

The Importance of Analysis of Judicial Circumstances in the Sentence Dosimetry Process

(A Importância Da Análise Das Circunstâncias Judiciais No Processo De Dosimetria Da Pena)

Cliciano Vieira Da Silva, Janildes De Moura Lino

Mestrando Em Estudos Jurídicos Com Ênfase Em Direito Internacional Must University
Pos Graduada Em Direito Penal E Processual Penal

Abstract

The Constitution plays an important role as a point of reference for the critical analysis of the criminal system, not only because it derives from the legal assets susceptible to punitive protection, but also and among other reasons, because the principles enshrined as a government norm in the Penal Code governing the imposition of sanctions is a clear development of the constitutional text and doctrine that the Constitutional Court has been building with its pronouncements, in the form that criminal law must acquire. The dosimetry of punishment in Brazil takes a three-step approach, pushing the system of fixed sanctions implemented by the legislature or the full discretion of the judge, promoting, on the other hand, a distribution of functions between the two, as he chooses the minimum and maximum sentence levels and dosage parameters, and this determines the sanction in the specific case from the legal criteria. In this sense, the present research aims to analyze the importance of analyzing judicial circumstances in the process of penalty dosimetry. The specific objectives are: to present a brief history of criminal legislation in Brazil, to review the most recent literature on the application of the penalty and its principles, to analyze the relationship between the dosimetry of the penalty and judicial circumstances and to point out cases in the jurisprudence that materialize the revised theory. Thus, given the relevance of the theme in the current legal scenario, the research is justified by discussing a contemporary theme. Through research on the principles of exceptionality, state of innocence, motivation of decisions and proportionality and the dosimetry of the penalty, possible judgments of the judge that relate the dosimetry of the penalty with the principles of human rights will be discussed. The judge should take charge of the evidence produced in relation to the facts that, in his opinion, influence the minor or major measure of the exact penalty to be imposed. The lack of motivation currently constitutes a violation of the constitutional guarantee of due process and absolute grounds for invalidity under the Criminal Procedure Code.

Keywords: *Penal Code. Feather dosimetry. Proportionality. Legality. Judicial Circumstances.*

Resumo

A Constituição desempenha um papel importante como ponto de referência para a análise crítica do sistema criminal, não apenas porque deriva dos bens legais suscetíveis de tutela punitiva, mas também e entre outras razões, porque os princípios consagrados como norma governamental no Código Penal, que rege a imposição de sanções, é um desenvolvimento claro do texto constitucional e da doutrina que o Tribunal Constitucional vem construindo com seus pronunciamentos, na forma que o direito penal deve adquirir. A dosimetria da pena no Brasil adota uma abordagem de três fases, empurrando o sistema de sanções fixas implementadas pela legislatura ou a total discricção do juiz, promovendo, por outro lado, uma distribuição de funções entre os dois, na medida em que ele escolha os níveis mínimo e máximo da sentença e os parâmetros da dosagem, e isso determina a sanção no caso específico a partir dos critérios legais. Nesse sentido, a presente pesquisa tem como objetivo geral, analisar a importância da análise das circunstâncias judiciais no processo de dosimetria da pena. Os objetivos específicos são: apresentar um breve histórico da legislação penal no Brasil, revisar a literatura mais recente produzida sobre os temas aplicação da pena e princípios que a regem, analisar a relação entre a dosimetria da pena e circunstâncias judiciais e apontar

casos na jurisprudência que materializem a teoria revisada. Deste modo, dada a relevância do tema no cenário jurídico atual, a pesquisa se justifica por debater um tema contemporâneo. Por meio da pesquisa sobre os princípios da excepcionalidade, do estado de inocência, da motivação das decisões e da proporcionalidade e da dosimetria da pena, serão debatidas possíveis sentenças do juiz que relacionem a dosimetria da pena com os princípios dos direitos humanos. o juiz deve se encarregar das evidências produzidas com relação aos fatos que, em sua opinião, influenciam a medida menor ou maior da penalidade exata a ser imposta. A falta de motivação neste momento constitui uma violação da garantia constitucional do devido processo legal e motivos absolutos de nulidade nos termos do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Código Penal. Dosimetria da Pena. Proporcionalidade. Legalidade. Circunstâncias Judiciais.

1. Introdução

O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, é o Código Penal vigente em nosso país. A referida Lei é resultado de um influxo liberal e de uma mentalidade humanista em que se procurou criar medidas penais para os crimes de pequena relevância, evitando-se o encarceramento dos seus autores por curto lapso de tempo. Respeita a dignidade do homem que delinuiu, tratado como ser livre e responsável, enfatizando-se a culpabilidade como indispensável à responsabilidade penal. No entanto, quando há o risco de fuga ou de ameaça à sociedade por parte do réu, pode ocorrer a prisão preventiva ou cautelar (AMARAL, 2016).

Faz-se necessário assegurar os direitos constitucionais em direção à humanização do Sistema Judiciário, sobretudo porque o princípio de liberdade deve ser assegurado a todos os cidadãos. A Constituição desempenha um papel importante como ponto de referência para a análise crítica do sistema criminal, não apenas porque deriva dos bens legais suscetíveis de tutela punitiva, mas também e entre outras razões, porque os princípios consagrados como norma governamental no Código Penal, que rege a imposição de sanções, é um desenvolvimento claro do texto constitucional e da doutrina que o Tribunal Constitucional vem construindo com seus pronunciamentos, na forma que o direito penal deve adquirir de acordo com o definição do Estado brasileiro que faz a carta política (BOSCHI, 2018).

Assim, atualmente, entende-se que o direito penal é perfeitamente constitucionalizado, ou seja, que as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais e, obviamente, aquelas que têm a ver expressamente com o direito penal, entram em jogo como parâmetro de avaliação crítica às normas penais, ao mesmo tempo em que se constituem critérios para sua interpretação e aplicação (AMARAL, 2016).

Esse fenômeno de ligação necessária entre o direito penal e a constituição, que levou autores importantes a argumentar, por exemplo, que o direito penal deve ser entendido como direito constitucional aplicado, está enquadrado em um processo mais amplo e complexo de constitucionalização de todo o sistema jurídico, chamado pela doutrina de constitucionalismo moderno ou novo-constitucionalismo (BOSCHI, 2018).

Existem muitos princípios fundamentais que se referem às garantias do indivíduo em matéria penal contra o estado *jus puniendi*, a fim de promover a proteção da pessoa contra o poder incontrolável do Estado, para a limitação da (e legitimação) da imposição da sanção penal (CAPEZ, 2018).

A dosimetria da pena no Brasil adota uma abordagem de três fases, empurrando o sistema de sanções fixos implementadas pela legislatura ou a total discricção do juiz, promovendo, por outro lado, uma distribuição de funções entre os dois, na medida em que ele escolha os níveis mínimo e máximo da sentença e os parâmetros da dosagem, e isso determina a sanção no caso específico a partir dos critérios legais (BOSCHI, 2018).

Nesse sentido, a presente pesquisa tem como objetivo geral, analisar a importância da análise das circunstâncias judiciais no processo de dosimetria da pena.

Os objetivos específicos são: apresentar um breve histórico da legislação penal no Brasil, revisar a literatura mais recente produzida sobre os temas aplicação da pena e princípios que a regem, analisar a relação entre a dosimetria da pena e circunstâncias judiciais e apontar casos na jurisprudência que materializem a teoria revisada.

Deste modo, dada a relevância do tema no cenário jurídico atual, a pesquisa se justifica por debater um tema contemporâneo. Por meio da pesquisa sobre os princípios da excepcionalidade, do estado de inocência, da motivação das decisões e da proporcionalidade e da dosimetria da pena, serão debatidas

possíveis sentenças do juiz que relacionem a dosimetria da pena com os princípios dos direitos humanos. O intuito é mostrar relevância da correta análise das circunstâncias judiciais, durante o processo de dosimetria, para a correta e justa aplicação da pena.

2. Metodologia E Métodos

Foi realizada uma revisão abrangente da literatura sobre o tema "A Importância da Análise das Circunstâncias Judiciais no Processo de Dosimetria da Pena". Esta revisão contemplou as teorias mais recentes produzidas na área, incluindo trabalhos publicados em livros impressos, artigos científicos, teses e dissertações disponíveis em importantes plataformas de indexação do país, tais como Scielo, Portal CAPES, banco de dados da USP, e sites jurídicos especializados. Para garantir a abrangência e a qualidade das fontes utilizadas, foram empregados descritores específicos relacionados ao tema, tais como "dosimetria da pena", "aplicação da pena" e "código de processo penal". A busca por esses descritores foi realizada de forma sistemática nas bases de dados mencionadas, bem como em jurisprudências dos Tribunais Superiores.

As informações obtidas foram cuidadosamente analisadas e sintetizadas, buscando identificar as principais contribuições teóricas e práticas relacionadas à análise das circunstâncias judiciais no processo de dosimetria da pena. Foram destacados aspectos como a evolução conceitual do tema, debates jurídicos relevantes, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, além de casos exemplares que ilustram a aplicação prática das teorias estudadas. Com base na revisão da literatura e na análise dos dados, o presente artigo científico foi elaborado de forma a apresentar uma visão abrangente e atualizada sobre a importância da análise das circunstâncias judiciais no processo de dosimetria da pena. Foram incluídas reflexões críticas, conclusões embasadas e sugestões para o aprimoramento das práticas jurídicas relacionadas ao tema.

3. Discussão

Conforme o Código Penal brasileiro, prevista no artigo 68, a dosimetria precisa ser efetuada baseada em um sistema trifásico, ou seja (NUCCI, 2016): na 1ª fase, a fixação da pena-base prevista no art. 59 do Código Penal; na 2ª fase, o magistrado deve levar em consideração a existências de circunstâncias atenuantes com previsão no art. 65 do Código Penal e agravantes previstos nos artigos 61 e 62, ambos do Código Penal; por fim, na 3ª fase, as eventuais causas de diminuição e de aumento de pena. Na primeira fase se faz a fixação da pena-base, em que o juiz precisará levar em conta as circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Critérios especiais da pena de multa (BRASIL, 1984).

As circunstâncias judiciais que devem ser consideradas para que se fixe a pena-base no Código Penal, são: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade; motivos do crime; circunstâncias do crime; consequências do crime; e comportamento da vítima, abordadas a seguir. A lei deve relacionar a conduta e a penalidade pela qual deve haver um princípio de legalidade que se materialize em penalidade. Também é importante dizer que a conduta deve ser contrária à lei (ilegal). O CP consagra o conjunto de causas isentas de responsabilidade criminal e diferencia as causas da justificação e as causas da culpabilidade.

Nas leis brasileiras, Nucci (2016) aponta o art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, a fundamentação da culpabilidade. De acordo com esta norma, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, art. 5.º, LVII). De acordo com o autor, a condenação traz a pressuposição da culpabilidade do autor ou partícipe de uma ação típica e antijurídica. Nucci (2016) indica ainda outros dois fundamentos do princípio da culpabilidade, o princípio da intranscendência descrito no art. 5.º, XLV e o da individualização da pena descrita no art. 5.º, XLVI, abordado no capítulo anterior.

O código penal brasileiro faz a admissão de forma expressa da culpabilidade na primeira fase da aplicação da pena como já abordado anteriormente, no art. 59 do CP. E de acordo com o art. 68 do Código Penal, a aplicação de atenuantes e causas que justificam o acréscimo de pena, esta poderia ser aumentada de acordo com a culpabilidade, que é fixada segundo os termos do art. 59.

Para Schmitt (2014, p. 115): “o que temos é a necessidade de se valorar o grau de dolo ou de culpa que foge ao simples alcance do tipo penal, ou melhor, que extrapolem o limite da intenção ou da previsibilidade”. Desta maneira, esta circunstância não pode ser confundida com a culpabilidade que serve de fundamento da aplicação da pena. Assim, deve ser observada pelo olhar da reprovabilidade face ao caso concreto que estejam no procedimento de averiguação do fato criminoso. Trata-se, portanto, do grau de reprovação social que o crime e o autor merecem. Em outras palavras, a reprovabilidade da conduta.

Os antecedentes criminais também cumprem funções em questões de dosimetria criminal e outras circunstâncias relacionadas à execução da lei criminal. De acordo com o número art. 59 do CP, a falta de antecedentes criminais é uma circunstância de menor punibilidade.

Nucci (2016) defende o estabelecimento de um limite de cumprimento da penalidade em abstrato, visando a crimes de menor potencial ofensivo, mantendo uma simetria com a suspensão da execução da penalidade, antecipando a solução, com aceitação da defesa, oferecendo algumas vantagens, como a retirada de alguns efeitos da sentença. Além disso, as condições pessoais do réu devem ser examinadas, principalmente seus antecedentes criminais e comportamento social.

A aplicação de uma penalidade também visa a reabilitação social do preso, que pode ser alcançado com um tratamento diferenciado, sem a privação da liberdade e sem os efeitos de uma condenação, com fatos menos graves e com os autores que não estão acostumados ao caminho do crime. Enviar uma pessoa condenada à prisão por um crime de menor potencial ofensivo, sem registro criminal, o torna um criminoso.

O Código Penal, quando estabelece as regras para a mensuração da penalidade, no artigo 59 do CP, indica que o Juiz, levando em consideração a responsabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do autor; os motivos, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima determinarão a espécie e o valor da sentença, e o regime inicial de cumprimento da sentença, conforme necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Para que o réu tenha direito à alternativa legal, ele pode não ter se beneficiado da transação nos últimos cinco anos. O legislador não esclarece se os cinco anos se somam à data de aplicação da medida ou à data de seu cumprimento. Diante dessa óbvia escuridão, a interpretação deve ser favorável, ou seja, os cinco anos de firmeza do julgamento que aplica a medida devem ser contados, sem a falta de cumprimento, por si só, separando um novo direito (art. 76, § 2, II, Lei 9.099 / 95).

O réu pode não ter sido condenado por um crime, uma penalidade de prisão, de modo que ele tem o direito a sanção alternativa. Portanto, a condenação por uma falta ou por um crime contra uma pena diferente de prisão, uma multa, por exemplo, não impede a aplicação da medida alternativa. Da mesma forma, a existência de uma sentença definitiva, desde que não seja firme, não impede a concessão do benefício. A sentença condenatória impedirá o benefício até que produza efeitos penais, ou seja, até cinco anos após a execução da sentença, ou a extinção da punibilidade (art. 64,1, CP e art. 76, § 2º, Lei 9.099 / 95).

Além disso, a aplicação da pena de multa ou da sanção restritiva de direitos deve ser suficiente para a reprovação legal (art. 76, § 2, III, Lei 9.099 / 95). O mérito da alternativa à privação de liberdade e os efeitos de uma condenação devem ser informados, de acordo com o legislador, pelos antecedentes, pela conduta social e pela personalidade do autor, além dos motivos e circunstâncias do crime na prática de ofensa criminal.

A falta de capacidade do Estado de controlar transações criminais, antecedentes criminais e reincidência dificulta a análise dos impedimentos à concessão do benefício. Além disso, não há delimitação legal quando os antecedentes são favoráveis quando o comportamento social pode ser considerado a favor do autor ou quando a personalidade pode ser levada em consideração a favor ou contra. Uma interpretação

subjetiva absoluta prevalece no momento da mensuração da penalidade; essas mesmas circunstâncias, entre outras, são avaliadas pelo juiz no momento da mensuração da sanção.

As circunstâncias pessoais do autor incluem, entre outros, sua idade, seu estado de saúde, seu sexo, sua inteligência, sua educação, sua posição profissional e social. Esta afirmação demonstra que o problema aqui apresentado está relacionado à igualdade de tratamento dos casos estudados. Como os outros fatores declarados nesta subseção, surge a questão de saber se esses fatores são relevantes apenas do ponto de uma abordagem especial de prevenção ou se eles também são levados em consideração para determinar, em qualquer caso, o valor da penalidade aplicar (NUCCI, 2016).

Também pode ser discutido se as considerações das características pessoais do autor devem influenciar ou não a determinação da penalidade, pois, nesse caso, a análise da personalidade do autor seria permitida, uma circunstância que não deve estar sujeita a nenhum juízo de valor. Em resumo, a situação pessoal do autor - seu nível de instrução, sua origem social, sua estrutura familiar - é decisiva para determinar se ele pode ser mais prudente, se pode conhecer a ilegalidade de seu ato ou se, por exemplo, ele será capaz de motivar-se na norma e agir de acordo com esse conhecimento.

O conceito de personalidade no direito penal está no centro da discussão de abordagens aos direitos autorais e direito penal do ato. A personalidade é basicamente um conceito psicológico, instrumentalizado na lei criminal de direitos autorais, um direito que presta serviços a um autoritarismo que ignora os princípios da dignidade humana, intimidade, liberdade de consciência e desenvolvimento livre da personalidade. Do positivismo com a formulação de uma personalidade perigosa ao funcionalismo de Jakobs que priva o ser humano reincidente do crime, de sua condição de pessoa, é manipulada a intervenção *antedelictum* ou a internação preventiva da atual lei criminal, a serviço de interesses ou a razão do estado (MESSA, 2017).

Personalidade é a aptidão legal de um sujeito para ser o titular desses direitos e deveres. A personalidade é uma qualidade legal, é uma condição para ser titular desses direitos e deveres. A personalidade é essa qualidade, é essa habilidade que dá o sistema jurídico à pessoa. Capacidade é a medida dessa aptidão legal, a personalidade é o todo, a capacidade parte desse todo. É por isso que uma entidade tem uma personalidade ou não, não há graus de capacidade. Tal princípio está previsto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, que assim dispõe:

nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (BRASIL, 1988, art. 5º, XLV).

Se a equação entre crime e personalidade fosse perfeita, mesmo que apenas no momento da infração, o diagnóstico do crime deveria inevitavelmente levar a um prognóstico de reincidência, que é refutado pela taxa apreciável de criminosos ocasionais, levando em consideração por outro lado, que a alta taxa de reincidentes se deve à sobrevivência das condições criminogênicas das sociedades em que as desigualdades socioeconômicas aberrantes levam os setores subalternos da sociedade à transgressão criminal (MESSA, 2017).

O juiz cumpre a observância de que as condições em quantidade e qualidade são proporcionais ao interesse público na manutenção da reivindicação acusatória. Quanto mais importante, mais onerosas devem ser as condições. Da mesma forma, devem ser levados em consideração todos os fatos criminalmente relevantes, *iter criminis*, circunstâncias do crime, por exemplo, como pessoal, indicados pela prevenção especial, antecedentes, conduta social e personalidade, por exemplo, e aqueles da prevenção geral, confiança do cidadão na inviolabilidade do sistema jurídico (NUCCI, 2016).

Os motivos do crime são considerados todos os fatos que fizeram com que o réu a cometesse o delito, em algumas ocasiões, têm a previsão também como circunstâncias legais genéricas no art. 61 a 65 do CP. Como exemplo, cita-se: motivo fútil, motivo torpe, motivo de relevante valor social e moral. Nessas situações, só necessitam ter sua consideração no agravamento ou diminuição da pena do réu, para cada situação. Não devem refletir na quantidade de pena-base, podendo ter caracterização como *bis in idem*, nesse caso.

De fato, a maioria dos crimes causa danos diretos à parte ofendida, no motivo do ato criminoso, e outro na sociedade. A função do direito processual penal não é apenas a proteção da sociedade e do acusado, mas também das vítimas. Isso é alcançado, além do estabelecimento legal de formas de compensação, com a

dedução de uma reivindicação de natureza econômica ou com o estabelecimento de mecanismos de consenso.

Motivo é a razão pela qual o réu comete o ato criminoso. A motivação por si só não é suficiente para provar a intenção criminosa. A intenção não deve ser confundida com o motivo, razão pela qual o réu comete o ato criminoso ou o *actus reus*. O motivo pode gerar intenção, apoiar uma defesa e ser usado para determinar a sentença. No entanto, o motivo por si só não constitui *mens rea* e não atua como substituto da intenção criminosa.

Em relação às circunstâncias do crime, que é considerado o estado de ânimo do réu, as condições de tempo, localização, como o réu agiu, ocasião. É contrária ao réu de maneira total, como exemplo, a circunstância de haver cometido um homicídio no interior de uma igreja ou na residência da vítima. É necessário pontuar que não devem ser consideradas, quando da análise do art. 59 do CP, circunstâncias assim como ‘atenuantes’, ‘agravantes’, ‘privilegiadoras’ ou ‘qualificadoras’, pois estas serão examinadas em uma etapa posterior (SCHMITT, 2013).

As consequências do crime, a que se referem o Código Penal, são as consequências extrapenais, vão além do tipo. São as consequências causadas pela conduta do réu, o menor ou maior dano para a família da vítima ou para a sociedade.

O mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico, é a consequência a ser considerada para a fixação da pena. É lógico que em um homicídio, por exemplo, a consequência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma consequência não natural do delito (NUCCI, 2016, p. 189).

Esse problema é um dos mais complexos, pois o primeiro obstáculo surge na delimitação do comportamento criminoso. De fato, o conceito de conduta antes e depois do fato só faz sentido desde que seja possível determinar com precisão qual é a conduta que constitui o ato ilícito real. O conflito está relacionado à avaliação da culpa. Se alguém parte de um conceito estrito de culpa pelo fato, pode-se argumentar que a culpa é fixada apenas por ela e que não pode ser influenciada por nenhuma outra circunstância.

Nesse sentido, alguns autores acreditam que é essencial fazer uma distinção clara entre o componente de ação e o componente de resultado. Quem não aceitar os postulados de uma teoria baseada na desvalorização da ação, afirmará que a não produção do resultado é uma causa legal para mitigar a penalidade. Na mesma linha de pensamento, eles dirão que os esforços do preso para reparar os danos ou alcançar um compromisso com a vítima também operam reduzindo a punição (NUCCI, 2016).

Nessa linha de pensamento, foi dito que medidas materiais e ideais de compensação em relação à vítima melhoram sua posição e, em certas circunstâncias, podem reduzir o valor da penalidade aplicável. As qualidades pessoais e sociais da vítima também podem ser relevantes para avaliar o grau de dano assumido pelo autor. Assim, por exemplo, do ponto de vista das consequências do fato de terem um efeito de aumento de ilicitude quando o abuso é cometido com relação a uma pessoa doente, quando as economias de um aposentado, abuso sexual de crianças etc. são subtraídas (SCHMITT, 2013).

A última circunstância judicial a ser considerada na dosimetria, é o comportamento da vítima. Se refere à conduta da vítima ter possivelmente atuado como agente motivador. Desta maneira, caso vítima tenha uma parte na responsabilização no crime, essa circunstância poderá ser usada para beneficiar o réu. A questão discutida no ponto anterior nos apresenta outro aspecto da determinação judicial da pena que está relacionada à importância prática da conduta da vítima no assunto em questão. Os aspectos centrais da influência das ações da vítima são os seguintes: os efeitos sobre as consequências do ato, sua influência no comportamento do autor e o significado da vítima para a prevenção especial e geral (NUCCI, 2016).

Em primeiro lugar, e para demonstrar a importância da participação da vítima no campo do direito penal, basta lembrar que, se a vítima, como detentora do bem jurídico, com o poder de dispor do mesmo, o faz, sua o consentimento exclui a tipicidade do ilícito. Da mesma forma, nos casos em que seu poder de disposição não é tão amplo, sua aprovação do fato será relevante para graduar a penalidade aplicável (SCHMITT, 2013).

O processo de “redescoberta ou retorno da vítima”, busca investigar as consequências que as ações da vítima poderiam ter na determinação da responsabilidade criminal do sujeito ativo do crime; buscando,

assim, de maneira geral, a redução do escopo dos tipos criminais, nos casos em que se entenda que as ações do titular dos bens legais afetados em decorrência da ocorrência dos eventos tenham sido relevantes para a configuração destes. Isso implica que o estudo do comportamento da vítima se destina a ser analisado dentro da teoria do tipo, ou seja, para introduzir a figura da vítima no contexto da avaliação normativa do comportamento do autor, especialmente para determinar se o comportamento da vítima pode ser relevante verificar se existe um comportamento típico (NUCCI, 2016).

Para evitar conduta arbitrária da autoridade administrativa ao determinar a sanção e, assim, violar o princípio em estudo, é aconselhável que as leis estabeleçam critérios para dosimetria punitiva que sirvam como estrutura de referência para o trabalho do juiz. Assim, dependendo da área que se enfrenta, existem, entre muitos outros: a natureza da infração, o grau de intenção na prática dela; a gravidade do perigo criado ou o dano causado; reparo voluntário dos danos causados; reincidência, repetição etc. (RIBEIRO, 2019).

O intérprete constitucional se referiu à questão afirmando que o legislador é legitimado pelo Padrão Fundamental para contemplar um sistema de modulação de acordo com a maior ou menor gravidade do comportamento. Para isso, goza de total autonomia para determinar, dentro dos limites do razoável, os critérios para o exercício da atividade sancionatória (PRANDO, LIMA, 2017).

De tal maneira que o legislador possa contemplar uma classificação das infrações de acordo com seu nível de severidade, referindo-se, assim, a infrações menores, graves ou muito graves (ou qualquer tipo de estrutura que seja considerado mais conveniente), e paralelamente, uma tabela para as sanções de acordo com a sua gravidade, sem os critérios para classificar a infração e / ou a sanção, determina a existência da própria infração, mas gradualmente gradua a ação disciplinar.

Os parâmetros legais que permitem dosar a resposta são, sem dúvida, uma ferramenta muito útil para a autoridade administrativa, pois, no caso de enfrentar um procedimento de sanção administrativa, seu trabalho será limitado a determinar se a conduta se enquadra na infração e, se for o caso, coloque-o na categoria da infração à qual corresponde. A próxima etapa determinará o tipo de sanção estabelecida na norma para a infração correspondente, levando em consideração os critérios de ponderação.

Essa ferramenta é tão importante que alguns autores afirmam que deve ser totalmente proibido que as leis não incluam a escala em questão. Assim, Messa (2017) argumentou que não basta uma previsão genérica simples de possíveis sanções, mas é necessária uma correlação precisa entre as infrações e as sanções correspondentes, proibindo a que, dadas algumas infrações e sem graduação destas, é necessária deixar aberta à autoridade sancionadora a escolha entre um catálogo de sanções genericamente previstas. O que poderia gerar a inconveniência que Andrade et al. (2017) apresenta: "que dois comportamentos idênticos poderiam ser teoricamente suprimidos com multas de volume muito diferente".

Ao juiz constitucional supervisionar se o legislador cumpriu o conteúdo mínimo de proporcionalidade que um sacrifício excessivo do direito fundamental que a pena restringe, um ataque contra o valor fundamental da própria justiça de um Estado de Direito e de uma atividade pública não arbitrária e respeitosa da dignidade da pessoa. Esse sacrifício somente será verificado quando houver um desequilíbrio patente ou excessivo entre a sanção e o objetivo da norma, com base nas diretrizes axiológicas constitucionalmente indiscutíveis e sua concretização na própria atividade legislativa (RIBEIRO, 2019).

Nesse sentido, nos casos em que o legislador aplicou a mesma sanção por infrações menores e graves, o Tribunal decidiu equiparando-as, ou seja, entregou um tratamento semelhante a várias questões e com isso infringiria o princípio proporcionalidade, os valores de justiça nos quais o sistema regulador brasileiro é construído e as obrigações do corante internacional relacionadas à manutenção das garantias mínimas que foram comprometidas com a proteção em nível internacional em torno da proteção dos direitos dos associados.

Embora o mais aconselhável seja que o legislador inclua uma lista com critérios para determinar a sanção pela infração em questão, isso não é um obstáculo para que uma norma não contemple uma tabela com dosimetria punitiva. Assim, apesar do benefício que traz à autoridade administrativa que uma regra inclui uma tabela para ponderar a conduta e sua sanção correspondente, a própria Corte declarou que: "não existe norma constitucional que declare que as sanções contidas no sistema jurídico eles devem ter causas de agravamento ou atenuação" e também contemplar um gráfico com dosimetria punitiva (PRANDO, LIMA, 2017, p.25).

O segundo sentido em que o princípio da proporcionalidade da pena pode ser focalizado exige que, no desempenho da Administração, sempre haja uma adaptação do comportamento da autoridade administrativa para os fins impostos pelo sistema jurídico, porque o poder que a administração é

reconhecida, para a aplicação dessas normas, não é ilimitada e discricionária, uma vez que a função sancionadora deve ser exercida dentro dos limites da equidade e justiça. Similarmente ao que ocorreu na primeira faceta em que o julgamento da proporcionalidade pode ser lido, o respeito pelo postulado e o exercício efetivo da atividade sancionadora se manifestam de duas maneiras, uma no momento da adaptação e a decisão do juiz, sanção a ser imposta pela autoridade administrativa; e a segunda no momento efetivo da imposição da sanção (PRANDO, LIMA, 2017).

Na primeira ocasião, a autoridade que decide sobre a estrutura típica da conduta deve levar em consideração se a regra fornece uma medida para qualificar a ação ou omissão em questão e fornece diretrizes precisas para definir as sanções a serem impostas. Na hipótese em que exista uma descrição típica e uma sanção, direta e expressa pelo legislador, o operador não terá uma margem maior para executar o julgamento da proporcionalidade, uma vez que somente poderá cumprir as disposições legais estabelecidas pelo editor da norma (MORIMOTO JUNIOR, 2014).

Outra questão é que o legislador não foi tão preciso e concedeu uma margem de apreciação à autoridade administrativa para que, de acordo com seus critérios, determine a conduta e a penalidade a ser imposta. Assim, o intérprete argumentou que o legislador desfruta de uma extensa estrutura de apreciação no exame da adequação típica, na qualificação legal da conduta respectiva e na respectiva consequência punitiva.

O investigador disciplinar tem um amplo campo para determinar se a conduta investigada é subsumida ou não nos casos de fato dos tipos legais correspondentes e se foi cometida com intenção ou falta, ou seja, consciente e voluntariamente ou com violação de um dever de cuidado, igual ao seu maior ou menor grau de gravidade. Portanto, apenas essas margens não terão conhecimento das qualificações da infração e do seu nível de severidade que não encontram base nos regulamentos aplicáveis ou que são clara e manifestamente irracionais em face da situação em avaliação.

A segunda perspectiva na qual o postulado da proporcionalidade na dosimetria da pena pode ser abordado refere-se ao momento efetivo da imposição da sanção. Nesse caso, a autoridade em questão deve ser as consequências de respeitar o postulado da proporcionalidade, uma vez que a sanção administrativa não pode ser excessiva em rigidez "diante da gravidade da conduta, nem mesmo sem importância diante da mesma gravidade"., uma vez que o princípio busca que a autoridade atenda às circunstâncias objetivas em torno da prática da infração, limitando assim o poder do oficial administrativo de impor a sanção⁶⁹ e forçando-o, a todo o momento, a cumprir o prescrito pela lei (PRANDO, LIMA, 2017).

Por outro lado, e, é claro, respeitar os princípios abordados no capítulo anterior implica motivar decisões, invocando os motivos ou critérios pelos quais uma decisão é tomada. Isto, adicionado ao mandato legal, previsto no art. motivar atos administrativos e com maior razão aqueles que limitam direitos. De tal maneira que o instituto da motivação das resoluções administrativas sancionadoras recebe em sua função interna garantir os direitos do suposto responsável o direito à presunção de inocência, o que exige o julgamento lógico das evidências a serem expressas na resolução, os princípios da legalidade e do princípio da proporcionalidade. O respeito do princípio da proporcionalidade, pela autoridade administrativa, é evidenciado quando a Administração justifica a decisão sancionatória que ocorreu, expressando quais foram as circunstâncias e as evidências que foram levadas em consideração, no caso particular, para a imposição da sanção em questão (MORIMOTO JUNIOR, 2014).

Com efeito, no que se refere à aplicação da pena-base, oportuno ressaltar, a princípio, que: "A dosimetria da pena obedece a certa discricionariedade, porque o Código Penal não estabelece regras absolutamente objetivas para sua fixação" (STJ, AgRg no AREsp 499.333/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, julgado em 07/08/2014). No mesmo sentido, no Habeas Corpus 120095, o STF já firmou o entendimento de que:

A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias. (BRASIL, 2014).

Os aspectos objetivos do ato punível podem variar entre a entidade específica da lesão ou o grau de perigo ao qual o bem legal foi exposto, a densidade do dano realmente causado, as circunstâncias de modo, hora e local, como as modalidades de comissão (uso de armas, grau de violência perpetrada na vítima,

tenacidade recalitrante do agente, grau de energia empregada na atividade ou, em casos de omissão, grau de violação do dever, grau de energia empregada pelo agressor, a unidade ou pluralidade de vítimas, a situação subsequente desta ou de sua família, etc). Em resumo, todos os critérios que não foram cobertos anteriormente na configuração da frase.

Majoritariamente, a jurisprudência exige que para que se aplique de maneira com devida fundamentação na pena-base quando a quantidade for superior ao mínimo previsto para o crime, motivem-se as circunstâncias uma a uma, decorrente da exigência que se fundamentem todas as decisões judiciais, descrita no art. 93, IX, da CF.

Como critérios subjetivos da sanção da pena, podem ser categorizados aqui: a qualidade dos motivos determinantes, o valor ético ou a desigualdade dos motivos de ação; vale a pena como a avaliação da pessoa do autor pode ser feita em conta especialmente com a circunstância de os fatos serem expressão de uma inclinação criminosa ou apenas apresentados como crimes ocasionais desconectados um do outro (MORIMOTO JUNIOR, 2014).

Além disso, as outras condições pessoais do sujeito ou da vítima podem ser adicionadas se, e somente se, tiverem influenciado diretamente a prática do crime, a conduta do agente pós-crime ou durante o próprio processo criminal. Por fim, reiteramos a ideia de que qualquer consideração sobre futuros exercícios ou previsões de perigo deve ser dispensada. A extensão da penalidade não pode ser aumentada com base em considerações prospectivas.

Essa abordagem tem a característica de ser eminentemente retrospectiva, dentro do chamado movimento neo-proporcionalista. Uma orientação à teoria jurídica do crime que visa submeter a magnitude da penalidade ao que a avaliação do ato cometido lança, e sem considerar a determinação judicial da penalidade de qualquer consideração preventiva especial e dos elementos que se relacionam com a personalidade do autor. Nesse modelo, a desvalorização do resultado e o efeito no bem legal devem prevalecer. Isso não significa que apenas a vítima e suas circunstâncias sejam valorizadas, mas que o fato também deve ser considerado em relação à ordem social. Ou seja, considera a dimensão intersubjetiva do crime (PRANDO, LIMA, 2017).

Para concluir esta seção, vale a pena perguntar o que acontece com a violação deste princípio e se o juiz pode parar de aplicar uma penalidade indicada pela lei sob o princípio da proporcionalidade. Para responder à primeira, é claro que, se o juiz aplicar uma penalidade maior que a indicada pela lei, o pedido de nulidade prossegue devido à aplicação incorreta da Lei, pois é uma violação do princípio da legalidade.

Quanto à violação do princípio da proporcionalidade concreta, ela não tem a autonomia necessária para causar um apelo à inconstitucionalidade, mas deve estar necessariamente vinculada, como dissemos a outros princípios diretamente protegidos, embora seus critérios possam servir base para discussão na audiência de determinação da pena (MORIMOTO JUNIOR, 2014).

Para a segunda questão, e dada a óbvia insuficiência jurídica para garantir a plena operacionalidade do princípio da proporcionalidade no campo da individualização judicial da sentença, parece necessária uma reforma jurídica que introduz expressamente a possibilidade de o juiz fazer sem a penalidade quando isso for obviamente desproporcional ou desnecessário.

A análise da imposição de penalidades depende de variáveis objetivas e subjetivas avaliadas pelo juiz ou pelos tribunais. Dentre os aspectos objetivos, pode-se levar em consideração o prejuízo causado ao bem jurídico, o grau de perigo a que foi submetido, a densidade do dano efetivamente causado, as circunstâncias envolvidas na ação; enquanto entre os aspectos subjetivos pode-se contar a qualidade dos motivos determinantes, a conduta antiética da ação, a avaliação da conduta criminal ou não do sujeito, bem como outras condições pessoais da vítima ou do autor que possam estar relacionados no caso.

4. Considerações Finais

No momento da dosimetria da sanção penal, de escolher que tipo de penalidade deve ser aplicada ou fazer a substituição da sentença de custódia, o Juiz, além de analisar e motivar a opção criminal e as operações até atingir a penalidade final, em resposta à culpa e a outras circunstâncias judiciais do acusado, está sujeito à proibição de excesso, porque deve pesar os interesses em jogo, levando em consideração o objetivo da penalidade e o grau de necessidade de alcançar esse objetivo.

Na dosimetria judicial, além de buscar o estabelecimento da pena justa, a limitação legal geral é especificada em uma limitação individual e casuística que, por sua vez, se estende até o momento da execução da sentença, tanto no aspecto jurisdicional quanto na liberdade condicional, alteração de regime,

por exemplo, como administrativo, transferências e deslocamentos de condenados, por exemplo. No que diz respeito ao processo penal, a proporcionalidade pressupõe legalidade e justificação teológica. Seus requisitos extrínsecos são judiciais, subjetivos e de motivação, treinamento e intrínsecos, a adequação de medidas para seus propósitos, adequação, intervenção mínima, necessidade e ponderação de interesses, proporcionalidade no sentido estrito.

De qualquer forma, o juiz deve se encarregar das evidências produzidas com relação aos fatos que, em sua opinião, influenciam a medida menor ou maior da penalidade exata a ser imposta. A falta de motivação neste momento constitui uma violação da garantia constitucional do devido processo legal e motivos absolutos de nulidade nos termos do Código de Processo Penal.

Assim, nesse contexto, o que se observa é que, ao se averiguar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, o juízo, apesar de consciente do permissivo de sua discricionariedade, verifica a existência de variados entendimentos e por vezes contraditórios em relação ao tema. Ademais, sabe-se que, ao julgador não é possível ter uma “neutralidade” total, sim, a imparcialidade necessária. Desta forma, ao julgar, se farão presentes seus princípios, seu histórico de vida e seu sendo de retidão.

Referências

1. AMARAL, Cláudio do Prado. **A história da pena de prisão**. Paco Editorial, 2016.
2. ANDRADE, Victor Hugo Bertoncini et al. **Os problemas impostos pelo tecnicismo-jurídico penal à proporcionalidade na dosimetria da pena**. TCC de graduação da Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Santa Catarina. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/177388>. Acesso em 27 de abr. de 2024.
3. BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Livraria do Advogado Editora, 2018.
4. BRASIL. **Lei nº 7.209 de 11/07/1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. 1984. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=82614>. Acesso em 27 de abr. de 2024.
5. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.
6. BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 27 de abr. de 2024.
7. BRASIL. **Habeas Corpus 92626**. RS, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Paciente: J. A. M. – Impetrante – Defensoria Publicada União – Coator: Superior Tribunal de Justiça – DJU 02.05.2008. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20367%20-%20Jurisprudencia%20Penal.pdf>. Acesso 27 de abr. de 2024..
8. BRASIL. **Habeas Corpus 120095**. Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 20-06-2014 PUBLIC 23-06-2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25132763/habeas-corpus-hc-120095-ms-stf>. Acesso em 27 de abr. de 2024.
9. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Editora Saraiva, 2018.
10. D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. A história do direito penal brasileiro. **Projeção, direito e sociedade**, v. 5, n. 2, p. 30-38, 2014. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/410>. Acesso em 27 de abr. de 2024.
11. JAFELICE, Mateus da Motta. **A dosimetria da pena de multa no processo penal: uma análise crítica da doutrina e da jurisprudência**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) da Universidade de Brasília, Brasília. 2017. Disponível em: <http://www.bdm.unb.br/handle/10483/18855>. Acesso em 27 de abr. de 2024.
12. LEAL, Denise Maria; MACEDO, João Paulo. A Penalização da Miséria no Brasil: os adolescentes “em conflito com a lei”. **Textos & Contextos (Porto Alegre)**, v. 16, n. 1, p. 128-141, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3215/321552152009.pdf>. Acesso em 27 de abr. de 2024.
13. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v.1.

14. MESSA, Ana Flavia. **Prisão e liberdade**. Editora Saraiva, 2017.
15. MOREIRA, Rômulo de Andrade. É possível o habeas corpus para discutir a dosimetria da pena? **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 193, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4553>. Acesso em 27 de abr. de 2024.
16. MORIMOTO JUNIOR, Antonio. **Limites da atuação jurisdicional nas sentenças determinativas**. Tese de Doutorado da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-13102015-134932/en.php>. Acesso em 27 de abr. de 2024.
17. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16ª edição. São Paulo: Forense, 2016.
18. PINTO, Nalayne Mendonça. A construção do inimigo: considerações sobre a legislação penal brasileira. **Especiaria: Cadernos de Ciências Humanas**, v. 12, n. 22, 23, p. 49-66, 2015. Disponível em: <http://periodicos.uesc.br/index.php/especiaria/article/view/711>. Acesso em 27 de abr. de 2024.
19. PRANDO, Camila Cardoso de Mello; LIMA, Rafael da Escóssia. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 2017, p. 11-09, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/download/55962404/A_primeira_fase_da_dosimetria_penal.PDF. Acesso em 27 de abr. de 2024.
20. RIBEIRO, Matheus Varela. Dosimetria da pena: sistema trifásico e a possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase. **Intertem@ s ISSN 1677-1281**, v. 38, n. 38, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8271>. Acesso em 27 de abr. de 2024.
21. RIZZI, Alexandre. **Aplicação alternativa do direito na dosimetria da pena**. Dissertação para a obtenção do grau de mestre em ciências jurídicas na Universidade Autônoma de Lisboa. Lisboa. 2018.
22. SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2013.
23. SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014. 693 p.
24. SOUZA, Guilherme Yadoya de. **Aspectos de individualização e a dosimetria das sanções administrativas**. Trabalho de Conclusão de curso da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Curso de Ciências Jurídicas e Sociais. Rio Grande do Sul. 2014. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/101385>. Acesso em 27 de abr. de 2024.
25. STF. **HC nº 82.959, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 01.09.2006**. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em 27 de abr. de 2024.