



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

Lucênio Almeida Sathler

## **OS MAUS ANTECEDENTES PARA FINS DE DOSIMETRIA DE PENA**

BACHARELADO  
EM  
DIREITO

CARATINGA – MG  
2019

**LUCÊNIO ALMEIDA SATHLER  
FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA**

## **OS MAUS ANTECEDENTES PARA FINS DE DOSIMETRIA DE PENA**

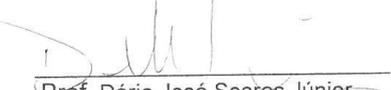
**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Faculdade Doctum de Caratinga, como  
requisito parcial à obtenção do título  
de Bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Direito Penal.**

**Orientador: Prof. Dr. Dário Junior  
Soares**

**CARATINGA - MG**

**2019**

	FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA	FORMULÁRIO 9
	TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO	
TERMO DE APROVAÇÃO		
TERMO DE APROVAÇÃO		
<p>Trabalho de Conclusão de Curso <b>Os maus antecedentes para fins de dosimetria de pena</b>, elaborado <b>Lucênio Almeida Sathler</b> foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de <u>Direito</u> da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de</p>		
<b>BACHAREL EM DIREITO.</b>		
Caratinga <u>4</u> de <u>Dezembro</u> 20 <u>19</u>		
 <hr/> Prof. Dário José Soares Júnior		
 <hr/> Prof. Almir Fraga Lugon		
 <hr/> Prof. Ivan Lopes Sales		

## EPÍGRAFE

**“o esquecimento é necessário como o repouso do corpo e a respiração do espírito; ele responde à natureza descontínua do tempo, cujo prosseguimento, como vimos, é entrecortado de pausas e intervalos, atravessado de rupturas e surpresas.”**

**François Ost**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradecer primeiramente a Deus, por ter permitido que eu formasse em meio a tantas adversidades pelas quais passei e por me dar muita saúde para que conseguisse chegar até aqui.

Agradecer ao ilustre professor e orientador Dr. Dário José Soares Júnior, pela grandeza de informações concedidas ao longo do curso e na elaboração da presente monografia, sua participação foi de suma influência em meu tema.

Agradecer a minha mãe e irmã que sempre me ajudaram no decorrer destes cinco anos.

**ABREVIATURAS E SIGLAS**

## RESUMO

O presente trabalho tem por objeto a análise da (in) possibilidade jurídica de utilizar a condenação anterior do réu transitada em julgado para fins de valoração negativa no momento da dosimetria da pena quando ultrapassado o período depurador de 05 anos (art. 64, I, CP). O tema traz à baila grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, sobretudo sob o enfoque dos antecedentes criminais frente ao “direito ao esquecimento” e a vedação de eternização das punições como decorrência no princípio da humanidade das penas. Dessa forma, o estudo do tema busca análises conceituais, destacando os argumentos contrários e favoráveis, ressaltando a necessidade de uniformização das decisões dos judiciais a fim de que sejam uníssonas e não gere insegurança jurídica.

## SUMÁRIO

<b>CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS .....</b>	<b>10</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>1) EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL</b>	
<b>1.1) Da vingança privada à pública .....</b>	<b>16</b>
1.1.1) Vingança privada.....	17
1.1.2) Vingança divina.....	17
1.1.3) Vingança publica.....	18
<b>1.2) Do período Grego, Romano, Germânico, Canônico e Humanitário</b>	
1.2.1) Direito Penal na Grécia Antiga.....	19
1.2.2) Direito Penal Romano.....	19
1.2.3) Direito Penal Germânico.....	20
1.2.4) Direito Penal Canônico.....	20
1.2.5) Direito Penal Humanitário.....	21
<b>1.3) Finalidades da pena</b>	
1.3.1) Teoria Absoluta.....	22
1.3.2) Teoria Relativa.....	23
1.3.3) Teoria mista, eclética ou unificadora.....	25
<b>2) PRINCÍPIOS PENAIIS</b>	
2.1 Princípio da Humanidade das penas.....	27
2.2 Princípio da Legalidade .....	30
2.3 Princípio da Intervenção Mínima .....	33
2.4 Princípio da Coisa Julgada e o do Direito ao esquecimento .....	35
<b>3) DA APLICAÇÃO DA PENA</b>	
3.1 Da pena-base .....	39
3.2) Da pena provisória .....	43
3.3) Da pena definitiva .....	44

**4) DOS MAUS ANTECEDENTES PARA FINS DE VALORAÇÃO .....46**

**5) DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS .....50**

**CONCLUSÃO.....54**

**BIBLIOGRAFIA.....56**

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Antes de adentrar no tema propriamente dito, faz-se mister algumas considerações conceituais acerca da “dosimetria”, “antecedentes criminais”, “direito ao esquecimento” e “princípio da humanidade das penas”, os quais passa-se a explanar a partir de então.

No que diz respeito a dosimetria da pena, trata-se de atividade desempenhada pelo juiz para aplicar a pena ao indivíduo que comete um fato típico, antijurídico e culpável, estando diretamente relacionada ao princípio da individualização da penam (art. 5º, XLVI da CF/88).

Segundo Cesar Roberto Bittencourt a dosimetria da pena é o “cálculo da pena”, ou seja, a individualização da pena para determinado indivíduo no caso concreto, revestindo-se em uma garantia do cidadão contra eventual arbitrariedade estatal. É o que se extrai:

A individualização da pena — uma conquista do Iluminismo — ganhou assento constitucional (art. 5º, XLVI, da CF), assegurando uma das chamadas garantias criminais repressivas, e, como tal, exige absoluta e completa fundamentação judicial. É verdade que o legislador abre um grande crédito aos juízes na hora de realizar o cálculo da pena, ampliando sua atividade discricionária. Contudo, como discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, nosso Código Penal estabelece critérios a serem observados para a fixação da pena.

E continua o autor explicando que:

(...) todas as operações realizadas na dosimetria da pena, que não se resumem a uma simples operação aritmética, devem ser devidamente fundamentadas, esclarecendo o magistrado como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração. (...) O cálculo da pena, nos termos do art. 68 do CP, deve operar-se em três fases distintas (...)¹

Cleber Masson² nos explica que nesse processo de calcular a pena privativa de liberdade ao indivíduo, nosso ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema trifásico desenvolvido por Nelson Hungria. Por meio desse sistema, a pena-base é

---

¹ BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, vol. 1, p. 156-157.

² MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – parte geral – vol 1*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p. 627, 2012

fixada tendo por base o artigo 59 do Código Penal brasileiro. Posteriormente, considera-se as circunstâncias atenuantes e agravantes e por último as causas de diminuição e aumento de pena.

Dentre as circunstâncias judiciais analisadas na primeira fase da dosimetria da pena, encontram-se os antecedentes criminais.

Segundo Celso Delmanto antecedentes criminais são:

(...) os fatos anteriores de sua vida, incluindo-se tanto os antecedentes bons como os maus. Serve este componente especialmente para verificar se o delito foi um episódio esporádico na vida do sujeito ou se ele, com freqüência ou mesmo habitualmente, infringe a lei.”<sup>3</sup>

Nesse mesmo sentido, Ricardo Augusto Schmitt conceitua antecedentes criminais:

Nos antecedentes se perquire a *vita anteacta* do sentenciado. A circunstância judicial atinente aos antecedentes criminais diz respeito aos envolvimento judiciais anteriores do acusado, e os fatos que não tenham relação com situações ilícitas (criminosas) não podem (nem devem) ser aqui valorados.<sup>4</sup>

Assim, os antecedentes criminais dizem respeito à vida pregressa do acusado, ou seja, a seu eventual envolvimento com o Poder Judiciário no que concerne à anterior prática de ilícitos na esfera penal. Uma vez constatado pelo magistrado que o réu possui maus antecedentes, tal fato acarretará um aumento da pena-base e, conseqüentemente, interferirá na fixação do regime inicial de pena (art. 33, CP).

Nesse contexto, há grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais consistentes em saber se constitui violação ao direito ao esquecimento a utilização da condenação anterior do réu para fins de valoração negativa quando ultrapassado o período depurador de 05 anos (art. 64, I, CP).

O conceito de direito ao esquecimento foi bem desenvolvido no Recurso Especial 1334097/RJ, julgado em 28/05/13 pela Quarta Turma do STJ de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, no qual definiu o direito ao esquecimento: “É um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos

---

<sup>3</sup> DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 110, 2002.

<sup>4</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática**. 12 ed. Salvador: JusPodvum, p. 133, 2018.

desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”<sup>5</sup>.

Tal direito possui a importante função de evitar que fatos cometidos no passado viessem a perturbar o indivíduo que já cumpriu a sanção imposta em virtude deles.

Nesse contexto, Pablo Dominguez Martinez conceitua direito ao esquecimento como sendo:

(..) é um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não deseja rememorar. Trata-se do direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros. Como tal, configura-se como um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana<sup>6</sup>.

Assim, nota-se pelos conceitos que o direito ao esquecimento constitui expressão da dignidade humana (art. 1, III, CF/88). Encontra-se consolidado no enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do CJF que assim dispõe “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Também se relacionando à dignidade humana, tem-se o Princípio da Humanidade das Penas.

O princípio da Humanidade da pena, segundo Guilherme de Sousa Nucci, significa que:

(...) direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem-estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas. Por isso, estipula a Constituição que não haverá penas: 1) de morte (exceção feita à época de guerra declarada, conforme previsão do Código Penal Militar); 2) de caráter perpétuo; 3) de trabalhos forçados; 4) de banimento; 5) cruéis (art. 5.º, XLVII), bem como que deverá ser assegurado o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5.º, XLIX)<sup>7</sup>

Compartilhando do referido entendimento, o Fernando Capez comenta:

---

<sup>5</sup>Disponível em: **Arquivo.cidadão, STJ.** Disponível em: <http://arquivocidadao.stj.jus.br/index.php/recurso-especial-n-1-334-097-rj> . Acesso em 11/06/19.

<sup>6</sup> MARTINEZ, Pablo Rodriguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. p. 80, 2014.

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. Ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 85, 2011. ISBN 978-85-203-3876-6.

É inconstitucional a criação de um tipo ou a cominação de alguma pena que atente desnecessariamente contra a incolumidade física ou moral de alguém (atentar necessariamente significa restringir alguns direitos nos termos da Constituição e quando exigido para a proteção do bem jurídico)<sup>8</sup>

Desse modo, em decorrência do princípio da humanidade deve o réu receber do Estado um tratamento condizente com sua dignidade humana e, ao mesmo tempo, amparado pelas leis cogentes, vedando-se a perpetuidade da pena.

Feitas as considerações e conceituações das palavras-chave realiza-se o seguinte questionamento: A valoração negativa dos antecedentes criminais na dosimetria quando já ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, representa violação à humanidade da pena e ao direito de esquecimento?

---

<sup>8</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte geral** 01, 18 ed. São Paulo: Saraiva, p. 39, 2014.

## INTRODUÇÃO

Para a fixação da pena privativa de liberdade ao indivíduo, nosso ordenamento jurídico adota o sistema trifásico de Nelson Hungria

Com base nesse sistema, o cálculo da pena passa por três fases: na primeira, são analisadas as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), na segunda fase são analisadas as atenuantes e agravantes e, por fim, na terceira fase são analisadas as causas de aumento e diminuição de pena.

No que tange especificamente a primeira fase da dosimetria, são analisadas oito circunstâncias judiciais que são: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, os motivos, circunstâncias, consequências do crime e o comportamento da vítima.

O objeto de preocupação deste trabalho cinge-se a análise da (in) possibilidade jurídica de utilizar a condenação anterior do réu transitada em julgado para fins de valoração negativa no momento da dosimetria da pena quando ultrapassado o período depurador de 05 anos (art. 64, I, CP).

O tema traz à baila grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, sobretudo sob o enfoque dos antecedentes criminais frente ao “direito ao esquecimento” e a vedação de eternização das punições como decorrência no princípio da humanidade das penas.

Uma vez constato pelo magistrado que o réu possui maus antecedentes, tal fato acarretará um aumento da pena-base e, conseqüentemente, interferirá na fixação do regime inicial de pena (art. 33, CP).

Nesse interim, o grande problema que se estabelece é que há juízes que utilizam condenações anteriores do acusado mesmo ultrapassado o período depurador a que se refere o art. 64, I do CP, ao passo que outros juízes adotam entendimento diverso, o que gera insegurança jurídica e violação ao princípio da igualdade, pois concede-se tratamento distintos a pessoas que se encontram em idêntica situação.

É certo que o referido dispositivo legal estabelece o prazo para fins de reincidência, nada dispondo acerca dos antecedentes.

Todavia, para o melhor entendimento, há de se considerar o referido prazo para fins de aferição dos maus antecedentes sob pena de eternização das punições.

Assim, se determinado indivíduo comete um crime e integralmente realiza o

cumprimento da pena, passados dez, quinze, vinte anos ou mais, e posteriormente comete novo delito, seria justo considera-lo como maus antecedentes para fins de fixação da pena-base mesmo que ultrapassado o período depurador de cinco anos? para o STF não, para o STJ sim.

Embora ainda não haja consenso nos tribunais, há em tramitação no STF com sede de repercussão geral o recurso extraordinário de número : **RE 593818 de relatoria do Min. Roberto Barroso** no que se discute, à luz do art. 5º inciso LVII da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos serem consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base.

Nesse contexto, o melhor entendimento encontra-se no seguinte julgado de relatoria do Min. José Antonio Dias Toffoli, o qual utilizo como marco teórico:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado “direito ao esquecimento”, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta. Por isso, delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos para o desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64). Se essas condenações não mais se prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que são o menos.<sup>9</sup>

Assim, notamos que, da mesma forma que o legislador optou por limitar os efeitos da sentença penal condenatória por cinco anos no que tange à reincidência, dever-se-ia utilizar a referida limitação para fins de aferição dos maus antecedentes, pois tal interpretação é a que mais se coaduna com o direito ao esquecimento e com as finalidades da pena. É a conclusão que chegaremos no decorrer desta monografia.

Por fim, cabe destacar que o tema acima exposto será desenvolvido em três capítulos, onde o primeiro irá abordar sobre as penas, apontando sua evolução histórica e suas finalidades; o segundo capítulo será apontará os princípios penais da pena e, por fim, no terceiro capítulo será feita uma abordagem acerca da dosimetria da pena e o entendimento dos tribunais, conforme veremos a seguir.

---

<sup>9</sup> Habeas corpus 119.200/PR, STF. Julg. 11/02/14. Relator Dias Toffoli.

## 1) DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

### 1.1) Da vingança privada à pública

Desde os primórdios da humanidade, o homem sentiu a necessidade reprimir aquele que, com seu comportamento, age contrário aos anseios daquilo que se entende por justiça, seja essa justiça oriunda de um direito natural ou ao direito positivado.

A partir do momento em que o homem passou a viver em sociedade, passou-se a institucionalizar regras jurídicas daquilo que se entende por justo e, conseqüentemente, sanções penais àqueles que agem contrário às regras instituídas pelo corpo social visando a proteção de bens jurídicos.

A palavra “pena” provém do latim poena e do grego poiné e significa “dor, castigo, punição, expiação, penitência, sofrimento, trabalho, fadiga, submissão, vingança e recompensa.”<sup>10</sup>

Conceituando pena, Adré Estefam explica que trata-se de “sanção penal de caráter aflitivo, imposta ao autor culpado por um fato típico e antijurídico” (Direito Penal, Parte Geral, 2005, p. 144), tratando-se, pois, de supressão e restrição de direito imposta a alguém por violação às regras protetoras de bens jurídicos.

Nesse sentido, Cleber Masson comenta que:

Pena é espécie de sanção penal consistente na privação ou na restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal.<sup>11</sup>

Esse é também o entendimento de Guilherme de Souza Nucci, o qual explica que “Pena é a sanção imposta pelo Estado por meio de ação penal ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito praticado e a prevenção a novos crimes”(Manual de Direito Penal, p. 335, 2005)

Cabe mencionar que essa medida repressiva (chamada de pena) coincide com o próprio surgimento do Direito Penal, sendo que o próprio conceito de pena sofreu modificações ao longo da historia, conforme veremos a seguir

---

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social** p. 24, 2003.

<sup>11</sup> . **Direito Penal Esquematizado-Parte Geral**, p. 540, 2012.

### 1.1.1) Vingança privada

A primeira modalidade de pena é decorrente da chamada vingança privada, a qual subsistiu desde os períodos primitivos (origem na Humanidade) até o século XVIII.

O único fundamento da vingança era pura e simplesmente a retribuição a alguém pelo mal praticado.

Nesse período não havia relação de proporcionalidade entre o mal praticado pelo agente infrator e a pena a este imposta.

Posteriormente, a noção de proporcionalidade das penas surge no código babilônico de Hamurabi (1770 anos a.c) com a Lei de Talião. O referido código trata-se de uma compilação de diversas leis na forma escrita (pedras), sendo composto por 282 artigos que tratavam de relações de trabalho, família, propriedade, crimes e escravidão.

A Lei de Talião é considerada um grande avanço para o momento histórico no qual foi editada, pois trazia em si a noção, ainda que superficial, do conceito de proporcionalidade. As expressões “olho por olho” e “dentre por dente” traduzem em si o conceito de justiça sob o prisma da proporcionalidade no que tange ao mal praticado e a pena a ser imposta.

A concepção de vingança privada é evidenciada no código de Hamurabi pelos seguintes artigos:

Art. 209 – Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto”.

Art. 210 – Se essa mulher morre, então deverá matar o filho dele.

A vingança privada também é encontrada na Bíblia Sagrada e na Lei das XII Tábuas:

Levítico 24, 17 – Todo aquele que ferir mortalmente um homem será morto”.  
Tábua VII, 11 – Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo.

### 1.1.2) Vingança divina

A vingança divina parte da concepção de que dever-se-ia reprimir o agente pelo crime praticado como forma de satisfazer a divindade.

A imposição da sanção penal ficava a cargo dos sacerdotes que, como mandatários dos deuses, encarregavam-se da justiça. Os sacerdotes eram aqueles que tinham um contato direto com Deus e atuavam de acordo com sua vontade

No Antigo Oriente, a religião confundia-se com o Direito, e, assim, os preceitos religiosos ou morais, tornavam-se leis em vigor. As sociedades, nesse período, eram impregnadas de misticismos e crenças sobrenaturais e, aquele considerado culpado, deveria ser entregue aos deuses.

O crime era considerado como um pecado, o qual necessitava de um castigo divino para a purificação e salvação da alma do infrator. Era comum o uso de penas cruéis e severas

Legislação típica dessa fase é o Código de Manu, o qual continha preceitos que foram adotados na Babilônia, no Egito (Cinco Livros), na China (Livro das Cinco Penas), na Pérsia (Avesta) e pelo povo de Israel.

### **1.1.3 Vingança pública**

Nessa fase de vingança pública, a pena tem como fundamento a melhor organização social como forma de proteção do Estado e do Soberano. É um período marcado pelas penas cruéis (morte na fogueira, arrancamento de unha, esquartejamento) para se alcançar o objetivo maior que era a segurança da classe dominante.

Nessa fase, ainda há resquícios das fases anteriores de modo que a vingança privada continua a ser aplicada no seio das tribos, sendo carregada de misticismos, típicos da vingança divina.<sup>12</sup>

Os processos eram sigilosos até mesmo para o próprio réu, pois partia-se da concepção de que, sendo inocente, o acusado não necessitava de defesa. Por outro lado, sendo culpado, a ela não teria direito. Esse entendimento vigorante na época fomentava arbítrio dos governantes.

---

<sup>12</sup> Rogério Grego, **Curso de Direito Penal, parte geral**, p.18. 2016.

## 1.2) Do período Grego, Romano, Germânico, Canônico e Humanitário

### 1.2.1) Direito penal na Grécia Antiga

Numa terceira época, denominada histórica, a pena deixou de se assentar sobre o fundamento religioso, passando a ter uma base moral e civil, embora essas fases ainda fossem interligadas, ou seja, não ocorreu a separação absoluta entre as fases mencionadas anteriormente.

### 1.2.2) Direito penal romano

Roma surgiu de uma pequena comunidade agrícola existente na península itálica no século VIII, tornando-se um dos maiores impérios do mundo antigo. Em razão de uma proposta levada a efeito por um plebeu chamado Gaius Terentilius (462 a.C), que se opunha ao modo pelo qual as leis eram conhecidas e aplicadas, notadamente pelos patrícios, foi designado um *decenvirato* (um grupo de dez homens) que teve por objetivo a preparação de um conjunto de leis que, posteriormente, ficou conhecido como Lei das XII Táboas, que foi promulgada em 451 a 450 a.C.<sup>13</sup>

Inicialmente, a Lei de XII Táboas foi escrita em doze tabletes de madeira, que foram afixados no Fórum Romano, permitindo que todos as conhecessem e fizessem a leitura.

A referida lei fazia distinção entre crimes públicos e privados. Os primeiros diziam respeito a traição ou conspiração política que um particular cometia contra o Estado (*perduellio*) e o assassinato (*parricidium*), sendo que o julgamento era incumbência do Estado através de magistrados, cuja sanção penal era a morte do indivíduo. Já os segundos tratava-se de crimes que ofendiam unicamente ao indivíduo, como furto, dano, injúria, etc de modo que o julgamento era confiado ao próprio particular ofendido, interferindo o Estado apenas para regular seu exercício.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Rogério Greco. **Curso de Direito Penal, parte geral**. p. 19-20.

<sup>14</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral**. p. 75.

### **1.2.3) Direito penal germânico**

O direito penal germânico não era escrito, sendo que suas normas eram transmitidas entre as gerações por meio dos costumes.

Questões penais eram solucionados por meio da vingança ou pela perda da paz social. Neste último caso, sujeito delinquentes não recebia proteção jurídica do grupo ao qual pertencia e, por essa razão, poderia ser perseguido e morto por qualquer pessoa. As ordálias, ou juízos de Deus, eram amplamente utilizadas pelo Direito Penal germânico.

A vingança privada subsistiu durante grande parte no direito penal germânico. Todavia, tempos depois, o juízo de Deus acabou prevalecendo sob a forma de duelo judiciário, levando o julgador a reconhecer a razão do mais forte, tomando a sorte das armas e, portanto, a força como prova do Direito.

No direito penal germânico, a vingança privada paulatinamente cedeu espaço para a composição que, no começo era voluntária e, posteriormente, passou a ser legal.

Na composição, os crimes bárbaros caracterizavam-se eram tarifados conforme a qualidade da pessoa, o sexo, idade, local e espécie da ofensa. Para os indivíduos que não pudessem pagar eram atribuídas as penas corporais.

### **1.2.4 ) Direito Penal Canônico**

No âmbito do Direito Penal Canônico, adota-se o entendimento de que não há a possibilidade de a acusação ser exercida pelo próprio ofendido. Surge a figura do promotor de justiça para exercer o monopólio da ação acusatória, representando a sociedade no juízo criminal (c. 1.934) Persiste, entretanto, um procedimento denunciatório segundo o qual “qualquer fiel pode sempre denunciar o delito de outrem”

No âmbito do direito canônico há o instituto da inquisição, que se assemelha como o inquérito policial nos dias atuais.

A referida inquisição visa apurar se acusação alegada pelo fiel se apoia em algum fundamento. Suas características são as seguintes: a) objetiva preparar o juízo criminal contra o delinquentes; b) tem por finalidade adquirir um conhecimento completo do ato delitivo e recolher provas; c) as provas devem ser colhidas com

atenção às normas judiciais (por notário, por escrito etc.); d) as provas devem levar ao convencimento de que o suposto delinquente é realmente o autor do delito. O inquisidor tem as mesmas obrigações dos juízes, mas não as mesmas prerrogativas, podendo se aconselhar com o promotor (c. 1.945).<sup>15</sup>

Assim, o Código Canônico visa regular Igreja Católica Romana, a hierarquização do seu governo, os direitos e obrigações dos fieis, bem como um conjunto de sacramentos e sanções que se estabelecem pela contravenção das normas.<sup>16</sup>

#### 1.2.4) Direito Penal Humanitário

Até basicamente o período iluminista, as penas possuíam caráter aflitivo, de modo que o corpo do homem pagava pelo mal por ele praticado impingindo-lhe sofrimento físico e mental.

A partir do século XVIII, as penas corporais aflitivas foram sendo substituídas, aos poucos, pela pena de privação de liberdade, desaparecendo.

Com a Revolução Francesa de 1789, a pena de privação da liberdade ocupou lugar de destaque, em atenção ao Princípio da Dignidade da Pessoa humana que, embora embrionário, começava a ser discutido.

O iluminismo teve importância fundamental no pensamento punitivo, uma vez que, com o apoio da “razão” necessitava de provas para ser realizado. O ser humano passou a ser encarado como tal e não mais como mero objeto. Passou a ser reconhecido direitos inatos do ser humano, como a dignidade, direito de ser tratado igualmente perante as leis, etc.

O princípio da proporcionalidade foi inserido no âmbito penal, de modo que penas passaram a ser graduadas de acordo com a gravidade do comportamento. Além disso, disseminou-se o entendimento de que as penas deveriam ser anteriores à prática do delito (princípio da anterioridade).

Nesse contexto, é de se destacar a importante contribuição da obra “Dos Delitos e das Penas” (1764) de autoria de Cesare Bonesana, o Marquês de

---

<sup>15</sup> ALENCAR, Cláudio Demczuk de. **Algumas notas históricas sobre o processo penal canônico**. [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril\\_v50\\_n198\\_p285.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p285.pdf) acesso em: 09 de setembro de 2019, às 22h20min.

<sup>16</sup> Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**, p. 23, 2016.

Beccaria.

Na referida obra, o autor, contrário às injustiças existentes no período monárquico absoluto, aponta os erros e a necessidade de correção imediata de um sistema que não se preocupava com o ser humano. Suas ideias refletiam o sentimento de um povo cansado de ser oprimido por governantes inescrupulosos, cruéis e corruptos e desprovidos de legitimidade.

Beccaria desenvolve em sua obra concepções jurídicas como cumprimento da pena que não seja ofensivo à dignidade humana, vedação ao processo penal inquisitivo, imparcialidade do órgão julgador, princípio da igualdade, leis penais claras e não obscuras (princípio da taxatividade), princípio da proporcionalidade na elaboração e aplicação da lei penal, lei penal anterior aos fatos (princípio da proporcionalidade), entre outras.

Todas essas concepções desenvolvidas na referida obra serviram de inspiração para diversos ordenamentos jurídicos, como é o caso do Brasil, conforme se verá adiante.

### **1.3) Das Finalidades da Pena**

Ao longo dos anos, surgiram algumas teorias jurídicas que buscam explicar as finalidades da aplicação da lei penal. São elas: a teoria absoluta, a relativa e a retributiva.

#### **1.3.1) Teoria absoluta**

A teoria absoluta concebe a pena com forma de compensação, de retribuição imposta ao indivíduo pelo injusto penal praticado. Não se vislumbra qualquer outra finalidade da pena, que não seja a punição do acusado aproximando-se, dessa forma, da vingança privada existente no Código de Talião.

Nesse sentido, Haroldo Caetano e Silva explica:

Pela teoria absoluta ou retributiva, a pena apresenta a característica de retribuição, de ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. A pena não tem outro propósito que não seja o de recompensar o mal com

outro mal. Logo, objetivamente analisada, a pena na verdade não tem finalidade. É um fim em si mesma.<sup>17</sup>

Corroborando com o referido entendimento, explica Cleber Masson que na teoria absoluta

A pena desponta como retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de um crime ou e uma contravenção penal (*punitur quia peccatum est*). Não tem finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como retribuição à prática do ilícito penal.<sup>18</sup>

Igual entendimento é desenvolvido por Noronha:

As teorias absolutas fundam-se numa exigência de justiça: pune-se porque se cometeu crime (*punitur quia peccatum est*.) Negam elas fins utilitários a pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. É ela simples consequência do delito. É mal justo aplicado ao mal injusto do crime.<sup>19</sup>

Assim, nota-se, pois, no âmbito da teoria absoluta, a pena é concebida apenas como um retribuição, um castigo imposto ao indivíduo violador da norma penal jurídica, não sendo objeto de atenção questões atinentes aos fins utilitaristas.

### 1.3.2 Teoria relativa (ou preventiva) da pena

Diversamente da teoria absoluta, a teoria relativa da pena concebe a pena não como uma forma de compensação pelo crime cometido, mas sim como forma de prevenção ao cometimento de novos delitos e ressocialização do réu. Trata-se, pois, de um fim utilitarista, uma vez que justifica a pena como um meio para o fim utilitário de prevenção de novos delitos.

Nesse sentido, explica Edgard Magalhães Noronha:

As teorias relativas procuram um fim utilitário para a punição. O delito não é causa da pena, mas ocasião para que seja aplicada. Não repousa na idéia de justiça, mas de necessidade social (*punitur ne peccetur*). Deve ela dirigir-se não só ao que delinqüiu, mas advertir aos delinqüentes em potencial que

---

<sup>17</sup> Manual de Execução Penal, p. 35, 2002.

<sup>18</sup> Direito Penal Esquematizado-Parte Geral, p. 543, 2012.

<sup>19</sup> Manual de Direito Penal. 2003, p. 225.

não cometam crime. Consequentemente, possui um fim que é a prevenção geral e a particular.<sup>20</sup>

Observa-se, pois, que para essa teoria a pena é uma necessidade social, que não guarda correlação necessariamente com a ideia de justiça. Conforme mencionado por Noronha, a referida prevenção se desdobra em dois aspectos: a prevenção geral e a especial.

Flávio Augusto Monteiro de Barros explica a distinção entre prevenção geral e especial:

A pena serve a uma dupla prevenção: a geral e a especial. Prevenção geral porque a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena surte efeitos em todos os membros da coletividade, atemorizando os virtuais infratores. Prevenção especial porque atua sobre a consciência do infrator da lei penal, fazendo-o medir o mal que praticou, inibindo-o, através do sofrimento que lhe é inerente, a cometer novos delitos.<sup>21</sup>

Assim, nota-se que prevenção geral relaciona-se a pena sob o enfoque da sociedade, ao passo que a prevenção especial tem enfoque no indivíduo delinquente.

É de se destacar que, âmbito da prevenção geral, esta se doutrina a subdivide em prevenção geral positiva e negativa.

A teoria da prevenção geral negativa diz respeito ao fato de que a pena imposta ao indivíduo deve servir de exemplo aos demais membros da sociedade para que não cometam delitos, caracterizando-se numa espécie de coação psicológica<sup>22</sup>. Já a prevenção geral positiva visa demonstrar que as leis vigentes no país são operantes.<sup>23</sup>

Da mesma forma que a prevenção geral, prevenção especial pode ser positiva ou negativa.

Já a preventiva especial positiva concebe a pena é uma forma de retirá-lo provisoriamente da sociedade com o fim reeduca-lo para que possa ser reintegrado

---

<sup>20</sup> **Direito Penal**, p.223, 2000.

<sup>21</sup> **Direito penal: parte geral**. p. 62,, 2003.

<sup>22</sup> Luiz Regis Prado afirma que “[...] a prevenção geral intimidatória [...] segundo a qual a pena previne a prática de delitos porque intimida ou coage psicologicamente seus destinatários” (**Curso de Direito Penal Brasileiro**, p. 490-491, 2008)

<sup>23</sup> Caracterizam-se por atribuir à pena a finalidade de reforçar, na generalidade dos sujeitos, a confiança nas normas” (COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. p. 73, 2008.)

à mesma<sup>24</sup>. Por outro lado, prevenção especial negativa tem como finalidade evitar que o agente cometa nos delitos enquanto estiver cumprindo a pena.<sup>25</sup>

### 1.3.3) Teoria mista, eclética ou unificadora

Trata-se de uma síntese das duas teorias anteriormente referidas de modo que a pena seja capaz de retribuir ao condenado o mal por ele praticado (retribuição) e, ao mesmo tempo, desestimular a prática de novos ilícitos penais (prevenção).

Assim, para a referida teoria, há uma tríplice finalidade das penas: retribuição, prevenção e ressocialização.

Nesse contexto, Cesar Roberto Bitencourt explica que:

As teorias mistas ou unificadoras tentam agrupar em um conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta escolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. (...) No dizer de Mir Puig, entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena.<sup>26</sup>

Corroborando o referido entendimento, Júlio Fabbrini Mirabete explica que:

(...) teorias mistas (ecléticas) fundiram-se as duas correntes. Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção.<sup>27</sup>

Nota-se, pois, que de acordo com essa teoria, a finalidade da pena passa a ser a retribuição jurídica (reafirmar a ordem jurídica) relativizada pelos fins de

---

<sup>24</sup> BITTENCOURTT, César Roberto explica que “a teoria da prevenção especial busca coibir a prática delitativa, mas de modo diferente da prevenção geral, dirigindo-se ao delinquente, com o intuito de que ele não mais cometa crimes” (**Manual de Direito Penal, parte geral**, 2002, 79)

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Sidnei Boccia Pinto de Sá explica que a prevenção especial negativa defende que, para se evitar a prática do delito, é necessária a neutralização (mediante destruição física ou psíquica do indivíduo, prisão, controle eletrônico em liberdade, etc.) ou intimidação (contra-motivação) do infrator. p. 04. Disponível em :

[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/273/repensando%20fun%C3%A7ao%20retributiva\\_Sa.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/273/repensando%20fun%C3%A7ao%20retributiva_Sa.pdf?sequence=1). Acesso em 09/09/19 às 20h45min.

<sup>26</sup> **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**, 2004, p. 88.

<sup>27</sup> **Manual de Direito Penal, Parte Geral**, 2005, p. 245.

prevenção geral negativa (intimidação) e prevenção especial positiva (ressocialização).

Nesse contexto, cabe mencionar que nosso ordenamento jurídico brasileiro adota essa terceira teoria, qual seja, a teoria eclética ou mista, conforme nos ensina Paulo José da Costa Júnior:

Modernamente, adotou-se um posicionamento eclético quanto às funções e natureza da pena. É o que se convencionou chamar de pluridimensionalismo, ou *mixtum compositum*. Assim, as funções retributiva e intimidativa da pena procuram conciliar-se com a função ressocializante da sanção. Passou-se a aplicar a pena *quia peccatum est et ut ne peccetur*<sup>28</sup>

Assim, nota-se que nosso concebe a pena com a finalidade punitiva e, ao mesmo tempo, com fins de prevenção e ressocialização do réu.

Explicando sobre as finalidades da pena, comenta Luiz Regis Prado:

Desse modo, a pena deverá ser, acima de tudo, justa e adequada, proporcional à magnitude do injusto e à culpabilidade do autor, e as considerações relacionadas à prevenção geral e à prevenção especial desempenham função restritiva ou limitadora de imposição da pena justa. Pode assim dar lugar à redução da pena aplicada ou, inclusive, levar à abstenção de sua aplicação, quando não seja considerada necessária do ponto de vista preventivo.<sup>29</sup>

A partir dos referidos conceitos, pode-se extrair a adoção da teoria eclética da pena com fins outros que não seja a mera punição enquanto retribuição da conduta delitiva.

---

<sup>28</sup> **Direito Penal Curso Completo**. 2000, p. 119.

<sup>29</sup> **Curso de Direito Penal Brasileiro, parte geral**, p. 497, 2008

## 2) PRINCÍPIOS PENAIS

O direito penal apresenta diversos princípios penais<sup>30</sup> que atuam como verdadeiras normas jurídicas utilizadas para a interpretação, integração e aplicação do direito.

No entanto, de todos os princípios existentes, serão comentados aqui apenas quatro deles tendo em vista que são estes que mais guardam correlação com o tema principal deste trabalho.

Cabe ressaltar que, ao final, no terceiro capítulo deste trabalho, será apontada de forma mais específica a correspondência que há entre cada um dos princípios aqui expostos e o tema “culpabilidade para fins de dosimetria da pena”. Assim, vejamos:

### 2.1 Princípios da Humanidade das penas

O Princípio da Humanidade da Pena encontra-se diretamente relacionado com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o ideal de um Estado Democrático de Direito.

A dignidade da pessoa humana, segundo José Afonso da Silva (SILVA, 2007, p.38), é um “valor supremo que representa o conteúdo de todos os direitos fundamentais”. Foi eleita pelo constituinte originário como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, CF/88) e é considerada norma-princípio de modo que irradia seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico com fins de garantir a todos condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Nesse contexto Ingo Salert explica que Dignidade da Pessoa Humana é

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo ato e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria

---

<sup>30</sup> Rogério Grego apresenta os seguintes princípios: legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, lesividade, adequação social, individualização da pena, responsabilidade pessoal, culpabilidade, presunção de inocência ou da não-culpabilidade, insignificância, proporcionalidade, limitação das penas, extra-atividade da lei penal, princípio da territorialidade e extraterritorialidade. (GREGO, Rogério. Curso de Direito Penal, p. 97-185, 2016)

existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>31</sup>

Flavia Piovezan também comenta sobre o princípio acrescentando que:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.<sup>32</sup>

Nota-se, assim, que a dignidade da pessoa humana consagra-se como um super princípio orientador do direito e que confere aos cidadãos a oponibilidade contra condutas abusivas perpetradas pelos demais membros da sociedade ou mesmo o Estado.

É com base na Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF/88) que art. 5, inciso XLVII da CF/88, dispõe que não haverá penas: **a)** de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; **b)** de caráter perpétuo; **c)** de trabalhos forçados; **d)** de banimento; **e)** cruéis.

Desse modo, o Princípio da Humanidade das Penas é extraído do texto constitucional por meio dos dispositivos supra sendo, pois, um princípio implícito que emana do texto constitucional.

É com base nesse princípio que se veda ao Estado conferir ao réu tratamentos arbitrários e atentatórios a Dignidade humana, haja vista que o escopo da pena, mais do que punir (teoria absoluta), visa ressocializar o preso (teoria relativa) de modo que possa se reintegrar à sociedade como uma pessoa mais “pura” e regenerada.

Nesse contexto, Guilherme de Souza Nucci comenta:

[...] o principio da humanidade das penas, significando que deve o Estado, através da utilização das regras do Direito Penal, pautar-se pela benevolência na aplicação da sanção penal, buscando o bem-estar de todos na comunidade, inclusive dos condenados, que não merecem ser excluídos

---

<sup>31</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2010.

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**, p. 92, 2004.

somente porque delinquiram, observando-se constituir uma das finalidades da pena sua ressocialização.<sup>33</sup>

Nota-se que, a partir de tal princípio, reconhece-se que os condenados são dotados certos direitos oponíveis ante ao próprio poder Estatal de modo que o tratamento conferido pelo Estado ao indivíduo no momento da aplicação e execução da pena só se legitima quando houver o respeito à dignidade do condenado.

Sob essa ótica, veda-se a conceder um tratamento ao réu vão além da restrição da liberdade de locomoção.

Nesse contexto, Helena Regina Lobo da Costa explica:

(...) O princípio da humanidade determina a proibição de penas que violem nuclearmente a vida, a integridade física e psíquica, a autonomia ou a igualdade de modo a subjugar a pessoa, destacando que, no que se refere à liberdade, este princípio determina que sua restrição deve ser limitada à liberdade de locomoção, respeitando-se a liberdade de pensamento, de crença, de ensino e qualquer outra expressão da liberdade que não seja abrangida pela restrição à liberdade de locomoção. Com efeito, o princípio da humanidade veda não apenas a pena de morte, mas também penas perpétuas ou de caráter perpétuo, em que não há esperança de reconquistar, por bom comportamento, a liberdade.<sup>34</sup>

Desse modo, a restrição a direitos que vão além da mera liberdade de locomoção não se justificam ante ao caráter humanitário da pena, pois a dignidade humana confere ao indivíduo uma gama de direitos que permanecem intactos e, portanto, devem ser respeitados por todos. É em razão de tal princípio que “o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físicopsíquica dos condenados” (BITENCOURT, 2011, p.47)

Já sob a ótica da vedação à perpetuidade das penas, o princípio da humanidade veda não somente a imposição de penas eternas, mas também veda-se conferir ao indivíduo qualquer outro tratamento que se caracterize como eternização das consequências jurídicas do delito.

---

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. p. 40, 2007.

<sup>34</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. p. 65, 2008,

Corroborando tal entendimento, Zaffaroni explica que:

o princípio de humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. [...] Toda a consequência jurídica do delito – seja ou não uma pena – deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão.<sup>35</sup>

Desse modo, é com base em tal princípio que o indivíduo, uma vez cumprida a pena, não pode receber do Estado um tratamento que eternamente o considere como culpado e carecedor de maior rigidez estatal, pois a dignidade humana apresentam-se como um importante instrumento limitador do exercício punitivo Estatal.

## 2.2 Princípio da Legalidade

O princípio da Legalidade tem seu fundamento no art. 1º do Código Penal, bem como no art. 5º inciso XXXIX da Constituição Federal, o qual dispõem que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Tal princípio é decorrência de nosso Estado Democrático de Direito no sentido de que todo poder estatal emana do povo e que todos os integrantes da sociedade, inclusive o próprio Estado, encontram-se sujeitos ao império das leis, haja vista que estas nada mais são do que fruto da vontade popular.

Desse modo, o referido princípio atua como um limitador à atuação estatal, evitando arbitrariedades por parte deste.

Nesse contexto, Paulo Bonavides explica que:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obra da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o

---

<sup>35</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, p. 155, 2006.

poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.<sup>36</sup>

Corroborando com o referido entendimento, Paulo de Sousa Queiroz explica:

Semelhante princípio atende, pois, a uma necessidade de segurança jurídica e de controle do exercício do jus puniendi, de modo a coibir possíveis abusos à liberdade individual por parte do titular desse poder (o Estado). Consiste, portanto, constitucionalmente, uma poderosa garantia política para o cidadão, expressiva do imperium da lei, da supremacia do Poder Legislativo – e da soberania popular – sobre os outros poderes do Estado, de legalidade da atuação administrativa e da escrupulosa salvaguardados direito e liberdade individuais.<sup>37</sup>

O princípio da legalidade reveste-se, pois, numa importante garantia conferida aos cidadãos protegendo-o em face de possíveis abusos perpetrados por agentes estatais. Assim ocorre por que o referido princípio “além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta em lei.” (BATISTA, Nilo, p.67, 2004)

O princípio da legalidade é considerado, no âmbito do direito penal, como sendo o mais importante, pois não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal.

Nesse contexto Rogério Grego explica que

A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal (...) Por intermédio da lei existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção.<sup>38</sup>

Nota-se, pois, que toda imposição de pena pressupõe a existência de uma lei penal anterior aos fatos, o que confere aos cidadãos a segurança jurídica de não serem punidos por toda e qualquer conduta, mas somente por aqueles previamente tipificadas pelo legislador.

---

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, p. 112, 1994

<sup>37</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Parte Geral**. p. 26, 2005.

<sup>38</sup> GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**, p. 144-145, 2016

Rogério Grego destaca ainda que o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: proibir a retroatividade da lei penal, proibir a criação de crimes e penas pelos costumes, proibir o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar e agravar penas e, por fim, proibir incriminações vagas e indeterminadas.<sup>39</sup>

A irretroatividade traduz-se na ideia de que a lei penal não poderá retroagir de modo a ser aplicada a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, salvo quando mais benéfica ao réu (art. 5º, XL, CF/88). Nesses casos, “qualquer que seja o aspecto disciplinado do Direito penal incriminador (que cuida do âmbito do proibido e do castigo), sendo a lei nova prejudicial ao agente, não pode haver retroatividade” (GOMES e MAZZUOLI, p. 125, 2008,).

A proibição de criação de crimes e penas pelos costumes, por sua vez, diz respeito ao fato de que somente a lei é capaz de se garantir aos cidadãos o conhecimento prévio de seu conteúdo de modo que garante-se a certeza jurídica quanto a norma proibitiva. O direito consuetudinário não apto a garantir aos cidadãos a segurança jurídica que se necessita.

No que tange a proibição do emprego da analogia para criar, fundamentar ou agravar pena, tal proibição decorre do fato de que não é possível ampliar o âmbito de atuação da norma para aplicá-la a situações não expressamente previstas (vedação à analogia *in malam partem*). No entanto, admite-se o emprego da analogia para beneficiar o réu (*analogia in bonam partem*)

Por fim, quanto a proibição de incriminações vagas e indeterminadas, diz respeito ao fato de que o preceito primário da norma penal deve trazer em seu bojo a delimitação precisa da conduta humana objeto de reprimenda, de modo que é vedado o emprego de conceitos vagos e imprecisos, ou seja, os tipos penais devem conter a máxima precisão de seus elementos.

Sob outro aspecto, o princípio da legalidade pode ser analisado com enfoque em dois aspectos: o formal e material.

A legalidade sob o aspecto formal diz respeito ao fato de que no processo de elaboração da lei deve-se observar os trâmites processuais para sua elaboração, sob pena de padecer de vício de inconstitucionalidade formal.

---

<sup>39</sup> GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**, p. 146, 2016.

Já a legalidade sob o aspecto material, decorre do fato de que o conteúdo da lei penal deve ser compatível com as proibições e determinações contidas no texto constitucional como, por exemplo, o direito a privacidade, liberdade, igualdade, entre outros.

Por fim, cabe ainda mencionar apesar de semelhante, a doutrina traz uma distinção entre o princípio da legalidade e o da reserva legal.

José Afonso diferencia o princípio da legalidade em relação ao da reserva legal dizendo que, enquanto o primeiro diz respeito a submissão e o respeito à lei ou atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador; o segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei.<sup>40</sup>

Nesse sentido, explica Rogério Grego que quando se fala em princípio da legalidade, está-se permitindo a adoção de quaisquer diplomas elencados pelo Art. 59 da Constituição Federal (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções); ao passo que quando se faz alusão ao princípio da reserva legal, limita-se a criação legislativa, em matéria penal, tão somente às leis ordinárias – que é a regra geral – e às leis complementares.

Compartilhando tal entendimento de Rogério Sanches explica que, segundo o princípio da reserva legal, a infração penal somente pode ser criada por lei em sentido estrito, ou seja, lei complementar ou ordinária, aprovadas e sancionadas de acordo com o processo legislativo respectivo, previsto constitucionalmente e nos regimes internos da Câmara dos Deputados e Senado Federal.<sup>41</sup>

Observa-se, portanto, que o princípio da legalidade atua como um escudo protetor do cidadão face a possíveis arbitrariedades cometidas pelo poder estatal.

### **2.3 Princípio da Intervenção Mínima**

O princípio da intervenção mínima consiste na ideia de que o Direito Penal somete deve se preocupar com a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a vivência em sociedade.

---

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 421, 2000.

<sup>41</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito Penal, parte geral**. p. 83, 2015.

É em razão de tal princípio que o direito penal somente intervirá quando os demais ramos do direito forem incapazes de proteger efetivamente os bens jurídicos considerados mais importantes.

Nesse contexto, Damásio de Jesus comentando sobre o princípio da intervenção mínima explica que:

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do Direito Penal, quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita..<sup>42</sup>

Corroborando com tal entendimento, explica Cezar Roberto Bitencourt que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penas. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade..<sup>43</sup>

Nota-se, assim, que o princípio da intervenção mínima limita o jus puniend do Poder Estatal de modo que a tutela penal deve se restringir somente àqueles bens jurídicos fundamentais da sociedade e desde que não existam outros meios mais eficientes “para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana”(PRADO, Luiz Regis, p.56-60,1997).

Com base em tal princípio entende-se que a criminalização de determinada conduta somente se legitima para proteger determinados bens jurídicos quando não houver outras formas de sanções igualmente eficazes para tutela do bem jurídico.

Nesse contexto, comentando sobre o princípio da intervenção mínima, Luiz

---

<sup>42</sup> JESUS, Damásio E. **Direito penal: parte geral**. p. 10, 2009.

<sup>43</sup> BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral**. p. 13, 2008. v. 1.

Luisi explica que tal princípio preconiza que:

(...) só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima. <sup>44</sup>

A intervenção mínima visa, pois, garantir que o legislador, no momento de escolha dos comportamentos a serem punidos, não tipifique penalmente condutas que possam ser resolvidos por outros ramos do Direito.

Sob outro enfoque, Fernando Capez explica que tal princípio alcança não somente o legislador, mas também o intérprete do Direito, para que este não tipificasse ações quando houvesse outras formas jurídicas de resposta, menos danosas que o sistema punitivo estatal.<sup>45</sup>

Por tudo isso, pode-se concluir que tal princípio visa restringir o âmbito de atuação do Direito Penal, principalmente pela consideração de seus efeitos gravosos e deletérios ao indivíduo (criminalizando condutas/aplicando penas).

## 2.4 Princípio da coisa julgada e o direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento tem suas origens no direito estrangeiro década de 1931, no caso *Melvin vs Reid*. O referido caso dizia respeito à vida de Gabrielle Darley, meretriz, que tinha sido acusada de homicídio em 1918 e posteriormente inocentada. O fato é que muito tempo depois, tendo inclusive Gabrielle abandonado sua vida passada e constituído família com Bernard Melvin, foi exibido o filme *Red Kimono*, produzido por Doroty Davenport Reid, em que era relatado com detalhes a vida promíscua de Gabrielle. A Corte reconheceu a procedência do pedido do marido de Gabrielle de reparação pela violação à vida privada da esposa e da

---

<sup>44</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. p.39, 2002.

<sup>45</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. p. 21, 2003.

família, pois entendeu que a pessoa tem direito à felicidade e de não sofrer com desnecessários ataques a sua reputação<sup>46</sup>.

Fato semelhante ocorreu na Alemanha nos anos de 1969, no Caso Lebach, em que um ex-condenado por homicídio venceu no Tribunal Constitucional Alemão uma ação inibitória contra um canal de televisão, no qual exibiria um programa aduzindo acerca do crime mesmo após o condenado ter obtido liberdade.<sup>47</sup>

No Brasil, a incorporação do direito a esquecimento em nosso ordenamento é relativamente recente e inicialmente surgiu em consequência dos avanços tecnológicos que, por vezes, violam direitos da personalidade de terceiros como direito a honra, privacidade, intimidade em decorrência de informações disseminadas pelos meios de comunicação.

O conceito de direito ao esquecimento foi bem desenvolvido no Recurso Especial 1334097/RJ, julgado em 28/05/13 pela Quarta Turma do STJ de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, no qual definiu o direito ao esquecimento: “É um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”<sup>48</sup>.

Tal direito possui a importante função de evitar que fatos cometidos no passado viessem a perturbar o indivíduo que já cumpriu a sanção imposta em virtude deles.

Esse novo direito ganhou tamanha importância que, embora não positivado expressamente por meio uma lei específica, foi introduzido no enunciado 531 da VI Jornada de Direito de Civil do CJF/STJ, no qual dispôs que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

Atualmente o direito ao esquecimento é concebido pela doutrina e jurisprudência como sendo um direito fundamental implícito, que pode ser aplicado nas diversas áreas do direito como administrativo, civil, penal e busca resguardar os

---

<sup>46</sup>FONTES, Jamile Magalhães Barreto. **O direito ao (não) esquecimento como um direito humano.** *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4082, 4 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31543>>. Acesso em: 1 mar. 2019.

<sup>47</sup> FERREIRA, Paulo Rafael de Lucena Ferreira. ***Direito ao esquecimento é realidade no cenário jurídico brasileiro.*** *Revista Consultor Jurídico*, Boletim de Notícias Conjur, 3 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-03/paulo-ferreira-direito-esquecimento-cenario-juridico-brasileiro> Acesso em 03 de Março de 2019.

<sup>48</sup>Disponível em: **Arquivo. cidadão, STJ.** Disponível em: <http://arquivocidadao.stj.jus.br/index.php/recurso-especial-n-1-334-097-rj> . Acesso em 11/06/19.

direitos da personalidade, sendo considerado um direito fundamental à dignidade da pessoa humana.<sup>49</sup>

Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet explica que:

Como direito humano e direito fundamental, o assim chamado direito ao esquecimento encontra sua fundamentação na proteção da vida privada, honra, imagem e ao nome, portanto, na própria dignidade da pessoa humana e na cláusula geral de proteção e promoção da personalidade em suas múltiplas dimensões. Cuida-se, nesse sentido, em virtude da ausência de disposição constitucional expressa que o enuncie diretamente, de um típico direito fundamental implícito, deduzido de outras normas, sejam princípios gerais e estruturantes, como é o caso da dignidade da pessoa humana, seja de direitos fundamentais mais específicos, como é o caso da privacidade, honra, imagem, nome, entre outros.<sup>50</sup>

Pablo Dominguez Martinez, por sua vez, explica o direito ao esquecimento como sendo:

(...) um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não deseja rememorar. Trata-se de direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros. Como tal, configura-se como um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Em outras palavras, o direito ao esquecimento é a possibilidade de defesa que, como uma redoma, permite ao particular que não autorize a veiculação ou retire desta um fato pretérito que o expõe ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos.<sup>51</sup>

Assim, o referido direito integra o rol dos direitos de personalidade e, como tal, é sucedâneo do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III, CF/88) emanando, pois, de forma implícita da Constituição Federal.

---

<sup>49</sup> RIBEIRO, Diaulus Costa; SANTOS, Júlio Edstron S.; SOUSA, Maria Sariane de C. **Jurisprudência atual do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Revista do Direito Público**, p. 291-337, abr. 2018.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

<sup>51</sup> MARTINEZ, Pablo Rodriguez. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação**. p. 80, 2014.

### 3) DA APLICAÇÃO DA PENA

A dosimetria da pena diz respeito à atividade desempenhada pelo juiz para aplicar a pena ao indivíduo que comete um fato típico, antijurídico e culpável, e relaciona-se ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI da CF/88).

Cesar Roberto Bittencourt explica que a dosimetria da pena é o “cálculo da pena”, ou seja, a individualização da pena para determinado indivíduo no caso concreto, revestindo-se em uma garantia do cidadão contra eventual arbitrariedade estatal. É o que se extrai:

A individualização da pena — uma conquista do Iluminismo — ganhou assento constitucional (art. 5º, XLVI, da CF), assegurando uma das chamadas garantias criminais repressivas, e, como tal, exige absoluta e completa fundamentação judicial. É verdade que o legislador abre um grande crédito aos juízes na hora de realizar o cálculo da pena, ampliando sua atividade discricionária. Contudo, como discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, nosso Código Penal estabelece critérios a serem observados para a fixação da pena.

O autor também comenta que:

(...) todas as operações realizadas na dosimetria da pena, que não se resumem a uma simples operação aritmética, devem ser devidamente fundamentadas, esclarecendo o magistrado como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração. (...) O cálculo da pena, nos termos do art. 68 do CP, deve operar-se em três fases distintas (...)<sup>52</sup>

Cleber Masson<sup>53</sup> nos explica que nesse processo de calcular a pena privativa de liberdade ao indivíduo, nosso ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema trifásico desenvolvido por Nelson Hungria. Por meio desse sistema, a pena-base é fixada tendo por base o artigo 59 do Código Penal brasileiro. Posteriormente,

---

<sup>52</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, vol. 1, p. 156-157.

<sup>53</sup> MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – parte geral* – vol 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p. 627, 2012

considera-se as circunstâncias atenuantes e agravantes e por último as causas de diminuição e aumento de pena.

Analisemos separadamente cada uma dessas três fases de fixação da sanção.

### 3.1) Da pena-base

Na primeira fase da fixação da pena, como já mencionado, são analisadas as circunstâncias judiciais a que se referem o art. 59 do Código Penal, qual seja, a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, os motivos, as circunstâncias do crime, bem como o comportamento da vítima

Em relação a **culpabilidade**, exige-se do julgador a análise da frieza e crueldade na conduta do réu para execução do crime, ou seja, é o grau de censura da conduta valorada sob a ótica da reprovação social. Nas palavras de Ricardo Augusto Schmitt, a culpabilidade nada mais é do que o “juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando a maior ou menor censurabilidade do comportamento do acusado”. (SCHMITT, p. 127, 2018)

Os **antecedentes**, segundo Celso Delmanto, são:

(...) os fatos anteriores de sua vida, incluindo-se tanto os antecedentes bons como os maus. Serve este componente especialmente para verificar se o delito foi um episódio esporádico na vida do sujeito ou se ele, com freqüência ou mesmo habitualmente, infringe a lei.<sup>54</sup>

Esse também é o entendimento de Ricardo Augusto Schmitt que assim explica:

Nos antecedentes se perquire a *vita anteacta* do sentenciado. A circunstância judicial atinente aos antecedentes criminais diz respeito aos envolvimentos judiciais anteriores do acusado, e os fatos que não tenham relação com situações ilícitas (criminosas) não podem (nem devem) ser aqui valorados.<sup>55</sup>

Assim, os antecedentes criminais dizem respeito à vida pregressa do acusado, ou seja, a seu eventual envolvimento com o Poder Judiciário no que concerne à anterior prática de ilícitos na esfera penal.

<sup>54</sup> DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 110, 2002.

<sup>55</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática**. 12 ed. Salvador: JusPodvum, p. 133, 2018.

A **conduta social**, por sua vez, diz respeito a análise comportamental do réu em meio à sociedade, família e local de trabalho. Segundo Schmitt, essa circunstância judicial atua como meio para aferir a relação de afetividade do sentenciado com os membros da sua família ou o desprezo e a indiferença que nutre por seus parentes, o grau de importância na sua estrutura familiar, o conceito existente perante as pessoas que residem em sua rua, o prestígio e a respeitabilidade que possui perante as pessoas do seu bairro e de sua cidade, entre outros.<sup>56</sup>

Sobre o tema explica o Ministro Felix Fischer :

A circunstância judicial da conduta social deve ser entendida como o papel do agente na comunidade, inserida no contexto familiar, no trabalho, na escola, na vizinhança, não sendo tal circunstância judicial idônea para supedanejar a elevação da pena quando não há notícias negativas sobre esses aspectos sociais do comportamento do réu. Assim, o fato do paciente ser pai de três filhos, não possuir trabalho definido e estar envolvido com o tráfico de drogas desde 1999, não é fundamento apto para macular sua conduta social. (...) (HC 395.548/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017)<sup>57</sup>

Logo, a conduta social compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos.

No que tange à **personalidade**, diz respeito ao conjunto de características psicológicas que determinam os padrões de pensar, sentir de cada pessoa. Diz respeito ao caráter do indivíduo como pessoa humana. Através dela demonstra-se a índole do agente, seu temperamento. Incluem-se os casos de sensibilidade, controle emocional, predisposição agressiva, discussões antecipadas, atitudes precipitadas, além de outros.<sup>58</sup>

Quanto aos **motivos** do crime, estes são os “precedentes psicológicos propulsores da conduta. [...]. Caso o motivo configure qualificadora, agravante ou atenuante genérica, causa de aumento ou de diminuição, não poderá ser considerado como circunstância judicial, evitando o *bis in idem*.” (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1. p. 490-491).

---

<sup>56</sup> SCHIMITT, Ricardo. Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática. p. 151, 2018.

<sup>57</sup>Disponível em: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará-TJC. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2017/09/Material-CALCULO-DA-PENA.pdf>. Acesso em 23/10/19, às 10h00min.

<sup>58</sup> Schmitt, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática. p155, 2018.

No mesmo sentido, Rogério Sanches explica que os motivos:

"correspondem ao 'porquê' da prática da infração penal. Entende-se que esta circunstância judicial só deve ser analisada quando os motivos não integrem a própria tipificação da conduta, ou não caracterizem circunstância qualificadora ou agravante, sob pena de *bis in idem*.<sup>59</sup>

Nota-se, pois, que os motivos dizem respeito às razões pelas quais levam o agente a cometer o delito. No entanto, conforme nos advertiu Sanches, os motivos não podem ser considerados simultaneamente como elementar do tipo penal e como circunstância judicial negativa, sob pena de violação ao princípio do *bis in idem*.<sup>60</sup>

Em relação às **circunstancias do crime**, estas dizem respeito aos “dados accidentais, secundários, relativos à infração penal, que não integram a estrutura do tipo penal.”(HC 395.522/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017).

Segundo PRADO as circunstâncias do crime são “os fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais.” (PRADO, Luiz Regis. p. 428, 2014)

No mesmo sentido entende SCHIMITT que as circunstâncias do crime são:

(...) elementos que não compõem a infração penal, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre o autor e a vítima, entre outros.<sup>61</sup>

Observa-se que as circunstancias do crime são, pois, os elementos periféricos ao crime e que devem ser devidamente analisados pelo magistrado no momento da dosimetria da pena.

Quanto as **consequências** do crime PRADO, explica que são "os desdobramentos, não necessariamente típicos, advindos da conduta do agente, reveladores da danosidade decorrente do delito cometido" (PRADO, Luiz Regis. p. 285). Para NUCCI,

<sup>59</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, p. 383, 2014.

<sup>60</sup> Sobre o tema o STJ já se manifestou: “no exame das circunstâncias judiciais envolvendo a prática desses dois delitos [concessão e corrupção passiva], a jurisprudência desta Corte vem entendendo que a cobiça, a ganância e a intenção de obter lucro fácil constituem elementares dos delitos, não podendo, assim, serem utilizadas novamente na apreciação das circunstâncias judiciais para justificar a elevação da pena-base. Precedentes. (EDv nos EREsp 1196136/RO, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 01/08/2017)

<sup>61</sup> SMITCH, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática**. p. 163, 2018.

trata-se do "(...) mal causado pelo crime, que transcende ao resultado típico". (p. 232, 2002).

Por fim, o **comportamento da vítima** que consiste analisar em que medida a vítima, com sua atuação, contribuiu para a ocorrência do delito. "Quando a vítima instiga, provoca, desafia ou facilita a conduta delituosa do agente diz-se que essa circunstancia judicial é favorável ao acusado" (2018, p. 170).

Pois bem. Essas são as oitos circunstancias judiciais objeto de valoração pelo julgador. Pode ocorrer, todavia, de leis específicas estipularem a análise de outras circunstancias, como é o caso da lei de drogas que prevê a hipótese de valoração da natureza e quantidade de drogas para a fixação da pena base.<sup>62</sup>

Salvo tais hipóteses específicas, para a fixação da pena-base, segundo o entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência, deve-se subtrair a pena máxima abstratamente cominada ao delito pela pena mínima em abstrato. Posteriormente, deve-se dividir o resultado por oito, pois são oito circunstancias judiciais.

Nesse sentido, Inácio Carvalho Neto exemplifica:

[...] o valor de cada circunstância a ser analisada deve corresponder à divisão entre a escala da pena e o número de circunstâncias a analisar. Exemplificando mais uma vez com a hipótese de furto simples, em que a escala da pena, como vimos, é de três anos, sendo passíveis de análise todas as oito circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, o quantum de cada circunstância judicial equivalerá a quatro meses e quinze dias, que corresponde à divisão de três anos (trinta e seis meses) por oito.<sup>63</sup>

Uma vez obtido o quantum corresponde a cada circunstancia judicial, o julgador deverá proceder tantos aumentos de penas conforme seja o número de circunstancias judiciais negativas, ou seja, para cada circunstancia judicial negativa a pena será aumentada em 1/8.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Lei 11.343/06, Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

<sup>63</sup> CARVALHO NETO, Inácio. **Aplicação da pena**. p. 106, 2008.

<sup>64</sup> Impende destacar que existem entendimentos doutrinários e jurisprudências no sentido de se utilizar a fração de 1/6 ao invés de 1/8. Todavia, neste trabalho não comungo desse entendimento, pois são oito as circunstâncias judiciais e deve ser observada a hierarquia das fases, ou seja, os elementos que integram a fase seguinte sempre terão um patamar de valoração mais acentuado que os da fase anterior. Nesse ponto, comenta Schmitt "Desde que observada a hierarquia das fases, portanto, poderá se revelar a mais justa (e proporcional) a fixação da pena-base (individualização)

Feitos os referidos cálculos matemáticos, o resultado obtido é o que se chama de pena-base. Posteriormente, passa-se à segunda fase da dosimetria.

### 3.2 Da pena provisória

Na segunda fase da dosimetria, o julgador deverá aferir se existem causas de aumento ou diminuição de pena na parte geral ou específica do Código Penal ou mesmo leis especiais.

No Código Penal, as circunstâncias atenuantes encontram-se previstas nos artigos 65 e 66, enquanto as agravantes encontram-se previstas nos artigos 61 e 62.

No âmbito das leis especiais pode-se mencionar a título exemplificativo os dispositivos: art. 4º, §2º da lei 1.521/51 (lei usura), art. 4º da lei 7.170/83 (lei crimes políticos), art. 76 da lei 8.078/90 (Código do Consumidor), art. 298 da lei 9.503/97 (Código de Trânsito), art. 14 e 15 da lei 9.605/98 (crimes ambientais).

Cabe destacar que nesta fase, assim como na fase anterior, não há previsão legal dispendo acerca de qual seria a fração de aumento ou diminuição a ser utilizada.

Diante dessa ausência de previsão legal específica para a valoração das circunstâncias atenuantes e agravantes, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO ACIMA DE 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO. [...]

2. Apesar de a lei penal não fixar parâmetro específico para o aumento na segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, não se podendo dar às circunstâncias agravantes maior expressão quantitativa que às próprias causas de aumentos, que variam de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Portanto, via de regra, deve se respeitar o limite de 1/6 (um sexto) (HC 282.593/RR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014).

3. Hipótese em que pena foi elevada em 100%, na segunda fase, em face de circunstância agravante, sem fundamentação, o que não se admite, devendo, pois, ser reduzida a 1/6, nos termos da jurisprudência desta Corte.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 373.429/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016).

Com base no referido julgado, nota-se que STJ entendeu que o aumento em razão da agravante, por não ter parâmetro legal, deve seguir os indicativos das causas de aumento de pena, que variam entre 1/6 e 2/3.

Por essa razão, os majoritariamente a jurisprudência tem adotado a fração de 1/6 como limite máximo para o aumento em virtude das agravantes, para que estas não tenham maior impacto na dosimetria da pena que as causas de aumento de pena.

A referida fração também vem sendo utilizada para as hipóteses de causas diminuição de pena, devendo julgador sempre se atentar para a súmula 231 do STJ, a qual dispõe que “a incidência da circunstancia atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Nessa fase, observadas as hipóteses de diminuição ou aumento de pena, a pena a ser fixada é chamada de “pena intermediária” ou “pena provisória”. Posto isso, passa-se à terceira fase da dosimetria.

### **3.3 ) Da pena definitiva**

Na terceira e última fase da dosimetria, são observadas as causas de aumento e diminuição de pena. Aqui, nessa fase, ao contrário das anteriores, a própria lei prevê o *quantum* de pena a ser aumentado ou diminuído. Nesse caso, o *quantum* pode estar prevista em patamar fixo ou prevista em intervalo máximo e mínimo abstratamente cominado ao delito, devendo o julgador de forma motivada escolher o patamar que mais seja proporcional à luz do caso concreto.

Nesse contexto, Schmitt explica que:

[...] deverá o juiz sentenciante escolher o patamar ideal a ser aplicado, que corresponder ao mínimo, máximo ou qualquer outro valor (patamar) que esteja inserido no intervalo previsto, sempre fazendo de forma motivada, a partir da análise individualizada do caso concreto. [...] Prevalece, porém, o entendimento na jurisprudência de que na hipótese da existência de intervalo (mínimo e máxima) para a causa de diminuição ou de aumento de pena, caso o julgador opte pelo patamar que mais beneficie o sentenciado, tornar-se-á desnecessária a fundamentação sobre o porquê da escolha. No entanto, caso o juiz sentenciante não aplique o fator que mais beneficie o agente, estará obrigado em fundamentar a sua escolha, expondo as suas razões (motivações), como forma de propiciar ao condenado o exercício da ampla defesa.

Assim, na fundamentação sentença deverá o julgador explicitar as razões do porquê de escolher determinado patamar para o aumento/diminuição, caso o sentenciante não aplique o fator mais benevolente ao réu.

Tal dever de motivação é decorrência do princípio da publicidade (art. 37, caput da CF/88), bem como do comando constitucional previsto no art. 93, inciso IX, os quais garantem a ampla defesa do acusado e afastam qualquer subjetivismo por parte do julgador.<sup>65</sup>

Cabe destacar ainda que, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, nesta terceira fase, diferentemente das fases anteriores, as causas de aumento podem elevar a pena além do máximo e as de diminuição reduzi-la aquém do mínimo legal cominado.

Nesse terceira fase, a pena fixada ao réu é denominada de “pena definitiva”.

Fixada a pena definitiva, passa-se à etapa de fixação do regime inicial de cumprimento de pena (art. 33, CP) e à análise viabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (art. 44, CP) ou concessão de suspensão condicional da pena (art. 77, CP). Por fim valorado pelo magistrado a possibilidade de conceder ao réu do direito de recorrer em liberdade à luz do art. 312 do CPP.

---

<sup>65</sup> Corroborando tal assertiva, podemos mencionar a súmula 443 do STJ que foi criada com o intuito de afastar qualquer subjetivismo do julgador momento da aplicação da pena. Dispõe a súmula que: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.”

#### 4) DOS MAUS ANTECEDENTES PARA FINS DE VALORAÇÃO

Não obstante a digressão feita no capítulo anterior acerca da fixação da pena, a principal preocupação deste trabalho cinge-se tão somente na análise antecedentes do réu para fins de dosimetria, isto é, na análise de eventual cometimento de crime anterior pelo réu.

A preocupação que aqui se estabelece é devido ao fato de que há grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais se seria possível ou não utilizar a condenação anterior do réu para fins de valoração negativa quando ultrapassado o período depurador de 05 anos (art. 64, I, CP).

Nesse contexto, se determinado indivíduo comete um crime e integralmente realiza o cumprimento da pena, passados dez, quinze, vinte anos ou mais e depois comete novo crime, seria justo considera-lo como maus antecedentes para fins de fixação da pena-base mesmo que ultrapassado o período depurador de cinco anos? Essa é a controvérsia que se estabelece.

Parte dos magistrados adota o entendimento de se valer das condenações anteriores do acusado mesmo ultrapassado o período depurador a que se refere o art. 64, I do CP<sup>66</sup> para fixação da pena-base.

É certo que o referido dispositivo legal estabelece o prazo para fins tão somente de reincidência, nada dispondo acerca dos antecedentes.

Todavia, para o melhor entendimento, por meio de interpretação extensiva há de se aplicado o referido prazo também para fins de aferição dos maus antecedentes sob pena de eternização das punições.

O entendimento adotado neste trabalho é no sentido de não é possível que o magistrado, no momento da fixação da pena-base (primeira fase da dosimetria) valora negativamente os antecedentes criminais quando ultrapassado o período de cinco anos, sob pena de violação aos direitos do réu no que tange ao direito de esquecimento e a dignidade humana, haja vista que ocasionaria a eterna perpetuação da pena daquele cumpriu integralmente sua “dívida” para com a sociedade, afrontando o escopo social da pena.

---

<sup>66</sup> **Art. 64** - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Nesse contexto, encapa-se aqui do entendimento do Ministro Dias Toffili no desenvolvido do seguinte julgado:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado “direito ao esquecimento”, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta. Por isso, delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos para o desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64). Se essas condenações não mais se prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que são o menos.<sup>67</sup>

Assim, notamos da mesma forma que o legislador optou por limitar os efeitos da sentença penal condenatória por cinco anos no que tange à reincidência, dever-se-ia utilizar a referida limitação para fins de aferição dos maus antecedentes, pois tal interpretação é a que mais se coaduna com o direito ao esquecimento e com as finalidades da pena.

De fato, a valoração negativa das condenações anteriores transitadas em julgado quando ultrapassado o período depurador de cinco anos vai de encontro com o direito do condenado de se ver livre de um passado marcado por um crime no qual sua dívida com a sociedade já foi integralmente quitada nos termos do direito positivo.

Ora, uma vez que o condenado cumpriu integralmente a pena como forma de “contraprestação” por não ter observado as leis vigentes no país, dever-se-ia entender que sua obrigação para com a sociedade estivesse integralmente cumprido.

Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli explicam:

A exclusão da pena perpétua de prisão importa que, como lógica consequência, não haja delitos que possam ter penas ou consequências penais perpétuas. Se a pena de prisão não pode ser perpétua, é lógico que tampouco pode ser ela a consequência mais branda do delito. (...) Por mais grave que seja um delito, a sua consequência será, para dizê-lo de alguma maneira, que o sujeito deve ‘pagar a sua culpa’, isto é, que numa república se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas não admite que o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo ‘marcado’, ‘assinalado’, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo”.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Habeas corpus 119.200/PR, STF. Julg. 11/02/14. Relator Dias Toffili.

<sup>68</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. p. 700, 2015.

Desse modo, nota-se que uma vez cumprida a pena, não é admissível que o sujeito do delito perca sua condição de pessoa e seja “marcado” pela sociedade como um eterno criminoso.

Nesse contexto, a utilização de condenações criminais transitadas quando ultrapassado o prazo quinquenal implica violação ao direito ao esquecimento relativamente ao um passado não muito bem sucedido do réu, o que configura, em última análise, a violação do direito de personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1, III, CF/88).

Conforme mencionado anteriormente, o princípio da humanidade veda não somente a imposição de penas eternas, mas também veda-se conferir ao indivíduo qualquer outro tratamento que se caracterize como eternização das consequências jurídicas do delito.

Nesse contexto Karoline Mafra, Sarmento Beserra comenta:

Trata-se de princípio [humanidade das penas] de grande relevância, já que a dignidade daqueles que não interessam ao Estado é sempre a que está mais ameaçada. Em decorrência deste princípio, o Estado não pode impor penas que violem a dignidade humana, nem mesmo a quem tenha cometido o pior dos delitos. (...) Conclui-se assim, que toda a consequência jurídica de um delito – seja ou não uma pena – deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão.<sup>69</sup>

Desse modo, com base no princípio da humanidade não é admissível que o Estado eternamente confira ao réu o tratamento de culpado e, portanto, com maus antecedentes.

Ademais, adotar o entendimento de que o sujeito seja eternamente considerado com maus antecedentes implica voltar às origens do direito penal no sentido considerar que a pena contenha unicamente finalidade punitiva (teoria absolutista).

Conforme explicado no capítulo 1, o direito penal adota a teoria mista no sentido de conceber a pena não apenas como uma forma de compensação pelo

---

<sup>69</sup> BESERRA, Karoline Mafra Sarmento. **Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal e o monitoramento eletrônico sob a ótica dos direitos fundamentais**, p. 93/94, 2013.

crime cometido, mas sim como forma de prevenção ao cometimento de novos delitos e ressocialização do réu (fins utilitaristas).

Nesse interim, conferir ao réu a condição de que eternamente possui maus antecedentes representa violação aos fins da pena, não sendo este o melhor entendimento que se coaduna com os fins de nosso Estado Democrático de Direito.

De fato, em um Estado de Direito vivi-se sob a égide do princípio da legalidade e, portanto, se não há dispositivo legal prevendo o período a ser considerado para maus antecedentes, dever-se-á realizar a interpretação extensiva a fim de ser aplicado o prazo quinquenal previsto no art. 64, inciso I do Código Penal para maus antecedentes.

Sob outro viés, o princípio da intervenção mínima (comentado no capítulo anterior) visa restringir o âmbito de atuação do Direito Penal, principalmente pela consideração de seus efeitos gravosos e deletérios ao indivíduo (criminalizando condutas/aplicando penas), pois o Direito Penal é a última ratio.

Todavia, apesar dos fundamentos aqui apresentados, nossos tribunais tendem a adotar entendimentos diversos destes aqui apresentados. É o que observaremos no item que se segue.

## 5) ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

No âmbito dos tribunais ainda muito se discute acerca da utilização das condenações anteriores já transitadas em julgado para fins de considerar maus antecedentes para fixação de pena-base em novo processo.

É de se destacar, todavia, que há em tramitação no STF com sede de repercussão geral o recurso extraordinário de número : **RE 593818 de relatoria do Min. Roberto Barroso** no que se discute, à luz do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos serem consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base.

No dia 15 de Agosto do presente ano, o Plenário do STF reuniu-se para o julgamento do referido recurso. Na ocasião, foram proferidos cinco votos convergindo com o do o relator Luís Roberto Barroso, o qual defendeu o entendimento de que a condenação anterior pode ser considerada na dosimetria da pena, mesmo que já tenha sido cumprida há mais de cinco anos.

Na ocasião, o Barroso afirmou que: *“cinco anos valem para apagar a reincidência, não os maus antecedentes. Assim, entendo que não é possível alargar a interpretação da reincidência de modo a incluir os maus antecedentes”* e que *“Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de reincidência do artigo 64, 1 do CP. Os maus antecedentes podem ser levados em conta, ou não, pelo juiz, sendo uma faculdade. Já a reincidência é vinculante, uma obrigação”*.<sup>70</sup>

O referido entendimento foi seguido pelos ministros Alexandre de Moraes, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber e Cármen Lúcia.

O ministro Ricardo Lewandowski, no entanto, divergiu afirmando que *“A Constituição veda expressamente que as sanções tenham caráter perpétuo. Por isso, voto no sentido de que a consideração de maus antecedentes na dosagem de pena devem respeitar o limite de cinco anos”*.

Até o presente momento, ainda não houve o julgamento conclusivo do

---

<sup>70</sup>COELHO GABRIELA. **Revista Consultor Jurídico. CONDENAÇÕES TRANSITADAS STF analisa se condenação transitada em julgado pode ser considerada maus antecedentes.** 15 de Agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-15/stf-analisa-condenacao-definitiva-conta-maus-antecedentes> Acesso em 24 de Outubro de 2019

referido Recurso Extraordinário, haja vista que o Ministro Marco Aurélio pediu vista processual no dia 03 de Setembro de 2019 e aguarda-se o retorno dos autos no plenário para continuidade do julgamento, conforme consulta processual on line<sup>71</sup>.

Todavia, como já são cinco votos favoráveis pela admissibilidade de utilização das condenações anteriores transitadas em julgado para fins de maus antecedentes, lamentavelmente há grande probabilidade do resultado final do julgamento ser no sentido de ser admissível a perpetuidade dos maus antecedentes, entendimento esse que encontra-se em dissonância com todos os princípios constitucionais aqui apresentados no decorrer desta monografia.

Cabe destacar, porém, que, apesar do tema em questão esteja sob análise do STF por meio do RE 593818, há jurisprudência no mesmo tribunal em sentido contrário, ou seja, de que as penas extintas há mais de cinco anos não podem ser valoradas como maus antecedentes.

Nesse aspecto, vale mencionar a decisão proferida em 15 de Março de 2019 no Recurso Ordinário em sede de Habeas Corpus (RHC) 168947<sup>72</sup>, interposto pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul e acolhido pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, no qual determinou que seja fixada nova pena a um condenado desconsiderando, na primeira fase da dosimetria, a valoração negativa referente a condenações anteriores extintas há mais de cinco anos.

O ministro Gilmar Mendes afirmou que, embora a controvérsia esteja submetida à análise do Supremo no Recurso Extraordinário (RE) 593818, com repercussão geral reconhecida, há jurisprudência das duas Turmas do STF no sentido de que penas extintas há mais de cinco anos não podem ser valoradas como maus antecedentes.

Mendes citou alguns precedentes, inclusive a recente do ministro Celso de Mello no HC 164028, na qual assentou que, *“decorrido o período de cinco anos referido pelo artigo 64, inciso I, do Código Penal, não há como reconhecer nem como admitir que continuem a subsistir, residualmente, contra o réu, os efeitos negativos resultantes de condenações anteriores”*, revelando-se ilegal qualquer

---

<sup>71</sup> Portal **Supremo Tribunal Federal**. Consulta Processual. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642160>. Acesso às 18h54min do dia 24/10/19.

<sup>72</sup> Portal **Supremo Tribunal Federal**. Processos. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339735879&ext=.pdf> Acesso em 24 de Outubro de 2019, às 21h05min.

valoração desfavorável, em relação ao acusado, que repercute, de modo gravoso, na operação de dosimetria.

Nota-se, assim, que até o presente momento o tema é polêmico e há divergências no âmbito da suprema corte.

Por outro lado, no que tange ao Superior Tribunal de Justiça, o entendimento que tem prevalecido é no sentido de ser possível valorar como maus antecedentes a condenação definitiva anterior após o período depurador de cinco anos. É que se observa pelo seguinte julgado:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÕES CRIMINAIS ANTERIORES COM MAIS DE CINCO ANOS DE EXTINÇÃO DA PENA. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PERÍODO DEPURADOR PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. INAPLICABILIDADE. SISTEMA DA PERPETUIDADE ADOTADO QUANTO AOS ANTECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado no sentido de que condenações criminais anteriores com mais de cinco anos de extinção da pena podem ser sopesadas, no momento da fixação da pena-base, para dosar a reprimenda, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade: ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1776776/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)

No mesmo sentido, temos ainda o seguinte julgado da Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. PENA-BASE. AUMENTO PROPORCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, mesmo se decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação definitiva, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Mostra-se proporcional e razoável a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal ante a existência de circunstância judicial desfavorável. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1764855/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 11/03/2019)

Assim, no âmbito do STJ, ao contrário do STF, é pacífico quanto a possibilidade de valoração negativa dos antecedentes criminais após o período depurador de cinco anos.

No âmbito dos Tribunais de Justiça das diversas unidades da federação, a

partir de consulta jurisprudencial realizada, nota-se que tem sido adotados os dois entendimentos de modo que ainda há controvérsias.

Por tudo isso, necessário se faz que nosso guardião da Constituição pacifique o tema por meio de decisão a ser tomada em sede de repercussão geral de modo que não haja mais insegurança jurídica. Todavia, espera-se que o entendimento a ser adotado seja no sentido de não utilizar a condenação anterior quando ultrapassado o referido período quinquenal, pois a adoção de postura diversa representaria uma “eternização de punições” indo de encontro às finalidades da pena, ao direito de esquecimento e aos direitos da personalidade.

## CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho fez-se uma análise quanto a (im) possibilidade jurídica de utilizar a condenação anterior do réu transitada em julgado para fins de valoração negativa no momento da dosimetria da pena quando ultrapassado o período depurador de 05 anos (art. 64, I, CP).

Para tanto, no primeiro capítulo fez-se uma abordagem acerca das origens da pena e as finalidades da mesma destacando as teorias absolutista, relativista e mista, apontando esta última como sendo a adotada por nosso ordenamento jurídico.

No segundo capítulo foi abordado sobre alguns princípios relacionados à pena, destacando os princípios da humanidade, legalidade, intervenção mínima, da coisa julgada e o direito de esquecimento.

Comentou-se no terceiro capítulo sobre o processo de aplicabilidade da pena (dosimetria), destacando o sistema trifásico de Nelson Hungria.

Já no quarto capítulo teceu-se consideração acerca do posicionamento defendido nesta monografia no sentido de considerar inconstitucional a utilização da condenação definitiva anterior do réu quando ultrapassado o período de cinco anos, utilizando-se, para tanto, de interpretação extensiva do art. 64, inciso I do CP.

Ficou demonstrado que a adoção de entendimento diverso corresponderia violação aos direitos fundamentais do indivíduo, notadamente ao princípio da humanidade, o direito ao esquecimento, da legalidade penal e não atenderia ainda aos fins utilitaristas da pena.

Por fim, conforme ficou demonstrado no quinto e último capítulo, há controvérsias jurisprudências acerca do tema. No âmbito do STF não há consenso entre turmas julgadoras, sendo que encontra-se pendente de julgamento em sede de repercussão geral o recurso extraordinário de número: **RE 593818 de relatoria do Min. Roberto Barroso** no qual se discute o tema.

Ficou demonstrado que, pesar do referido recurso ainda não ter sido julgado até o presente momento, foram proferidos cinco votos favoráveis no sentido de se admitir a valoração negativa dos antecedentes quando ultrapassado o prazo depurador, entendimento esse que não é acolhido no presente trabalho monográfico pelas razões já expostas.

No âmbito do STJ, por sua vez, existe posicionamento pacificado no sentido de que registro de condenação extinta há mais de cinco anos é apto para caracterizar mau antecedente.

Quanto aos tribunais dos diversos entes da federação, a partir de consulta jurisprudência realizada nota-se que há entendimentos nos dois sentidos.

Por tudo isso, nota-se que há ainda insegurança jurídica quanto ao tema no âmbito dos tribunais, o que impõe a necessidade de pacificação. Porém, espera-se que tal pacificação seja no sentido de adotar o entendimento que melhor assegura a consecução dos direitos constitucionais do indivíduo consagrados na Magna Carta.

Espera-se que com o presente trabalho acadêmico, apesar de simplório, possa de alguma forma contribuir para o âmbito jurídico e que, ao final, nossos tribunais possa adotar o entendimento que melhor assegure a consecução dos direitos e liberdades fundamentais.

## BIBLIOGRAFIA

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BESERRA, Karoline Mafra Sarmento. **Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal e o monitoramento eletrônico sob a ótica dos direitos fundamentais**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 87-106, jul./dez. 2013

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal, Parte Geral**, volume 1, 9º edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, vol. 01, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, p. 112, São Paulo: Malheiros, 1994

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**. Vade mecum, São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte geral 01**, 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO NETO, Inácio. **Aplicação da pena**. 2008.

CARVALHO NETO, Inácio. Aplicação da pena. 4. ed. São Paulo: Método, 2013

COELHO GABRIELA. **Revista Consultor Jurídico. CONDENAÇÕES TRANSITADAS STF analisa se condenação transitada em julgado pode ser considerada maus antecedentes.** 15 de Agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-15/stf-analisa-condenacao-definitiva-conta-maus-antecedentes> Acesso em 24 de Outubro de 2019

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA JR, Paulo José da, **Direito Penal Curso Completo**, 7<sup>o</sup> edição, São Paulo: Saraiva, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**, , 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito Penal, parte geral.** 3<sup>a</sup>. Ed. Bahia: Editora Jus Podivm, p. 2015.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Geral**, volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FERREIRA, Paulo Rafael de Lucena Ferreira. **Direito ao esquecimento é realidade no cenário jurídico brasileiro.** Revista **Consultor Jurídico**, Boletim de Notícias Conjur, 3 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-03/paulo-ferreira-direito-esquecimento-cenario-juridico-brasileiro> Acesso em 03 de Março de 2019.

FONTES, Jamile Magalhães Barreto. **O direito ao (não) esquecimento como um direito humano.** Revista **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4082, 4 set. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31543>>. Acesso em: 1

mar. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Penal: Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Org. por Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: RT, 2008. Vol. 4.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**, 18 ed. V. 01, Rio de Janeiro: ímpetus, 2016.

JESUS, Damásio E. **Direito penal: parte geral**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

JULIO FABRINI MIRABETE **Manual de Direito Penal, Parte Geral**, 22<sup>o</sup> edição, São Paulo, editra Atlas, 2005

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LUIZ REGIS PRADO **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – Arts. 1<sup>o</sup> a 120**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, , v.1, 2008.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado-Parte Geral-vol.1**, 6<sup>a</sup> edição, São Paulo: Método, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol 1**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012

NORONHA, M. Magalhães, **Direito Penal**, volume 1, 35<sup>o</sup> edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 223.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 2. ed. rev., ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. Ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social – 3. Ed – Florianópolis**: Editora da Universidade Federal de Santa Catarina, 2003.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru, São Paulo : Edusc, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, **O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988**, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, leitura indicada**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – Arts. 1º a 120**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal:. Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SÁ, SIDNEI BOCCIA PINTO DE OLIVEIRA DE. **Repensando a função retributiva da pena criminal. Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Disponível em :  
[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/273/repensando%20fun%C3%A7ao%20retributiva\\_Sa.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/273/repensando%20fun%C3%A7ao%20retributiva_Sa.pdf?sequence=1). Acesso em 09/09/19 às 20h45min.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática**. 12 ed. Salvador: JusPodvum, 2018.

SILVA, Haroldo Caetano da, **Manual de Execução Penal**, 2º edição, Ed. Bookseller, Campinas, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

**Supremo Tribunal Federal**. Portal Consulta Processual. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2642160>. Acesso às 18h54min do dia 24/10/19.

**Supremo Tribunal Federal**. Portal Processos. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339735879&ext=.pdf>  
Acesso em 24 de Outubro de 2019, às 21h05min.

**Tribunal de Justiça do Estado do Ceará-TJC.** Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2017/09/Material-CALCULO-DA-PENA.pdf>. Acesso em 23/10/19, às 10h00min.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.