possui ao fixar a pena-base, ele deve, fazê-lo sempre motivadamente, principalmente quando aplica a pena-base acima do mínimo legal. Nesse sentido dispõe o art. 93, IX, Constituição Federal (CF) (BRASIL, 1988).

A pesquisa não tem a finalidade de exaurir o assunto em torno da delimitação da subjetividade do magistrado ao fixar a pena-base, mas tão somente colaborar com a ciência jurídica, visando indicar um critério justo de análise dessas circunstâncias judiciais que possibilite conhecer os limites dessa valoração.

2. PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A SENTENÇA PENAL

O termo princípio advém do latim *principium*, que exprime a ideia de começo, origem, causa próxima, o início. No sentido jurídico, o princípio indica o caminho a ser seguido, serve como base para interpretação das normas. Segundo Cleber Masson (2019, p.96), “os princípios são valores fundamentais que inspiram a criação e a manutenção do sistema jurídico.”

O Direito Penal visa regular conflitos oriundos desses impulsos e vontades quando se perfazem em condutas determinadas como indesejadas pelo legislador. O magistrado possui certa discricionariedade na aplicação dos parâmetros estabelecidos para sanção penal, devendo se valer dos princípios para auxiliá-lo nessa tarefa, como individualização da pena, proporcionalidade, mas principalmente, o supra princípio da dignidade humana. Assevera Rogério Sanches (2019, p.116) “a ninguém pode ser imposta pena ofensiva à dignidade da pessoa humana, vedando-se a reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante”.

- **Princípio da dignidade da pessoa humana**



Atribui-se ao Cristianismo as primeiras preocupações relacionadas a dignidade da pessoa humana. Contudo, foi a partir do Iluminismo que a noção de dignidade da pessoa humana passou a ter efeitos jurídicos (CARVALHO, 2006, p.21).

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, é um dos fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), além disso é um dos princípios regentes nas relações internacionais (art. 4º, II, da CF/88). Isso significa que não há Estado Democrático de Direito sem respeito à dignidade do ser humano. A partir da sua inclusão no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, o princípio obteve reconhecimento universal (SILVA, 2020, p.104).

Destaca Nucci (2015, p.39) que para preservar a dignidade do ser humano é essencial o fiel respeito aos direitos e garantias individuais, por essa razão, este princípio é tido como base do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o Processo Penal se propõe a identificar a autoria e materialidade do delito praticado e o Estado Democrático de Direito deve aplicar a sanção adequada e proporcional em relação à infração cometida, daí a humanidade da pena ser um elemento constitutivo do próprio Direito Penal.

Assevera Nucci (2015, p.46) que apesar do prazer oriundo do sentimento de vingança possa estar relacionado a personalidade de algumas pessoas, esse sentimento não deve transformar-se em objetivo do Estado, ente que representa o Direito e a Justiça. A vontade do Estado se perfaz na atuação dos seus agentes, dessa forma se eles passarem a agir, com ânimo de vingança, querendo ferir ou lesar aquele que, porventura, fez o mesmo a seu semelhante, não mais se poderá falar em Estado Democrático de Direito e muito menos em respeito à dignidade da pessoa humana.

Por fim, vale ressaltar que a força normativa deste supra princípio se espalha por todo ordenamento jurídico pátrio, visando conferir ao acusado o direito a um julgamento justo e não somente o respeito às normas jurídicas, com direito de produzir provas e contraprovar, alegar e defender-se, sob o manto do contraditório, da ampla defesa e



buscando a paridade de armas, além disso o princípio da dignidade humana serve de base para outros princípios penais fundamentais e sob nenhuma hipótese, admitindo abuso, exagero e a desumanidade.

- **Princípio da proporcionalidade da pena**

A proporcionalidade no Direito Penal se manifesta na aplicação da pena na medida exata da consecução de sua finalidade social, compreendendo, além da proibição do excesso, a proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Assim, não pode haver desproporcionalidade entre o bem jurídico penalmente tutelado e a pena conferida em razão da infração penal praticada. Nesse sentido, não pode o legislador estabelecer penas excessivas em relação à gravidade do delito, assim como não lhe é permitido cominar penas muito brandas a crimes considerados graves (SILVA, 2020, p. 156).

O princípio da proporcionalidade encontra-se implícito no artigo 5º, caput, CF/88 vedando penas excessivas ou desproporcionais e no artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.”

Nucci (2015, p. 371) aponta que as penas devem ser individualizadas e proporcionais ao delito cometido, devendo assim alcançar dois objetivos: a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas e, b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime.

O primeiro objetivo é direcionado ao legislador, ao criar um novo tipo incriminador ou quando for alterar a espécie, forma ou quantidade de sanção penal. O segundo, é direcionado ao juiz, ressaltando a importância da fundamentação de sua decisão e que está deve estar pautada no equilíbrio, indicando a razoável proporção entre o peso da sanção e o dano provocado pela infração penal.



- **Princípio da individualização da pena**

“O julgamento não é um ato de consciência, mas uma função social disciplinada e exigente. (...) para que o magistrado não projete na sentença o tumulto de seu mundo interior” (ROBERTO LYRA *apud* BOSCHI, p.143). Página | 29

O ilustre Cléber Masson (2019, p. 450) conceitua o princípio da individualização da pena:

[...]repousa no ideal de justiça segundo o qual se deve distribuir, a cada indivíduo, o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento – o que em matéria penal significa a aplicação da pena levando em conta não a norma penal em abstrato, mas, especialmente, os aspectos subjetivos e objetivos do crime.

O princípio da individualização da pena tem previsão constitucional, artigo 5º, XLVI da CF/88, está previsto, também, no artigo 59 do Código Penal (CP), o qual fixa os critérios norteadores da quantidade e da qualidade da sanção estatal a ser aplicada em cada caso concreto.

Segundo Nucci (2015, p.258) a aplicação da pena implica retribuição justa da culpabilidade e prevenção pela prática do delito, esse binômio constitui a individualização da pena. É sabido que todos são iguais perante a lei, mas não perante uns e outros. Cada qual mantém a sua individualidade, desde o nascimento até a morte. Esse contorno íntimo deve ser observado pelo magistrado no momento de aplicação da pena, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Nessa esteira, entende-se inconstitucional a tese segundo a qual a pena, quando aplicada no mínimo legal, dispensa fundamentação.

A aplicação da pena deve pautar-se na individualização das condutas, participações, motivação, pois a Constituição ao instituir o princípio da individualização da pena como uma das garantias constitucionais do indivíduo o fez contra a pretensão de punir do Estado, que não vem em favor apenas do condenado, mas também da própria sociedade, que o receberá depois de transcorrida a pena (STJ, Sexta Turma, Informativo nº 438, 7 a 11 de junho de 2010).



A fixação da pena constitui, conforme o art. 59 do Código Penal, uma tarefa que o juiz deve desempenhar de modo discricionário, mas não arbitrário. Essa discricionariedade é juridicamente vinculada, visto que o juiz deve estar adstrito às finalidades da pena e aos fatores determinantes do quantum punitivo.

Na Apelação 1.0026.11.000123-2/001/MG, 2ª Câmara Criminal, julgado em 14.06.2012, o relator Des. Nelson Missias De Moraes assevera que a individualização da pena constitui um direito subjetivo do acusado, que diante de uma condenação criminal, deve pugnar pelo seu direito de obter uma pena justa, imparcial e livre de qualquer forma de padronização.

- **Princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato**

Nas palavras de Nucci (2015, p. 400) o princípio da proibição da dupla punição em virtude do mesmo fato criminoso decorre de dois princípios constitucionais: o princípio da legalidade em harmonia com o princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo acontecimento. Este último encontra-se expresso na Convenção Americana dos Direitos Humanos em seu art. 8.º, 4 “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”, e no cenário constitucional pela abertura concedida pelo art. 5.º, § 2.º, da CF.

Na fixação da pena-base, deve se levar em conta o caráter residual das circunstâncias estabelecidas no art. 59 do CP, ou seja, se não constituírem qualificadoras/privilégios, causas de aumento/diminuição ou agravantes/atenuantes, podem ser levadas em conta na eleição do quantum da pena-base, observando-se o princípio da individualização da pena, torna-se crucial atentar para a dupla punição, evitando-se o abuso indevido na reprimenda estatal.

A jurisprudência do TRF-3 ilustra a inadmissibilidade de coincidência com antecedente criminal: “Configura dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*) a consideração da mesma condenação como circunstância judicial desfavorável e como



agravante de pena pela reincidência. Súmula 241 do STJ” (ACR 197 MS 2005.60.04.000197-8, 2.ª T., rel. Henrique Herkenhoff, d. julgamento 04.03.2008).

Noutro sentido, os tribunais superiores admitem não haver coincidência com antecedente criminal quando há a utilização de fatos diversos para a caracterização dos maus antecedentes e da reincidência: Página | 31

AgRg no AREsp 307775 – DF, 6.ª T., rel. Og Fernandes, 07.05.2013, v.u. Possibilidade da utilização de duas ou mais condenações transitadas em julgado, sendo uma como maus antecedentes, influenciando na fixação da pena base, e as demais como reincidência, majorante na segunda fase da dosimetria, sem que se configure bis in idem

HC 291.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2016, DJe 30/9/2016 A folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo necessária a apresentação de certidão cartorária’.

HC 235.813/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 26.09.2012 não configura bis in idem a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado, para caracterizar os maus antecedentes e a reincidência do paciente, desde que distintamente sejam utilizadas para exasperar a primeira e segunda fases da dosimetria.

- **Princípio da presunção de inocência**

Cesare Beccaria (2011, p. 41), em sua célebre obra *Dos Delitos e Das Penas*, já recomendava que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

Esse direito de não ser declarado culpado enquanto ainda há dúvida sobre se o acusado é culpado ou inocente está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CF/88. Acolhido também pelo artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do ano de 1789: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.



O princípio da presunção de inocência também denominado como estado de inocência ou princípio da não culpabilidade, tem por função garantir ao acusado a promoção do seu direito à liberdade quando este é contraposto ao *ius puniendi* estatal no âmbito do processo penal. Desse modo, enquanto não for condenado por sentença penal transitada em julgado, é garantido ao acusado a não culpabilidade, impedindo, assim, quaisquer medidas que afetem a sua liberdade ou restrinjam os seus direitos. As prisões cautelares excepcionam essa regra, uma vez que existem em razão da efetividade do processo penal e são limitadas pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (SILVA, 2020, p.333).

O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, prevalece o estado natural de inocência inerente a todo o ser humano, que decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Sendo assim, a busca pelo estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo. (NUCCI, 2015, p. 455)

É fundamental considerar que a culpa, no cenário criminal, deriva da prova incontestada da prática de uma infração penal. Portanto, o dever de provar esta culpa é do órgão acusatório. Sendo assim, o acusado possui o direito ao silêncio durante a investigação e o processo criminal, sem que o seu exercício sirva como justa causa para a denúncia ou como fundamento para a condenação. O direito ao silêncio remete ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), uma vez que ninguém é obrigado a produzir provas contra si, sendo o silêncio um comportamento lícito em prol da defesa. As provas fornecidas pelo réu somente são lícitas caso sejam apresentadas de modo voluntário e consciente. (NUCCI, 2015, p. 455 - 457).

Logo, neste contexto, todo o conteúdo carreado nos autos deve ser interpretado em favor do acusado, conclui-se, então, que se inexistirem elementos suficientes para a condenação do réu, prevalece a presunção de sua inocência, impondo-se dessa forma a sua absolvição nos termos do artigo 386, VII do CPP, uma vez que não restou demonstrada a sua culpa.



- **Princípio da motivação das decisões**

A fixação da pena obedece a estágios e fases, devendo cada parcela ser devidamente motivada, uma vez que o acusado tem o direito de saber por que é punido, bem como saber por que de ter recebido esta pena, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Página | 33

O fundamento da sentença condenatória constitui a base sobre a qual o magistrado ajuíza legitimidade, perante a sociedade, para exercer sua função jurisdicional. Aplicar a sanção penal depende de raciocínio, ponderação, bom senso, prudência e sensibilidade, todos os fatores conectados à lei, segundo o princípio da legalidade (NUCCI, 2015, p.262)

Nucci esclarece que (2015, p.260) o estágio primário, realiza a escolha inicial do montante da pena, há a incidência do sistema trifásico, previsto no art. 68 do Código Penal: fixa-se a pena-base (art. 59, CP – circunstâncias judiciais); após, lança-se mão das agravantes e atenuantes (arts. 61 a 66, CP – circunstâncias legais); na sequência, aplicam-se as causas de aumento e diminuição da pena (encontradas na Parte Geral e na Parte Especial).

O segundo estágio abarca a definição do regime aplicável, tratando-se de pena privativa de liberdade: fechado, semiaberto e aberto. O terceiro estágio se dá pela aplicação de benefícios, como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, CP), bem como a aplicação de suspensão condicional da pena (art. 77, CP).

A concretização da pena necessita de motivação, seja para estabelecer-se no patamar mínimo, seja para encampar montantes mais elevados, nesse contexto, cada um dos estágios e de suas fases internas devem ser, convenientemente, motivados, sob pena de afrontar o princípio da individualização da pena, sob pena de nulidade da sentença conforme preconiza o art. 93, IX, CF/88:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei



limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifo nosso)

Assevera Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1611) que a motivação dos atos jurisdicionais, é uma garantia processual expressa constitucionalmente, fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido pelo magistrado na valoração da prova, com intuito de verificar se este levou em consideração todos os argumentos e provas produzidas pelas partes.

O Desembargador Nelson Missias De Moraes explica que no processo de individualização da pena, não basta que se faça, na sentença, expressa menção às circunstâncias descritas no art. 59 do CP. Cada circunstância deve exprimir um conteúdo fático extraído do processo para que não signifique uma palavra vazia de sentido e alcance, ou nada dizem, se não se demonstrar, por meio de fatos concretos, a conduta culpável, se não se mencionar explicitamente o perfil de vida precedente ao crime, se não se descreverem os papéis exercidos na comunidade social que se insere, assim por diante. Apenas repetir as palavras do texto normativo não significa individualizar a pena. (Apelação 1.0026.11.000123-2/001/MG, 2ª Câmara Criminal, julgado em 14.06.2012, o relator Des. Nelson Missias De Moraes)

A aplicação das circunstâncias judiciais, que se dá na primeira fase da dosimetria da pena, tem caráter residual, não há um critério matemático estabelecido para sua aplicação, ou seja, há uma margem legal em que o magistrado detém uma certa liberdade subjetiva para avaliar e julgar o caso concreto.

Por fim, leciona Khaled Junior (2013, p.544) “Em primeiro lugar, podemos dizer que a exigência de motivação visa favorecer a estrutura de contenção do poder punitivo que deve caracterizar o aspecto processual do sistema penal”, ou seja, a busca de uma garantia da justiça contra o arbítrio. É na motivação da decisão que se verifica o itinerário lógico percorrido pelo julgador para a apuração do fato delitivo, que se observa o cumprimento das



regras do contraditório e, acima de tudo, as circunstâncias factuais extraídas dos autos e que formaram a "verdade" do juiz. “Atribuição ao juiz de uma "função epistêmica de busca da verdade" maximiza os espaços de discricionariedade potestativa que a exigência de motivação pretende controlar, enfraquecendo de forma substancial essa garantia” (KHALED JUNIOR, 2013, p.555). Página | 35

3. DA APLICAÇÃO DA PENA

- **Sistemas ou critérios de aplicação da pena**

É imperioso iniciar este capítulo destacando que os atuais critérios de aplicação da pena no Brasil foram delineados pela reforma que ocorreu em 1984 na Parte Geral do Código Penal de 1940 que trouxe significativas e inovadoras mudanças.

O art.42 do Código Penal de 1940 previa “compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime”, o artigo em comento limitava a individualização penal à fixação das penas aplicáveis dentre as cominadas e da quantidade da pena nos limites legalmente estabelecidos, com a reforma de 1984, acrescentou-se a conduta social e o comportamento da vítima aos elementos previstos no art. 42, além disso substituiu a intensidade do dolo e o grau de culpa pela culpabilidade do agente (ROIG, 2015, p. 27).

A nova redação dada ao dispositivo que trata da aplicação da pena, qual seja o art. 59 do CP, trouxe a previsão inédita dos fins da pena que deverão ser observados pelo magistrado quando da sua aplicação. Leciona Rossetto (2014, p.116) que a apreciação da necessidade e suficiência de repressão e prevenção do crime, prevista na parte final do art. 59 do CP, significa que a “pena necessária e suficiente” está relacionada a qualidade e quantidade da pena e o modo de sua execução. Esta nova redação dada ao artigo em análise estabeleceu um vetor para a dosimetria da pena: o princípio da proporcionalidade.



No tocante ao procedimento de aplicação de pena, a reforma expressamente adotou o método trifásico preconizado por Nelson Hungria, previsto no art. 68 do CP, em que primeiro se fixa a pena-base, para tal serão valoradas as circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do CP, em segundo lugar, serão analisadas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, serão analisadas as causas de diminuição e aumento de pena. Página | 36

Art. 68, CP - 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.

Cumprido destacar algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca do tema da aplicação da pena:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS PELO COLEGIADO A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO DO PLEITO DEFENSIVO. TESE NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. ÓBICE AO EXAME DA MATÉRIA POR ESTE TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 231. PENA BASE NO PISO LEGAL. COMPENSAÇÃO DE ATENUANTE COM MAJORANTE VEDADA. DEVIDA OBSERVÂNCIA AO CRITÉRIO TRIFÁSICO. ART. 68 DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 4. Conforme o disposto no art. 68 do Código Penal, "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". 5. A vindicada compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a majorante do emprego de arma implicaria subversão do critério trifásico estabelecido pela legislação penal, pois tais circunstâncias devem ser sopesadas em etapas distintas da individualização da pena. Precedentes. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 377.744/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 15/03/2017) (grifo nosso)

- **Primeira fase da dosimetria da pena – as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP**



Leciona Juarez Cirino do Santos (2014, p. 526) que a definição da pena-base se operacionaliza com a valoração das oito circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP, quais sejam: elementos do agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), do fato (circunstâncias e consequências do crime) e da vítima (comportamento da vítima). O ponto de partida para a fixação da pena-base deve ser o mínimo legal da pena estabelecida para o delito em questão. Página | 37

Assevera Bitencourt (2020, p. 852) que, a ausência de fundamentação na valoração das circunstâncias judiciais ou a sua análise deficiente acarreta nulidade absoluta da decisão judicial. Contudo, a jurisprudência se firmou no sentido de que, quando imposta a reprimenda em seu patamar mínimo, prescinde-se de fundamentação judicial.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 3º, DO CP. REGIME PRISIONAL FECHADO: AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(HC 195367 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 25-02-2021 PUBLIC 26-02-2021) grifo nosso

Importa destacar a diferença entre as elementares e as circunstâncias. Masson (2019, p.946) esclarece que, as elementares são componentes da estrutura da figura típica do tipo penal, normalmente encontram-se descritas no caput. Já as circunstâncias se dividem em dois tipos: legais e judiciais. As circunstâncias legais são dados que agregam ao tipo fundamental com a finalidade de aumentar ou diminuir a quantidade da pena, normalmente encontram-se nos parágrafos vinculados ao tipo penal.

Por fim, as circunstâncias judiciais possuem natureza residual, pois somente incidem quando não configuram circunstâncias legais. Segundo Boschi, (2011, p.160) as



circunstâncias previstas no art. 59 do CP são denominadas judiciais porque quem valora cada uma delas é o magistrado, no momento em que estiver individualizando a pena-base, ao passo que a carga de valor das circunstâncias legais foi estabelecida pelo legislador e, portanto, não pode ser alterada pelo juiz.

Defende Masson (2019, p.954) que, a pena-base deve partir do mínimo legal somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu. Desse modo, se uma delas lhe for desfavorável, o magistrado deve elevá-la acima do piso. Sendo assim, se diversas circunstâncias judiciais apresentarem-se como prejudiciais ao acusado, não há impedimento que seja imposta pena máxima, ou então, próxima do máximo legal.

De modo diverso assevera Boschi (2011, p. 188) que, a pena-base deve ser individualizada dentro das margens do mínimo legal e o termo médio.

- **Das circunstâncias judiciais**

- 1.1.1. Culpabilidade

A partir da Reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209/1984, a circunstância judicial “culpabilidade” prevista no art. 59 do CP substituiu as expressões “intensidade do dolo” e “grau da culpa”, previstas originariamente no art. 42 do Código Penal. Segundo Masson (2019, p.956) “o legislador agiu corretamente, pois com a adoção do sistema finalista, o dolo e a culpa passaram a ser considerados no interior da conduta, integrando a estrutura do fato típico”.

A culpabilidade enquanto elemento componente do conceito do crime difere da culpabilidade enquanto simples circunstância judicial.

Masson (2019, p. 956) esclarece que, a culpabilidade em sentido estrito compõe a existência do delito, ou seja, representa o próprio juízo de reprovabilidade ou censurabilidade, que recai sobre o responsável por um crime ou contravenção penal, no intuito de desempenhar o papel de pressuposto de aplicação da pena, cujos fundamentos são



a imputabilidade, a consciência potencial da ilicitude e a exigibilidade de comportamento diverso.

Bitencourt (2020, p.842) define a culpabilidade presente no art. 59 do CP como “elemento de determinação ou de medição da pena” porque “nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta”.

É imperioso destacar jurisprudência em tese do STJ no sentido de esclarecer que a culpabilidade normativa, que engloba a consciência de ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elemento do tipo penal, não se confunde com a circunstância judicial da culpabilidade (art.59 do CP), que diz respeito à demonstração do grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta praticada.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DANO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. INEXISTÊNCIA DE CONFISSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I [...]

III - A **culpabilidade, para fins do art. 59 do CP**, deve ser compreendida como **juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu**. Nesse compasso, para a sua adequada valoração devem ser levadas em consideração as especificidades fáticas do delito, bem como as condições pessoais do agente no contexto em que praticado o crime.

[...]

(AgRg no HC 639.128/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021) (grifo nosso)

1.1.2. Antecedentes

A doutrina de Bitencourt (2020, p. 842) define antecedentes como histórico de fatos anteriores praticados pelo acusado, que podem ser positivos ou negativos e, que são capazes de influenciar na aplicação da pena-base. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem



a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos.

Rosseto (2014, p. 123) salienta que não devem ser confundidos os antecedentes com conduta social, uma vez que a Reforma Penal de 1984 separou o conceito de antecedentes de conduta social, de modo que os antecedentes se referem ao histórico criminal.

Costa (2013, p. 151) afirma que essa circunstância judicial vem sofrendo uma interpretação restritiva, com fulcro no princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF/88) ou da não culpabilidade, assim somente podem ser considerados como maus antecedentes as condenações, com trânsito em julgado, existentes antes da prática do delito. Ou seja, inquéritos instaurados e processos criminais em andamento, absolvições por insuficiência de provas, não podem ser considerados como “maus antecedentes”.

O STJ possui entendimento pacificado nesse sentido, consubstanciado na Súmula 444 “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Mencione-se que o referido trânsito em julgado pode ter acontecido, inclusive, no curso da ação penal em apreciação, desde que a prática do delito tenha se dado em momento anterior ao fato objeto de análise. Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. **CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR, MAS COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À DATA DO ILÍCITO PENAL EM ANÁLISE. MAUS ANTECEDENTES.** POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME MAIS GRAVOSO. ADEQUADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE ELEVOU A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

II - Esta Corte tem entendimento reiterado de que a **condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a**



agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado.

[...]

(AgRg no HC 563.932/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020) grifo nosso

Costa (2013, p. 151) salienta que embora a reincidência caracterize um antecedente negativo do condenado, por força do *non bis in idem*, o mesmo fato delituoso não pode ser considerado simultaneamente como mau antecedente e reincidência. Sobre a impossibilidade da reincidência ser duplamente valorada, dispõe a Súmula 241 do STJ “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

O prazo de cinco anos para a prescrição da reincidência, prevista no art. 64, I, do CP, deveria ser estendido aos maus antecedentes. Esse é o entendimento do Boschi (2011, p. 168) que defende que “Com efeito, carece de sentido que o decurso de tempo produza o desaparecimento da reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos da causa legal de menor expressão jurídica, qual seja, a dos antecedentes”.

Sobre esse aspecto, decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) no ARE 925136 AgR, que as condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pela prescrição quinquenal prevista no art. 64, I do CP, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes (ARE 925136 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 02/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016).

1.1.3. Conduta social

Sustenta Bitencourt (2020, p. 843) que na circunstância judicial “conduta social” deve ser analisado o conjunto do comportamento do acusado em seu meio social, abrangendo suas relações familiares, na sociedade, na empresa, na associação de bairro.



Santos (2014, p. 532) critica esse conceito pela “contradição com o direito penal do fato: julgar o homem pelo que é, e não pelo que fez, reintroduz o proscrito direito penal do autor”.

Afirma Nucci (2014, p.655) que a prova da conduta social se faz por todos os meios legítimos admitidos, especialmente pela prova testemunhal. O autor, afirma, ainda que as chamadas “testemunhas de antecedentes”, em verdade exercem a função de “testemunhas de conduta social”.

Nesse sentido, segue jurisprudência do STJ:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. **CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** 1. Para a análise da **conduta social**, deve-se **observar os dados em relação à vida do réu, o modo como ele vive e se relaciona com as pessoas. O histórico de vida social do condenado, ou seja, como é a sua interação com a vizinhança, família e trabalho.** No caso concreto, o **magistrado, pautado nos depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo**, considerou a conduta social do réu prejudicial, vez que foi relatado que ele vive a furtar para manter o vício das drogas. Dessa forma, há fundamentação idônea para a exasperação da pena-base em relação à circunstância judicial da conduta social, visto que fixada mediante fundamentação concreta, dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada.

(...)

(AgRg no AREsp 1113021/TO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017) grifo nosso

1.1.4. Personalidade do agente

A personalidade do agente é considerada pela doutrina como circunstância judicial de difícil avaliação pelo magistrado, haja vista sua complexidade. Santos (2014, p. 532)



ressalta que o conceito de personalidade é controverso no âmbito da Psicologia ou Psiquiatria modernas, por ter limites imprecisos. Dessa forma, Santos questiona como poderia o magistrado, que não possui formação na psicologia nem em psiquiatria, delinear a personalidade do acusado.

[...]a personalidade (a) seria delimitada pelo ego, como o perceptivo-consciente responsável pelas decisões e ações da vida diária? (b) abrangeria o superego como instância de controle ou censura pessoal? (c) enfim, incluiria as pulsões instintuais do id, como fonte inconsciente da energia psíquica, regida pelo princípio do prazer?

A personalidade é um processo em constante formação, transformação e deformação. Boschi (2011, p.172) afirma que, a personalidade não é algo que nasce com o indivíduo e se estabiliza ali. “Ela “nasce” com ele e, também se modifica, continuamente abrangendo, além de manifestações genéticas, também traços emocionais e comportamentais, herdados ou continuamente adquiridos”.

Em verdade, o que se constata na prática forense é a redução da circunstância da personalidade a juízos sobre o temperamento e o caráter do acusado, conforme observado pelo Paganella Boschi (2011, p. 172):

[...]de modo geral, da leitura das sentenças e dos acórdãos, fácil é a percepção de que os juízes, em suposto cumprimento à dicção do art. 59 do CP, limitam-se a fazer afirmações genéricas do tipo “personalidade ajustada”, “desajustada”, “agressiva”, “impulsiva”, “boa” ou “má”, afirmações que nada dizem tecnicamente, salvo em nível de temperamento ou caráter. O mergulho na história pessoal e familiar do acusado é, em regra, bastante raso.

Apesar da opinião doutrinária, amparada em pertinente fundamento, infere-se que o STF tem considerado a personalidade perigosa e voltada para o crime como dado idôneo:

EMENTAS: 1. AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. **Circunstâncias judiciais desfavoráveis**. Conduta social negativa. Passagens pela polícia. Processos penais sem condenação. Não caracterização. A existência de inquéritos ou processos em andamento não constitui circunstância judicial desfavorável. 2. AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização.



Circunstâncias judiciais desfavoráveis. **Personalidade do agente voltada para o crime.** Base empírica. Inexistência. Não caracterização. Desajudada ou carente de base factual, é ilegal a **majoração da pena-base pelo reconhecimento da personalidade negativa do agente.** 3. AÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Pena. Individualização. Circunstâncias judiciais. Consequências do delito. Elevação da pena-base. Idoneidade. Fixação no acima do dobro do mínimo legal. Abuso do poder discricionário do magistrado. Inteligência do art. 59 do CP. HC concedido, em parte, para redimensionar a pena aplicada ao paciente. É desproporcional o aumento da pena-base acima do dobro do mínimo legal tão-só pelas consequências do delito.

(HC 97400, Relator(a): CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 02/02/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-03 PP-00674 RTJ VOL-00222-01 PP-00353) (grifo nosso)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. **CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.** ARTS. 59 E 68, CP. ART. 93, IX, CF. [...]3. O juiz sentenciante analisou as **circunstâncias judiciais desfavoráveis** ao paciente, tendo expressamente apontado seus péssimos antecedentes criminais, sua **personalidade perigosa**, sua má conduta social, e as nefastas consequências e circunstâncias do crime.

(RHC 92295, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-02 PP-00444) (grifo nosso)

1.1.5. Motivos

Os motivos determinantes do crime consistem nas razões que nortearam o condenado quando da prática da infração. Cabe ressaltar que, o motivo do crime não se confunde com o dolo e a culpa, visto que estes são elementares do tipo penal, logo não podem ser considerados como circunstância desfavorável (ROSSETO, 2014, p. 130).

Sobre a circunstância judicial “motivos do crime”, decidiu a 5ª Turma do STJ, nos autos do Habeas Corpus nº126.937/MS:

HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.



PERSONALIDADE. CONSIDERAÇÃO COMO NEGATIVA COM BASE EM CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO UTILIZADA PARA CONFIGURAR A REINCIDÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. BIS IN IDEM. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. INVIABILIDADE PARA AFERIR NEGATIVAMENTE A PERSONALIDADE DO AGENTE. **MOTIVOS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

[...]

3. Os **motivos do crime justificam maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que o paciente praticou o delito para "livrar-se de abordagens policiais", o que traduz, por certo, maior censurabilidade da sua conduta.**

(STJ, 5ª Turma, HC 126.937/MS, Rel. Min. JORGE MUSSI, j. 15.04.2010, DJe 03.05.2010) (grifo nosso)

A circunstância judicial (favorável ou desfavorável ao réu) só será aplicada quando a motivação não caracterizar elementar do delito, qualificadora, causa de diminuição ou de aumento da pena, ou atenuante ou agravante genérica. A respeito, o STJ publicou o informativo nº 608, em 30 de agosto de 2017, no qual esclareceu que os “motivos apontados (obtenção de lucro fácil e cobiça)” não podem ser utilizados para exasperação da pena-base, pois “constituem elementares dos tipos de concussão e corrupção passiva (arts. 316 e 317 do CP)”.

1.1.6. Circunstâncias

Paganella Boschi (2011, p.178) afiança que as “circunstâncias do crime têm natureza objetiva, porque dizem respeito aos aspectos laterais, periféricos, que circundam o fato propriamente dito e fornecem a este um colorido especial”. As circunstâncias do crime referidas no art. 59 do CP não se confundem com as circunstâncias legais previstas expressamente no CP. Quando a situação for valorada como circunstância legal, não pode ao mesmo tempo ser valorada como circunstância judicial, pois haveria dupla valoração, em uma afronta ao princípio do *bis in idem*.



1.1.7. Consequências do crime

A análise da circunstância judicial “consequências do crime” mensura os efeitos que o fato delituoso produziu, direta ou indiretamente, que transcendem ao resultado típico. Segundo Boschi (2011, p.179), as consequências do crime, representam o resultado da conduta humana tipificada penalmente, desde que estranhas as elementares do injusto penal. Santos (2014, p. 535) afirma que, as consequências representam resultados de “natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidos pelo crime, dotados de significação para o juízo de reprovação, mas inconfundíveis com o resultado do próprio tipo de crime”.

Ilustra, Bittencourt (2020, p.844):

É um grande equívoco afirmar — 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. Agora, podem ser consideradas graves as consequências porque a vítima, arrimo de família, deixou ao desamparo quatro filhos menores, cuja mãe não possui qualificação profissional, por exemplo.

1.1.8. Comportamento da vítima

A circunstância judicial “comportamento da vítima” foi acrescentada ao art. 59 do CP na Reforma de 1984 com a justificativa na Exposição de Motivos (item 50) de ser, muitas vezes, um fator criminógeno “por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa”.

Assevera, Bitencourt (2020, p.844) que “esses comportamentos são, não raro, verdadeiros fatores criminógenos, que, embora não justifiquem o crime, nem isentem o réu de pena, podem minorar a censurabilidade do comportamento delituoso, como, por exemplo, a injusta provocação da vítima”.

De acordo com Rosseto (2014, p.132):

A vitimologia classifica as vítimas em inocente, menos culpada, tão culpada como o réu e totalmente culpada. A contribuição da vítima para o



crime pode ser nenhuma, no caso de vítimas inocentes; pode ser parcial, no caso de vítimas ingênuas (em delitos sexuais), ou de vítimas descuidadas (em crimes patrimoniais); pode ser equivalente à contribuição do autor, no caso de provocação em crimes violentos; e pode, finalmente, ser total ou absoluta, no caso da situação de justificante de legítima defesa.

4. SUBJETIVIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

- **Atividade judicial de fixação da pena**

O nosso ordenamento jurídico, adotou o sistema trifásico para a dosimetria da pena, consagrado no art. 68 do CP, qual foi proposto por Nelson Hungria e que revela a necessidade de superar três etapas distintas para que seja encontrada a pena definitiva do condenado.

Cada etapa de fixação da pena deve ser suficientemente fundamentada pelo julgador, o que permite, dessa forma, a individualização da pena, além de conferir ao acusado o exercício da ampla defesa, visto que desta forma ele tem o direito de acompanhar e impugnar, se reputar adequado, cada estágio da aplicação da pena. Seguindo esse entendimento o STF se pronunciou nos autos do HC 106.965/AC, rel. Min. Ayres Britto, 2.^a Turma, j. 19.04.2011.

A necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Garantia constitucional que submete o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. O dever de motivação no trajeto da dosimetria da pena não passou despercebido à reforma penal de 1984. Tanto que a ele o legislador fez expressa referência na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao cuidar do sistema trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade.

Nucci (2019, p. 1013) esclarece que o magistrado, dentro dos limites fixados pelo legislador (mínimo e máximo), deve eleger o quantum ideal, utilizando-se da sua discricionariedade, por meio do livre convencimento. Schmitt (2015, p. 98) afirma que a



discricionariedade concedida ao magistrado na fixação da pena, não o exime do dever de motivar suas escolhas, sob pena de nulidade, conforme art. 93, IX, CF/88.

i. Discricionariedade judicial

Os juízes, na fixação do quantum sancionatório, atuam dentro da sua discricionariedade que é vinculada aos parâmetros estabelecidos pela lei, portanto, é necessário esclarecer que a origem da “discricionariedade” advém do direito administrativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro citada por Oliveira (2013, p. 118) conceitua a discricionariedade administrativa como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.

Di Pietro (2020, p. 246) destaca que “É amplo o âmbito de atuação discricionária da Administração Pública. Só que a discricionariedade nunca é total, já que alguns aspectos são sempre vinculados à lei”.

Importa destacar que o sistema jurídico requer do juiz uma atividade argumentativa com uma margem de discricionariedade vinculada aos preceitos constitucionais e a finalidade da lei. Nesse sentido, a jurisdição não se resume a uma simples atividade dedutiva, mas sim a atividade argumentativa que pressupõe a necessidade de motivação dos processos de decisão. (SIQUEIRA JR., 2017, p. 73).

ii. Sentença judicial e seus requisitos

A atividade judicial de fixação da pena é realizada pelo juiz na sentença judicial, nesse contexto, Mossin (2010, p. 612) conceitua sentença, na seara do processo penal, sendo o “ato processual por meio do qual o juiz aprecia as pretensões punitiva e de liberdade, aplicando o direito material na situação concreta a ele submetida no exercício jurisdicional”.

Boschi (2011, p. 342) apresenta o sentido etimológico da palavra “sentença” que “é sentimento, porque deriva do verbo “*sentire*” e por meio dela permite-se ver aquilo que o



juiz sentiu ao examinar os fatos, valorar as provas e aplicar as leis correspondentes”. Para Schmitt (2015, p. 15) “é a declaração judicial do direito no caso concreto. Na seara penal, nada mais é do que a decisão do juiz que condena ou absolve o réu.”

Boschi (2011, p. 341) esclarece que o juiz é “visto como um canal de comunicação entre as leis e o caso concreto, pois conferem a ele o dever de ajustar aos preceitos os fatos trazidos pelas partes ao seu conhecimento e julgamento”.

Pontua Vargas (2013, p.1) que é necessário compreendermos que a decisão judicial não é resultado da razão ou subjetividade, mas de razão e subjetividade, simultaneamente, nesse sentido o juiz não é parcial ou imparcial, mas parcial e imparcial. Por essa razão, “a decisão não é verdadeira ou falsa, mas verdadeira e falsa. É tudo isso. É humana”.

Segundo entendimento de Vargas (2013, p1) o discurso científico da objetividade e da técnica, que tem como pilares a experimentação, objetividade, neutralidade e generalização, foi responsável por consolidar a supremacia da técnica, a objetividade pura e a existência de verdades absolutas, resultando no discurso da neutralidade do cientista e também do juiz.

Ante a esse cenário, Vargas (2013, p.1) afiança que não há verdade absoluta, sendo assim as decisões judiciais sensatas não necessariamente são proferidas por juízes de cabeça fria e, portanto, que as emoções e razão se misturam.

Além disso, a complexidade que nos cerca, impede respostas prontas e acabadas, sendo necessário que o juiz saiba, que ao decidir, não estará sendo neutro nem puramente racional, pois sempre estará usando seus sentimentos, sua emoção e razão, sua pré-compreensão das coisas, sendo que não há outra saída, pois julgar é um ato humano e só pode ser entendido assim, pois somente o humano percebe o humano (VARGAS, 2013, p.1)

Alinhando a esse entendimento Antônio Magalhães Gomes filho citado por Boschi (2011, p. 342) aduz que:

Não é difícil constatar que o ideal de um ordenamento jurídico constituído de prescrições certas, inequívocas e capazes de fornecer soluções adequadas para cada situação, torna-se ainda mais distante nas sociedades contemporâneas, cuja complexidade traz à tona novos atores, conflitos e



valores, que demandam a incessante produção de normas, nem sempre coerentes em si e com conjunto normativo em si. Não bastam as leis, portanto. É indispensável a figura humana do juiz, que também não pode ser substituído por uma máquina de fazer sentenças.

Amilton Bueno de Carvalho (2015, p.2) destaca que o papel do magistrado é muito forte como agente criador da jurisprudência. Ele sugere que se pense num juiz que chora, sofre, ama e que se contamina pela angústia de seu povo. Aduz, ainda, que é necessário que o juiz, além de autoconhecer que conheça a realidade histórica com seus contornos: as forças em luta, a disputa hegemônica, as relações de poder. “Decidir com os olhos no futuro e não no passado, como se as coisas não se alterassem. É fazer parte ativa na construção de um novo modelo social”.

Importa destacar que o dever de motivar a decisão judicial constitui verdadeira garantia constitucional prevista no art. 93, IX, CF/88, funciona como importante forma de controle das partes sobre a atividade intelectual do juiz, nos esclarece Lima (2020, p. 1612) que se a fundamentação funciona como regra geral para a prolação de uma sentença, no âmbito do Tribunal do Júri, há a desnecessidade de motivação, em consonância com o disposto no art. 5º, inciso XXXVIII, CF/88, que consagra como garantia do júri o sigilo das votações.

Lima (2020, p.1613) ressalta que a ausência da fundamentação é vício de extrema gravidade. Na verdade, a ausência de fundamentação acarreta a nulidade absoluta da sentença, nos exatos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, c/c art. 564, V, do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/19.

Marco e Varisa (2011, p. 7), destacam a personalidade do juiz como um aspecto importante que incide diretamente na prolação da sentença, sobre a qual influem a educação geral e a jurídica, os valores, os vínculos familiares e pessoais, a posição econômica e social, os traços intelectuais e temperamentais. Desse modo, não há uma uniformidade do direito, uma vez que as personalidades dos juízes não são iguais e, da mesma forma, eles não têm iguais hábitos mentais e emocionais.



Em busca de se garantir maior racionalidade no processo decisório o Direito Constitucional e a Argumentação Jurídica se valem do princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e da ponderação de valores. Contudo, há que se destacar que com o surgimento de novos conflitos sociais é necessário que se busque novas respostas, a que muitas vezes os juízes não conseguem dar somente analisando um dispositivo de lei. Dessa forma, eles recorrem às suas próprias experiências de vida, e, como seres humanos, são influenciados por suas emoções e desejos, os quais inconscientemente são projetados na sentença (MARCO; VARISA, 2011, p. 8).

iii.O “livre” convencimento motivado

No sistema do livre convencimento motivado, expresso no art. 155, do CPP, o magistrado tem ampla liberdade para formar sua convicção, apreciando o conjunto probatório e valorando as provas constantes nos autos, deve, no entanto, fundamentar sua decisão pautando nos elementos de prova que fazem parte do processo (LIMA, 2020, p. 683).

Nesse sentido, Nucci (2021, p. 265) assevera que a liberdade concedida ao magistrado para a valoração da prova não se traduz em sua opinião pessoal ou vivência acerca de algo integrar o conjunto probatório, tornando-se, pois, prova. O magistrado extrai a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo sob o manto do contraditório e da ampla defesa. Contudo, é importante ressaltar que o julgador irá utilizar sua vivência, experiência e o discernimento necessários para decidir o caso concreto. “Não é menos verdade que todo juiz é, antes de tudo, um ser humano comum, carregando consigo suas boas e más tendências”.

Contudo, a liberdade do magistrado constante no livre convencimento motivado encontra limites nos parâmetros estabelecidos pela lei e na valoração das provas contidas nos autos, conforme entendimento do STF:



Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELA ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. **LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO**. CONCLUSÃO DIVERSA. NECESSIDADE DO REEXAME DE PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Vigora no sistema processual penal pátrio, como regra, o sistema do **livre convencimento motivado ou da persuasão racional**, segundo o qual o **magistrado tem ampla liberdade para valorar as provas** que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma fundamentada, isto é, deve motivar sua decisão, no sentido de condenar ou absolver o acusado, com amparo no **acervo probatório constante dos autos**. [...] (HC 185835 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020) (grifo nosso)

iv. Valoração das circunstâncias judiciais

Costa (2013, p.166) aduz que a lei não estipulou um *quantum* de aumento ou de diminuição da pena na valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, desse modo foi concedido ao magistrado a discricionariedade vinculada ao dever de fundamentação. As circunstâncias judiciais podem ser valoradas pelo julgador como neutras, favoráveis ou desfavoráveis ao acusado.

Primeiramente, destaca-se que os tribunais entendem majoritariamente que não se pode fixar a pena-base abaixo do mínimo legal, portanto a aplicação da pena deve partir sempre do valor mínimo estabelecido no preceito secundário do tipo penal, só podendo dele se afastar se houver algum vetorial negativo.

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. POSITIVAÇÃO. COMPENSAÇÃO COM CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVADA (CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO). POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO À REGRA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FILHOS ÓRFÃOS. DEPENDÊNCIA DO SUSTENTO FORNECIDO PELA VÍTIMA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NEGATIVAÇÃO. FUNDAMENTO IDÔNEO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.



1. **O sistema adotado pelo Código Penal, na fixação da pena-base, não é o do termo médio, mas, sim, o de que cada circunstância judicial desfavorável leva ao afastamento da pena-base do mínimo legal.** Por isso, via de regra, não se admite a compensação entre circunstâncias judiciais negativadas e outras consideradas favoráveis. Entretanto, a regra é excepcionada quando se trata do comportamento da vítima, pois é a única vetorial do art. 59, do referido Código, que não pode ser negativada, ou seja, nunca autoriza o aumento da pena-base, mas somente pode ser considerada como neutra ou favorável ao Condenado.

2. Quando o comportamento da vítima for positivado, ou seja, quando se entender que ele contribuiu para a ocorrência do delito, é admitida a compensação desse vetor com outra circunstância judicial desfavorável do art. 59 do Código Penal. Precedentes da Quinta e Sexta Turmas.

3. O único reflexo concreto que pode produzir o comportamento da vítima, na fixação da pena-base, é o de neutralizar ou diminuir a exasperação da reprimenda que seria efetivado em razão de outras circunstâncias judiciais que foram negativadas. Uma das maneiras possíveis de isso ser concretizado, pelo Julgador, é por meio da compensação. Se se afasta essa possibilidade, nega-se vigência ao art. 59 do Código Penal, que prevê que o comportamento da vítima é um dos fatores a ser avaliado na fixação da pena-base.

4. A compensação não é admitida no caso de o comportamento da vítima ser considerado neutro, mas tão-somente quando há a conclusão de que este contribuiu para a ocorrência do delito. E, se não tiver havido a negativação de nenhum outro vetor, a positivação do comportamento da vítima **não autoriza a fixação da pena-base em patamar abaixo do mínimo legal.**

(REsp 1847745/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2020, DJe 20/11/2020) (grifo nosso)

Nucci (2014, p. 757) esclarece que caso, diante da inexistência de provas nos autos para embasar a formação da convicção do magistrado em relação à existência de qualquer dos elementos do art. 59 do CP, as circunstâncias não devem ser consideradas na aplicação da pena, logo, seu peso é zero ou neutro. Portanto, a pena-base deve ser fixada no mínimo previsto no preceito secundário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS



O presente trabalho de conclusão de curso teve como objetivo principal analisar a subjetividade contida na valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Para tanto, foi indispensável analisar os princípios constitucionais garantistas que influenciam na dosimetria da pena.

Além disso, foi desenvolvido um estudo pormenorizado de cada circunstância judicial elencada no art. 59 do CP. Destacou-se o significado, suas características especiais e o entendimento dos Tribunais Superiores acerca da valoração de cada circunstância pelo magistrado.

Apresentou-se os parâmetros de fixação da pena, segundo o critério trifásico de Nelson Hungria, previsto no art. 68 do CP, em que pese a fixação da pena-base, análise das circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, as causas de diminuição e aumento de pena.

Ademais, destacou-se que a atividade judicial de fixação da pena culmina na prolação da sentença judicial. Os magistrados, na determinação da pena, atuam dentro da sua discricionariedade que é vinculada aos parâmetros legais. O dever de fundamentação, previsto no art. 93, IX, CF/88 é uma garantia constitucional contra arbítrio. A necessidade da fundamentação garante as partes a compreensão da lógica do magistrado na formação de sua convicção.

Foi demonstrado que na sentença o magistrado irá buscar a melhor resolução para aquele caso concreto. E, ao tomar essa decisão, não há como afastar completamente a subjetividade.

Ademais, foi analisado que o livre convencimento motivado do magistrado encontra seus limites na valoração das provas contidas no processo e nos limites legais, daí ele extrai a sua convicção. O juiz irá utilizar a sua vivência, experiência e discernimento necessário para proferir sua decisão no caso concreto.

Com esse estudo, conclui-se que, o juiz é, antes de tudo, um ser humano comum, deve julgar com a intelectualidade e emocionalidade, dentro dos limites legais, principiológicos e da valoração do conjunto probatório contido nos autos.



REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução Paulo M. Oliveira. Ed. especial. - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. **CÓDIGO PENAL**: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 241**. Diário de Justiça, Brasília, 15 set. 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_18_capSumula241.pdf. Acesso em 25 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 444**. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27444%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27444%27).sub). Acesso em 25 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agrg no Aresp nº 307775/DF**. Relator: Og Fernandes. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 abr. 2021.



_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 377.744/SC**. Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS. Disponível em: [https:// www.stj.jus.br](https://www.stj.jus.br). Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Criminal nº ACR 197 MS 2005.60.04.000197-8**. Relator: Henrique Herkenhoff. Disponível em: [https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19255068/apelacao-criminal-acr-197-ms-20056004000197-8-trf3](https://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19255068/apelacao-criminal-acr-197-ms-20056004000197-8-trf3). Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 291414 / SP**. Relator: REYNALDO SOARES DA FONSECA. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 235813 / SP**. Relator: MARCO AURÉLIO BELIZZE. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 195367**. Relator: CÁRMEN LÚCIA. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agrg no HC nº 639.128/SC**. Relator: FELIX FISCHER. Disponível em: [https:// www.stj.jus.br](https://www.stj.jus.br). Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agrg no HC nº 563.932/MS**. Relator: FELIX FISCHER. Disponível em: [https:// https://www.stj.jus.br](https://www.stj.jus.br). Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 925136 Agr**. Relator: EDSON

FACHIN. Disponível em: [https:// https://www.stf.jus.br](https://www.stf.jus.br). Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agrg no AREsp nº 1113021/TO**. Relator: MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Disponível em: [https:// https://www.stj.jus.br](https://www.stj.jus.br). Acesso em: 15 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97400**. Relator: CEZAR PELUSO. Disponível em: [https:// https://www.stf.jus.br](https://www.stf.jus.br). Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 92295**. Relator: ELLEN GRACIE. Disponível em: [https:// https://www.stf.jus.br](https://www.stf.jus.br). Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 126.937/MS**. Relator: Min. JORGE MUSSI. Disponível em: [https:// https://www.stj.jus.br](https://www.stj.jus.br). Acesso em: 15 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 106.965/AC**. Relator: Ayres Britto. Disponível em: [https:// https://www.stf.jus.br](https://www.stf.jus.br). Acesso em: 05 maio 2021.



_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 185835 AgR**. Relator: ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: [https:// https://www.stf.jus.br](https://www.stf.jus.br). Acesso em: 13 maio 2021.

_____. Tribunal Regional Trabalho da 14ª Região. **Recurso Ordinário nº 0000749**. Relator: Desembargadora Maria Cesarineide de Souza Lima. Disponível em: <https://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18921313/recurso-ordinario-trabalhista-ro-749-ro-0000749>. Acesso em: 15 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1847745/PR**. Relator: LAURITA VAZ. Disponível em: [https:// https://www.stj.jus.br](https://www.stj.jus.br). Acesso em: 15 maio 2021.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **O Juiz e a Jurisprudência: um desabafo crítico**. Um desabafo crítico. 2015. V. 18 nº67. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_54.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

COSTA, Sandro Luiz da. **Individualização da pena:: da teoria à prática**. Aracaju: Edição do Autor, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

KHALED JUNIOR, Salah H.. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MARCO, Cristhian Magnus de; VARISA, Gabriela Miotto. **Breve introdução sobre a subjetividade do magistrado no ato de julgar no contexto do neoconstitucionalismo**. 2011. Disponível em:



<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/seminarionacionaldedimensoes/article/view/961>.
Acesso em: 20 maio 2021.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MINAS GERAIS. 2ª Câmara Criminal. Apelação nº 1.0026.11.000123-2/001/MG. Relator: Nelson Missias De Moraes. **Apelação**. Minas Gerais, 25 jun. 2012. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943965847/apelacao-criminal-apr-10026110001232001-andradas/inteiro-teor-943965897>. Acesso em: 25 abr. 2021.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal**: curso completo. Barueri, SP: Manole, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Manual de Processo Penal**. 2.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. **Jurisdição sem Lide e Discricionariedade Judicial**. São Paulo: Atlas, 2013.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições Ltda, 2014.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Jurisdição constitucional política**. São Paulo : Saraiva, 2017.

VARGAS, Robson de. **O juiz e o ato de julgar**: alguns aspectos envolvidos na construção da decisão judicial. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3708, 26 ago. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25142>. Acesso em: 22 maio 2021.