

Francisco de Paula Bernardes Junior

A DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES ECONÔMICOS

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo

2022

Francisco de Paula Bernardes Junior

A DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES ECONÔMICOS

Versão original

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Mestre em Direito Penal.

Professor Orientador Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira.

São Paulo

2022

Nome: BERNARDES JUNIOR, Francisco de Paula. **A Dosimetria da Pena nos Crimes Econômicos**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Para Maria Antonieta (Tutu), com todo o meu amor.

Agradecimentos

Em primeiro lugar agradeço a Deus, por ter me permitido chegar até aqui. Agradeço à minha família, pelo apoio sempre incondicional. Agradeço imensamente ao meu orientador, Prof. Titular Dr. Renato de Mello Jorge Silveira, pela generosidade, ensinamentos e pela inestimável amizade. Por fim, agradeço à minha equipe, do Bernardes Junior Advogados, Dra. Isabela Villalva Serapicos e Dr. Leonardo de Macedo Silva, por toda a ajuda.

RESUMO

BERNARDES JUNIOR, Francisco de Paula. **A dosimetria da pena nos crimes econômicos**. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022

A presente dissertação tem por escopo pesquisar o campo do direito penal econômico e da dosimetria da pena, analisando dogmaticamente os conceitos gerais do direito penal econômico, bem como aqueles atinentes à própria dosimetria da pena. A proposta desta pesquisa foi a de verificar a confluência entre estes dois polêmicos institutos da dogmática penal e seus reflexos na jurisprudência, que tem gerado discussões acompanhadas de uma sensível crítica por parcela da doutrina.

Palavras chave: Dogmática penal. Direito penal econômico. Código Penal. Parte geral. Dosimetria da pena.

ABSTRACT

BERNARDES JUNIOR, Francisco de Paula. **The dosimetry of the penalty in economic crimes**. 2022. Master – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

The purpose of this dissertation is to research the field of economic criminal law and the dosimetry of the penalty, dogmatically analyzing the general concepts of economic criminal law, as well as those related to the dosimetry of the penalty itself. The purpose of this research was to verify the confluence between these two controversial institutes of penal dogmatics and their reflexes in the jurisprudence, which has generated discussions accompanied by a sensitive criticism by part of the doctrine.

Keywords: Criminal dogmatics. Economic criminal law. Penal Code. General part. Dosimetry of the penalty.

SUMÁRIO

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introdução..... | 11 |
| 1. As bases do direito penal econômico..... | 12 |
| 1.1. O cenário dos crimes econômicos..... | 12 |
| 1.2. O direito penal econômico como objeto de estudo..... | 23 |
| 1.3. O direito penal econômico como limite estrito..... | 29 |
| 1.4. O direito penal econômico como limite ampliado..... | 33 |
| 1.5. O direito penal econômico como objeto criminológico..... | 37 |
| 1.6. O direito penal econômico e o limite de crises econômicas..... | 43 |
| 2. A dosimetria da pena no direito brasileiro..... | 48 |
| 2.1. Noção geral do tema..... | 48 |
| 2.2. Conceito e etapas da individualização judicial da pena..... | 61 |
| 2.3. Circunstâncias judiciais: a fixação da pena-base..... | 72 |
| 2.4. Circunstâncias judiciais: a culpabilidade..... | 75 |
| 2.5. Circunstâncias judiciais: os antecedentes do agente..... | 85 |
| 2.6. Circunstâncias judiciais: conduta social..... | 90 |
| 2.7. Circunstâncias judiciais: personalidade do réu..... | 93 |
| 2.8. Circunstâncias judiciais: motivos..... | 97 |
| 2.9. Circunstâncias judiciais: circunstâncias em sentido estrito..... | 101 |
| 2.10. Circunstâncias judiciais: consequências do crime..... | 103 |
| 2.11. Circunstâncias judiciais: comportamento da vítima..... | 106 |
| 2.12. Circunstâncias judiciais: o cômputo das circunstâncias judiciais..... | 108 |
| 2.13. Circunstâncias legais agravantes e atenuantes..... | 111 |
| 2.14. Causas de aumento e diminuição..... | 114 |
| 2.15. Qualificadoras e causas de privilégios..... | 115 |
| 2.16. A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade..... | 117 |
| 2.17. A aplicação da pena de multa..... | 117 |
| 2.18. Questionamentos acerca da política da pena mínima..... | 118 |
| 3. A dosimetria da pena nos crimes econômicos..... | 123 |
| 3.1. A dosimetria da pena nos crimes econômicos: visão geral..... | 123 |

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 3.2. Análise específica de casos..... | 125 |
| Conclusão..... | 136 |
| Bibliografia..... | 137 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo realizar uma análise acerca da dosimetria da pena no direito penal brasileiro inserida no contexto dos crimes econômicos.

Para tanto, iniciamos com uma ampla análise acerca das bases do direito penal econômico, pesquisando os conceitos atinentes a este ramo do direito, bem como o próprio direito penal econômico como objeto de estudo.

Analizamos, igualmente, o alcance da conceituação dos crimes econômicos, tanto em uma análise mais restrita, com limites estritos, quanto acerca da vertente acadêmica que lhes atribui uma concepção ampla, fruto de verdadeiro conceito ampliado.

Realizamos ainda um sobrevoo acerca da visão criminológica desse ramo do direito penal aterrissando na histórica utilização do direito penal como instrumento de contenção de crises financeiras mundiais.

Após a análise dos crimes econômicos, passamos estudar o conceito de dosimetria da pena e suas etapas de individualização judicial.

Pesquisamos as circunstâncias judiciais, que, na seara dos crimes econômicos, fazem brotar na jurisprudência inúmeros desacertos, bem como analisamos as circunstâncias legais, tais como as agravantes e atenuantes, as causas de aumento e de diminuição da pena, as qualificadoras e causas de privilégio.

Analizamos ainda a dosimetria relacionada a pena de multa e finalizamos com as críticas em relação a uma política judicial toda como “política da pena mínima.”

Por fim, pesquisamos a incidência da dosimetria da pena nos crimes econômicos, analisando especificamente a jurisprudência a respeito do tema e seus problemas.

CAPÍTULO 1: AS BASES DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

1.1. O cenário dos crimes econômicos

Fruto da necessidade de uma proteção jurídico-penal da ordem econômica, em muito derivada da ampla globalização financeira vivenciada a partir do século passado, e de uma crescente, e cada vez mais abrangente sociedade da informação¹, que torna a economia assim inserida marcadamente volátil, o cenário dos crimes econômicos encontra uma gama variada de elementos que compõem a sua representação.

Não seria demasiado dizer que a economia, desde há muito, encontrou um lugar topográfico de destaque maior dentro das sociedades, tornando-se, modernamente, um verdadeiro programa constitucional.² Desta sua posição central, de verdadeira força motriz social, foram surgindo ao longo do tempo variados modelos econômicos, nascidos de um desenho político liberal de exercício do poder.³

Deste modelo liberal, econômico, denominado de liberalismo e caracterizado pela máxima do “*laissez faire, laissez passer*”, o mercado tende a uma autorregulação, organizando-se segundo leis naturais e sempre com a premissa da contínua abrangência de novos mercados e seus consumidores.⁴

Mas a experiência empírica demonstrou que “a livre atuação dos agentes econômicos culminou por gerar atos de concentração de capitais e monopólio, os quais

¹ “A informação e a comunicação processam-se com tal rapidez que os fatores tempo-espço estão praticamente comprimidos. Não importa onde nem quando ocorra um fato gerador de consequências no mercado. O fato terá dimensão mundial no exato momento em que foi concretizado.” FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000, págs. 241.

² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2003, pág. 59 e seguintes. SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 71.

³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 20.

⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 20. SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 25.

representam fatores contrários às características do sistema, devendo então ser rechaçados com vistas a própria manutenção destes.”⁵

Sendo que diante destas situações atentatórias ao correto desenvolvimento econômico do liberalismo, surgiu, de forma centralizada⁶, a primeira interferência do direito penal na economia, talvez as primeiras linhas do que hoje se convencionou denominar de direito penal econômico, com as tipificações das condutas de especulação de mercadorias e títulos nos Códigos Penais da França, de 1810, da Bélgica de 1867 e da Itália de 1889.⁷

Na esteira da pesquisa realizada por Luciano Anderson de Souza, é de se ressaltar que fora nessa mesma seara que os Estados Unidos da América promulgaram o seu primeiro texto legal antitruste; capitaneado pelo senador republicano John Sherman, eleito pelo estado de Ohio, surgindo, em 2 de julho de 1890, o *Sherman Act*, que se utilizava do direito penal para resguardar a livre concorrência e punindo, para se evitar a criação de monopólios econômicos, tanto pessoas físicas quanto jurídicas. Sendo que, mais tarde, o marco legal do *Sherman Act* foi substituído pelo *Clayton Antitrust Act* ganhando inúmeras reformas.⁸

Ainda neste contexto, é interessante a análise de Renato de Mello Jorge Silveira, no sentido de que com o passar do tempo e algumas adaptações ocorridas ao longo do século XIX, o liberalismo seguia em sua evolução, mas com a eclosão da 1ª Guerra Mundial, e a necessidade de direcionamento de setores específicos da produção econômica para os

⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 26.

⁶ Pois, anteriormente, segundo aponta Luciano Anderson de Souza, houve, de forma aleatória e esporádica, algumas interferências jurídico-penais na economia, tais como na Grécia antiga (III a.C.), com a punição da falsificação de moedas e a vedação penal dos abusos na comercialização de grãos; no Alto Império Romano (XVIII a.C.), que punia com a morte a especulação de preços e a burla das normas sobre gêneros alimentícios; o período medieval com o Direito Canônico, que punia com a excomunhão os que praticassem a usura e, ao final da Idade Moderna (XVIII), a punição com a morte das pessoas que exportassem cereais e frutas e mesmo daqueles que desrespeitassem as normas de produção de cerveja. (SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 23 e 24).

⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 26.

⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 26: “Paula A. Forgioni considera que, dentro da linha evolutiva da disciplina da concorrência que propõe o *Sherman Act* é o coroamento do segundo período identificado, pois consagra a concorrência ‘(...) como primordial para o sistema econômico, ao mesmo tempo em que exige uma atuação do Estado para eliminar as distorções que pode causar ao sistema’. Apesar de consagrador desta segunda fase evolutiva do tratamento penal da economia, em razão da falta de precisão quanto às condutas proibidas, no entanto, o *Sherman Act* foi substituído em 1914 pelo *Clayton Antitruste Act*, seguido por sucessivas modificações.”

suprimentos de guerra e a escassez de produtos, surgiu a necessidade de uma intervenção direta do Estado na economia.⁹

Daí que dentro desta nova quadra econômica que a 1ª Grande Guerra fez surgir, segundo renomados autores é que nasce o direito penal econômico¹⁰, pois houve o “abandono do modelo liberal para a sua superação, com vistas ao maior controle”¹¹ do Estado na economia, utilizando, para tanto e segundo Klaus Tiedmann, “cerca de 40 mil disposições penais que tentaram disciplinar o mercado alemão.”¹²

A referida superação da neutralidade do Estado na economia, com a adoção da política do dirigismo econômico, faz surgir verdadeiras constituições econômicas de cunho intervencionista, tais como a Constituição do México de 1917 e de Weimar, de 1919.¹³

E desta nova situação político-econômica narrada, adquire força um verdadeiro “surto de regulamentação estatal da atividade econômica”¹⁴, que vem a caracterizar o que Luciano Anderson de Souza denomina de a fase do “intervencionismo do Estado do Bem-Estar Social – *Welfare State*”¹⁵ na economia, e que ganhou como marca uma utilização desmesurada, até mesmo com espreque em um apoio simbólico¹⁶, do direito penal.

Sucede que com o término da primeira guerra mundial, os Estados Unidos da América vivenciaram uma rápida e enorme expansão industrial, que o levaram a se tornarem um dos maiores líderes econômicos do mundo, alcançando o topo das grandes produções industriais, principalmente pela sua abundância em suprimentos de matérias-

⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 20.

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000, pág. 69.

¹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 20.

¹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 20 e 21.

¹³ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 33: “Mas a ruptura não se limitava a uma simples questão jurídico-formal: a tônica da Constituição de 1919 era sustentar uma liberdade econômica vinculada por um princípio de socialização, ou seja, uma funcionalização do desenvolvimento econômico visto através de um interesse público.”

¹⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 2008, pág. 83 *apud* SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 27.

¹⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 27.

¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, págs. 168 a 173.

primas, tais como carvão, minério de ferro e petróleo, mas igualmente pelo seu investimento substancial em sua ampla rede de ferrovias.¹⁷

Surgem, nesse período, sob o espírito do “esforço máximo ao enfatizar o progresso, glorificar a riqueza material e justificar a agressividade”¹⁸, os primeiros grandes milionários que construíram impérios industriais, tais como Andrew Carnegie, John D. Rockefeller, Cornelius Vanderbilt, J. P. Morgan e P. D. Armour.¹⁹

Ocorre que o *boom* econômico vivido pelos Estados Unidos da América neste período veio a sofrer o seu colapso em setembro de 1929, com a chegada da Grande Depressão. Sendo que a “Quinta-feira Negra”, de 24 outubro de 1929, deu origem, com a queda da Bolsa de Valores americana, à pior crise econômica da história do capitalismo mundial.²⁰

A Grande Depressão trouxe para os norte-americanos dos anos 1930 uma situação de extrema miséria, choques sociais e desespero, tendo como estopim a especulação selvagem na Bolsa de Valores, mas podendo ser apontadas outras três causas principais; como a falta de diversificação econômica, uma distribuição desigual de renda que diminuiu o mercado de consumo e o não pagamento dos empréstimos bancários, que fez gerar um amplo efeito dominó de falências econômicas.²¹

Os efeitos da crise de 1929 foram globais e juntamos à estas três causas fundamentais o surgimento de “verdadeiros monopólios de mercado, produzindo grande distância entre custos e preços finais, por onde se vislumbram lucros absolutamente irrealis e fora de propósitos.”²²

Diante desta situação catastrófica, em que “trabalhadores rurais, brancos e negros, perambulavam de cidade em cidade em busca de comida e trabalho, dormindo em acampamentos, enquanto outros ‘corriam nos trilhos’ dos trens de frete, procurando em

¹⁷ LOWE, Norman. *História do mundo contemporâneo*. 4ª ed., Porto Alegre: Penso, 2011, pag. 478.

¹⁸ LOWE, Norman. *História do mundo contemporâneo*. 4ª ed., Porto Alegre: Penso, 2011, pag. 478.

¹⁹ LOWE, Norman. *História do mundo contemporâneo*. 4ª ed., Porto Alegre: Penso, 2011, pag. 478.

²⁰ PURDY, Sean. *et al. História dos Estados Unidos da América*, 2ª ed., São Paulo: Contexto, 2010, pág. 205.

²¹ PURDY, Sean. *et al. História dos Estados Unidos da América*, 2ª ed., São Paulo: Contexto, 2010, pág. 206.

²² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 21.

vão subsistência decente”²³, o presidente democrata Franklin Delano Roosevelt, eleito em 1932 e com a promessa de restaurar a confiança na economia e na sociedade, “reconheceu que a intervenção estatal massiva era necessária para salvar o sistema econômico e aliviar o conflito social.”²⁴

É criado, entre os anos de 1933 e 1934, o primeiro²⁵ *New Deal*, um pacote de reformas econômicas visando uma ampla reestruturação para promover o aquecimento dos setores industriais, agrícolas e de construção pública, bem como para regular o sistema financeiro.²⁶ Interessante é que o referido pacote implementou uma política de forte intervenção estatal e com grande influência das ideias do economista inglês John Maynard Keynes, postas no seu *General Theory of Employment, Interest and Money*.²⁷

John Maynard Keynes entendia que a sociedade econômica enfrentava dois grandes problemas: por um lado uma incapacidade de geração do pleno emprego e, por outro, a desigualdade na distribuição de rendas e riquezas. Daí que em solução aos tais problemas o economista inglês propunha que o Estado assumisse, de forma legitimada, o papel de gestor na economia para corrigir estas distorções, tributando setores, efetuando gastos e investimentos e controlando a quantidade de moeda e a taxa de juros, para garantir que a relação entre a demanda e a produção de bens mantenha sempre um equilíbrio, garantindo os níveis do pleno emprego e da produção.²⁸

Os detalhes práticos da implementação das duas políticas do *New Deal*, são bem retratados por Luciano Anderson de Souza, que os extrai das lições de Serge Berstein, historiador francês e professor do *Institut d'études Politiques de Paris*:

“Essa política foi implementada e, três momentos: a) inicialmente, nos anos de 1933 e 1934, com a adoção de uma série de medidas, como a desvalorização da

²³ PURDY, Sean. *et al. História dos Estados Unidos da América*, 2ª ed., São Paulo: Contexto, 2010, pág. 207.

²⁴ PURDY, Sean. *et al. História dos Estados Unidos da América*, 2ª ed., São Paulo: Contexto, 2010, pág. 209.

²⁵ Com o enfraquecimento do primeiro pacote, foi promulgado, em 1935, um segundo *New Deal*, de caráter ainda mais social, tornando-se um programa econômico e político durou por vinte anos. In: PURDY, Sean. *et al. História dos Estados Unidos da América*, 2ª ed., São Paulo: Contexto, 2010, pág. 210.

²⁶ PURDY, Sean. *et al. História dos Estados Unidos da América*, 2ª ed., São Paulo: Contexto, 2010, pág. 209.

²⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 33.

²⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 33.

moeda americana (Gold Reserve Act), o controle mais rígido do sistema bancário (Banking Act), a amortização da dívida agrária e a destruição dos estoques agrícolas (Agricultural Adjustmant Act) e a fixação de um novo paradigma entre Estados e empresas (National Industrial Recovery Act); b) a seguir, tendo em vista a invalidação pela Suprema Corte norte-americana da maioria das medidas adotadas, uma reorientação levada a efeito em 1935 com maior combate ao desemprego, fortalecimento dos sindicatos e maior assistencialismo, e c) o momento final, em 1938, de aumento dos gastos públicos, de incremento de salários e controle mais rígido sobre as empresas.”²⁹

Do que se extrai dos pacotes do *New Deal*, temos que a depressão econômica norte-americana foi remediada pela “combinação de política monetária (redução das taxas de juros) e despesas públicas (expansão de obras públicas e de medidas assistenciais, tendentes ao incremento do consumo e à geração de empregos), financiadas pela captação internacional de recursos, mas, sobretudo, pelo recrudescimento da política fiscal.”³⁰

Mas o advento da 2ª Guerra Mundial veio a reaquecer fortemente a indústria norte-americana, principalmente a armamentista, e colocou um fim à depressão econômica, sedimentando o modelo político-econômico intervencionista do *New Deal*.³¹

No que tange ao direito penal econômico, este, inserido no período da Segunda Grande Guerra, veio a ganhar ainda maior relevo, pois “o caráter dirigista da economia do regime nacional-socialista e o seu posterior empenhamento na guerra fizeram surgir um Direito Penal Económico hipertrofiado, caracterizado pela natureza administrativa do seu processamento e pelo rigor das sanções.”³²

²⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 29.

³⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 33.

³¹ LOWE, Norman. *História do mundo contemporâneo*. 4ª ed., Porto Alegre: Penso, 2011, pag. 501; SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 29.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: RT, 2000, pág. 72. “Muitas das normas deste direito mantiveram-se em vigor, outras foram perecendo por falta de aplicação, outras substituídas por nova legislação dispersa e avulsa a que a lei penal da economia de 1949 procurou dar alguma arrumação.

É nesta lei que, pela primeira vez, se introduz a contraposição entre um direito penal (económico) e um direito de mera ordenação social, provocando o aparecimento da *Ordnungswidrigkeitengesetz* de 1952. A lei penal da economia tem sofrido várias reformas importantes, a última das quais em 1975.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: RT, 2000, pág. 72).

Ocorre que as últimas décadas do século XX caracterizam-se, economicamente, pelo abandono paulatino do modelo intervencionista pelos Estados. “A teoria *keynesiana*, nesse rumo, mostrou-se útil nos tempos de crise, mas incapaz de adequar-se à complexidade das relações econômicas a longo prazo e, principalmente, aos rumos da internacionalização das economias.”³³

As complexidades advindas pela globalização trouxeram, segundo Andrei Zenkner Schmidt, uma dificuldade para os Estados que estavam inseridos no modelo de intervenção, pois dotados de uma economia estatizada, “pesada”, livraram-se das crises econômicas, porque estas estavam a demandar, segundo as modernas regras de macroeconomia, reações bastante rápidas.³⁴

Nessa quadra de verdadeiro engessamento econômico, e ainda com Andrei Zenkner Schmidt, temos que os dados da realidade fizeram surgir, no final dos anos 1970, fundadas críticas por parte de governantes como Ronald Reagan, presidente dos Estados Unidos da América pelo partido republicano, e Margaret Thatcher, primeira-ministra do Reino Unido pelo partido conservador, no sentido da necessidade de uma substituição do modelo gestor, para um modelo regulador do Estado na economia.³⁵

³³ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 35.

³⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 36. “A comunicação e o transporte globalizados também forneceram um fértil terreno para que a produção industrial contornasse a rigidez das regras trabalhistas e previdenciárias através da descentralização do processo produtivo – focalizada, principalmente, no sudeste asiático, que oferecia mão de obra barata e flexibilização contratual. Consequentemente, a criação de um intangível ambiente de livre concorrência internacional foi determinante para a mitigação da soberania econômica estatal: a retomada do investimento, em países capitalistas, estava a depender de uma revisão no rigor da gestão estatal. A bancarrota do *Welfare* estava anunciada.

Não bastasse isso, como bem lembra Ariño Ortiz, a própria ineficiência do serviço público já se mostrava evidente, porquanto a) os agentes públicos eram renumerados de forma igual, sem levar em consideração a qualidade do serviço, b) o Estado jamais se mostrou benevolente (servia, com frequência, a interesses pessoais, setoriais ou partidários), nem onipresente (mostrou-se incapaz de gerir adequadamente o incremento de serviços sociais), c) a prestação gratuita de serviços fez crescer acentuadamente a demanda e d) a concessão de seguro desemprego desincentivou o trabalho e fomentou a ocorrência de fraudes. Nem mesmo o núcleo fundamental do *Welfare State* – assistencialismo estatal orientado à redução de desigualdades materiais – justificava a manutenção do modelo.

Diante das frustrações empíricas do intervencionismo, iniciou-se, ao final dos anos 70, uma profunda crítica que se cristalizou, politicamente, nos Estados Unidos – com o governo de Ronald Reagan – e na Inglaterra – com Margareth Thatcher –, refletindo, posteriormente, nas economias capitalistas europeias e na América do Sul.” (SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 36).

³⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 36.

Ambos os governos acima mencionados, tanto de Reagan quanto de Thatcher, adotaram uma política de redução do tamanho do Estado e de seu papel interventor na economia criando o que Friederick Hayek³⁶ denominou de neoliberalismo³⁷. “Esta implicou a diminuição de impostos e de gastos públicos, perpassando por privatizações, redução de número de funcionários públicos e corte de medidas assistencialistas.”³⁸

Com a queda do comunismo na Europa oriental e na União Soviética, espalhou-se, de forma um tanto quanto temperada, este novo modelo político-econômico para os Estados capitalistas, fundando numa atuação reguladora dos Estados na economia, mas que não abandonou por completo as medidas assistencialistas, optando por conjugar dois princípios econômicos com vistas na preservação da dignidade da pessoa humana: subsidiariedade e solidariedade.³⁹

Em síntese, em que pese a grande onda de privatizações de empresas, não se retornou ao liberalismo clássico, com a transferência dos interesses públicos diretamente aos privados, mas apenas instituindo-se uma intervenção, que não mais direta na economia pelos Estados, se tornou indireta e por meio de agências regulatórias: “empresas privadas assumiram o encargo de prestar serviços públicos, submetidas, porém, a uma regulamentação na concorrência, nos meios e no resultado final da atividade.”⁴⁰

O Estado, neste novo modelo econômico, continuou prestando sua assistência social, tanto direta quanto indiretamente, mas agora não mais de forma generalizada e sim optando por uma atuação em áreas com demandas estratégicas.⁴¹

No quanto importa para o direito penal econômico, está o fato de que este não recuou com sua abrangência juntamente com o Estado na sua interferência econômica, mas ganhou ainda maior status, mais relevo, pois, numa sociedade já “pós-industrial, em que novos riscos sociais foram revelados, o Direito Penal reafirmou-se como instrumento

³⁶ HAYEK, Friederick. *O caminho da servidão*. Rio de Janeiro: Vide Editorial, 2013.

³⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 37.

³⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 31.

³⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 38.

⁴⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 38.

⁴¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 39.

garantidor da política econômica estatal vigente e como instrumento do gerenciamento de riscos de uma sociedade altamente complexa.”⁴²

E por assim surgem, mesmo que se espalhando dentro desta quadratura econômica, os novos riscos sociais desta complexa sociedade pós-industrial. Sem sombra de dúvidas que o aparecimento desta “sociedade de risco” (*Risikogesellschaft*) criou um novo paradigma para o direito penal.

A ampla visualização deste fenômeno que se denominou de sociedade de risco veio a ocorrer em 1986, com a publicação, pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, do seu *Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne*, ou, traduzido para o português como, “Sociedade de Risco, rumo a uma outra modernidade”⁴³,

Nesta sociedade de risco, Ulrich Beck, apesar de grafar que não se trata de uma análise crítica e pessimista, mas sim reflexiva, nos demonstra que a pós-modernidade descortina um mundo de contrastes, em que há uma profusão do risco, sendo que a produção social de maior parte da riqueza traz consigo uma proporcional produção de riscos, muitos que até então nos seriam desconhecidos.⁴⁴

Beck disserta acerca de um ponto bastante interessante, no sentido de que o espraiamento dos riscos advindos da produção industrial e tecnológica acaba por ultrapassar o alto posto de discussão social antes ocupado pela necessidade de distribuição de renda. Nessa linha, o sociólogo alemão nos explica que, apesar de mantido o objetivo de redução e exclusão da miséria, “a meta pretendida por uma sociedade de risco é um homem seguro em um mundo seguro.”⁴⁵

Por suposto, a proporção atual dos riscos alcançou níveis de sensação social jamais experimentados, e isso quando se leva em conta não os riscos individualizados, tão manifestos na Idade Média, mas os riscos em um âmbito coletivo, “onde toda a existência

⁴² SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 32.

⁴³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002.

⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, págs. 33 e 34.

⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 36.

e estrutura social se vêem abaladas.”⁴⁶ Como adverte Renato de Mello Jorge Silveira: “Nunca, enfim, este mesmo homem fez tão mal aos integrantes da mesma espécie.”⁴⁷

“Difeririam os riscos em vários momentos ou fases na história da humanidade. Assim, poder-se-ia ter, inicialmente, aquela correspondente ao advento a Idade Moderna, onde os riscos não individuais seriam, ainda, incipientes. Segunda fase se estenderia dos finais do século XIX até a primeira metade do século XX, onde ainda se estava a lidar com riscos mensuráveis e controláveis. A terceira fase culminaria com o aparecimento contemporâneo de riscos graves e incontrolláveis, decorrência da sociedade pós-industrial. Esta seria, pois, a sociedade de risco atual.”⁴⁸

Por esta nova meta, do quanto dito acima do “homem seguro em um mundo seguro”, insere-se a vertente econômica do direito penal, como instrumento de proteção social antecipada, de um Estado de prevenção contra os riscos de dano ao seu sistema econômico, lançando mão, para tanto, da expansão penal com a criminalização de novas condutas e de um verdadeiro Direito Penal de Perigo, que prima por proteger valores supraindividuais.⁴⁹

Mas, aliado a esta sensação sobrevalorizada de perigo, está o fato de que a experiência demonstrou que a nova quadra econômica traz reais e grandes danos ao sistema econômico, agravados em muito pela globalização, tais como as fraudes de enorme repercussão, com alcance internacional, tais como os casos Enron (e Arthur Andersen), WorldCom, Parmalat e, com fulcro no Brasil, o caso Petrobrás fruto da operação “Lava Jato”.

A comprovar-se a linha de expansão do direito penal econômico, temos que destes grandes casos criminais, mormente os ocorridos nos Estados Unidos da América nos anos 2001 e 2002 (Enron e WorldCom), emergiram legislações penais-econômicas de emergência, tais como o *Sarbanes-Oxley Act*, que alterou o *United States Code*, trazendo

⁴⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 37.

⁴⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 37.

⁴⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 38.

⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 48. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, pág. 32.

sanções desproporcionais, com penas de prisão de até 20 anos de reclusão, para o administrador financeiro que falsear informações aos seus acionistas.⁵⁰

Daí que com a crise da “bolha imobiliária” norte-americana de 2008, e a quebra de grandes corporações como o tradicional banco de investimentos Lehman Brothers, houve nova e acentuada intervenção estatal, com um aumento na regulamentação do sistema econômico principalmente na área de crédito, mas que, como corretamente pontua Luciano Anderson de Souza, “não parecem ter desfigurado a política gerencialista a ponto de demonstrar um retorno ao modelo do Estado do Bem-Estar-Social.”⁵¹

Sucedem que para o direito penal econômico, o ponto central reside na manutenção “de sua tendência expansionista”⁵², bem como que a sociedade do risco e a globalização, como elementos de interação⁵³, acabam por retroalimentar a sua contínua expansão.

Este é o cenário em que hoje se apresenta o direito penal econômico. Direito, este, que inserido nesta quadra econômica globalizada adquiriu o rótulo de um “direito penal contra os poderosos”, da forma como descreve Silva Sánchez: “Do ponto de vista material, a criminalidade da globalização é a criminalidade de pessoas poderosas, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais.”⁵⁴

Feita esta breve análise do cenário em que inicialmente se inseriu, bem como o qual hoje se insere, o direito penal econômico, vejamos, a seguir, algumas linhas acerca das suas definições, do seu objeto e conteúdo.

⁵⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 32 e 33. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. SALVADOR NETTO, Alamiro. *Sarbanes-Oxley Act e os vícios do direito penal globalizado*. *Revista Ultima Ratio*, Rio de Janeiro, ano 1, 2006.

⁵¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 33.

⁵² SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 33.

⁵³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 56.

⁵⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 24, São Paulo: RT, 1998, pág. 69. *Apud* FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000, págs. 261 e 262.

1.2. O direito penal econômico como objeto de estudo

Já se trata de lugar comum doutrinário a constatação de que o direito penal nasceu erigido sobre a estrutura dos crimes de sangue, e de que as bases do que modernamente compreendemos acerca da teoria do fato delitivo foram inteiramente construídas a partir de um enfoque derivado, em especial, do crime de homicídio consumado: em suas formas dolosa, comissiva, com autoria imediata e seu autor dogmáticamente individualizado.⁵⁵

Mas Jesús-María Silva Sánchez nos traz, em recente texto introdutório ao direito penal econômico, uma interessante abordagem, no sentido de que a teoria clássica do delito é permeada por uma verdadeira intuição moral acerca da gravidade das condutas lesivas, especialmente contra os bens jurídicos vida e saúde individuais; e que esta intuição, hodiernamente confirmada por estudos de neurobiologia e ciências do comportamento, se apresenta, citando Rodríguez Horcajo, em três critérios essenciais, a saber:

“(i) el de la causalidad eficiente (producir un daño mediante acción es más grave que hacerlo por omisión); (ii) el de la intención (producir un daño con intención es más grave que hacerlo solo con previsión o representación); (iii) el del contacto (producir un daño mediante contacto físico directo es más grave que hacerlo sin tener tal contacto). La teoría del delito, al establecer sus conceptos normativos, ha intentado alejarse tanto de estas apreciaciones intuitivas como, en general, de la presión emocional derivada del hecho de tener que analizar a la conducta de quien se ha ‘manchado las manos de sangre.’ Sin embargo, como se ha indicado, es discutible que lo haya conseguido siempre. Ello se ha debido, en parte, a que uno de los delitos más representativos de las preocupaciones de los autores del siglo XIX – el hurto – tampoco incorporaba estructuras sustancialmente distintas a las del homicidio.”⁵⁶

Nessa quadra de uma análise da influência da intuição humana na teoria do delito, e o difícil exercício de distanciamento dogmático, buscando uma maior racionalização científica, Silva Sánchez aponta com precisão que o direito penal econômico está significativamente distante, dogmáticamente, das bases do crime de homicídio, paradigma da construção teórico-penal.⁵⁷

⁵⁵ “El paradigma del delito es el homicidio consumado, activo y doloso, cometido de modo directo por un autor individual aislado.” (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, pág. 27).

⁵⁶ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, pág. 28.

⁵⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, pág. 28.

E isso porque primeiramente o direito penal econômico vem à tutelar bens jurídicos bastante diversos da vida e da saúde individual, tutelando bens jurídicos supraindividuais, difusos, de forma a incidir muito mais nas condutas que colocam em risco os bens jurídicos mencionados, no perigo de sua lesão, do que nos clássicos ataques materiais, concretos, atuando, dessa forma, de maneira acentuadamente diversa da tutela das condutas que produzem danos, em sentido estrito, referentes, por exemplo, ao crime de homicídio.⁵⁸

Outro aspecto mencionado por Jesús-María Silva Sánchez está ligado ao fato de que o direito penal econômico se apresenta, em sua grande parcela, reprovando condutas comissivas por omissão, contra agentes criminosos distantes, sob o enfoque mesmo do sentido espaço-temporal da produção direta do resultado típico, e, em se tratando dos elementos subjetivos dos tipos penais, tais elementos abrangem, não só o clássico dolo direito, mas com grande incidência os dolos diretos de segundo grau e mesmo o eventual, assim como em inúmeros casos surgem o concurso de uma maior pluralidade de agentes ativos.⁵⁹

O professor catedrático da Universidade Pompeu Fabra em Barcelona arremata, apontando que os crimes econômicos ocorrem, em larga escala, inseridos em organizações empresariais e com o amplo uso de tecnologias, resultando bastante duvidoso se a teoria clássica do delito conseguiria se caracterizar como a correta dogmática para este ramo do direito penal.

Ocorre que Silva Sánchez, à guisa de conclusão, responde ao seu próprio questionamento acima, com a seguinte – e a nosso ver acertada – assertiva:

“Ahora bien, la mayoría de los delitos económicos se castigan con penas privativas de libertad, en ocasiones muy elevadas. Incluso próximas a las propias de los delitos contra bienes personales. Por eso, no debe generarse para ellos ningún sistema excepcional, ni en la dogmática de la teoría del delito, ni en las exigencias político-criminales de garantía.”⁶⁰

⁵⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, pág. 28.

⁵⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, pág. 28.

⁶⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, pág. 29.

Por tal feita, seguindo o entendimento de Silva Sánchez, temos que a dogmática clássica, de cunho garantista, acompanhada de sua política criminal, deve se tornar o único método de aplicação do direito penal econômico e, por sua vez, bem fincando os seus limites de incidência.

Nessa toada, cumpre analisarmos que o direito penal econômico, como objeto de estudo, em que pese suas características próprias, não chega a se diferenciar, substancialmente – em que pese a distância apontada acima –, de uma teoria do delito nuclear, advinda de um direito penal clássico, a demandar a criação de uma nova dogmática, de um conjunto novo e próprio de princípios e regras gerais para a sua aplicação.⁶¹

Evidentemente que contando com contornos próprios, mas que correspondem igualmente às particularidades de um direito penal sexual, de trânsito, das drogas e etc., o direito penal econômico pode ser individualizado, ou mesmo diferenciado, dos crimes clássicos ou tradicionais.⁶²

Nessa esteira, e sem propugnarmos por uma descaracterização dos princípios e das normas gerais de aplicação, cabe uma análise para conhecermos o próprio objeto do direito penal econômico e sua relação tão intrincada com a expansão que este ramo do direito vem vivenciando desde o século passado, como vimos de forma panorâmica no capítulo anterior.

Entre nós, os clássicos ensinamentos de Manuel Pedro Pimentel já nos davam o horizonte de que conceituar o direito penal econômico não é tarefa fácil, ante o conflito de visões doutrinárias, mas que, partindo-se de uma conceituação estritamente dogmática, teríamos o direito penal econômico “como o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes.”⁶³

Mas é certo que existe um traço comum entre a conceituação dos diversos autores que, há algumas décadas, vêm tentando compreender o direito penal econômico, qual seja,

⁶¹ MARTÍNES-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa, parte geral*. 3ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 67.

⁶² MARTÍNES-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa, parte geral*. 3ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 68.

⁶³ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, pag. 10.

segundo ainda Manoel Pedro Pimentel, “a finalidade de proteger os bens e os interesses humanos relacionados com a economia.”⁶⁴

Traço comum este, hoje verificado sob a ótica de todo um enorme desenvolvimento das relações econômicas, que nas palavras de Renato de Mello Jorge Silveira “cuida-se de uma criminalização de condutas que podem pôr em perigo a própria estrutura econômica.”⁶⁵

Apontando importantes críticas que demonstram o teor reducionista, circunscrito ao objeto de análise puramente normativo jurídico, Percy García Caveró nos traduz o conceito de direito penal econômico posto de forma geral pela doutrina europeia, citando autores como Tiedemann, Geerds, Dannecker, Bajo Fernandes, José Cerezo Mir e outros, no sentido que “definen el Derecho penal económico como un conjunto de normas que sancionan con penas conductas que afectan el desarrollo del sistema económico o de sus instituciones.”⁶⁶

Bem nesse sentido de críticas a uma conceituação reducionista, Andrei Zenkner Schmidt nos demonstra que “a delimitação do objeto do direito penal econômico a partir da definição legal, se bem representa um avanço orientado à sistematização da matéria, não impede que outros delitos considerados materialmente econômicos sejam definidos fora desse alcance.”⁶⁷

Arremata Zenkner Schmidt no sentido de que uma tal conceituação legal dos crimes econômicos também atrairia, para dentro deste conceito, crimes que “melhor estariam previstos na definição de crimes patrimoniais ou mesmo em outras rubricas próprias da tutela de interesses não necessariamente supraindividuais.”⁶⁸

Por fim, o professor gaúcho tece loas ao critério “material-formal-substantivo”, proposto pelo penalista português Eduardo Correia, quando delimita o conceito de direito penal econômico no sentido de um “direito penal econômico legítimo é aquele que tutela

⁶⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, pag. 11.

⁶⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, pág. 32.

⁶⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico: parte general*. Tomo I. Lima: Grijley, 2007, pág.22.

⁶⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 75.

⁶⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 75.

materialmente ofensas supraindividuais da ordem econômica através de tipos-de-ilícito ajustados a essa forma peculiar de proteção.”⁶⁹

Luciano Anderson de Souza, após demonstrar algumas falhas em se conceituar o direito penal econômico como um direito penal de empresa⁷⁰, nos aponta, também com críticas, algumas classificações de direito penal econômico advindas do direito alemão e norte-americano, derivadas da questão empresarial, mas que acabam por conceituar o crime econômico pelo modo “profissional” do seu cometimento, vejamos:

“Ainda neste contexto, parte da literatura especializada alemã e norte-americana, afastando-se da simples consideração de autoria ou de exclusiva utilização de ente coletivo para a prática do ilícito, mas em certo sentido utilizando-se de tais ideias-força, emprega o conceito de “fato penal profissional” (*occupational crime* ou *occupational deviant*). Assim, para uma concepção deste jaez, o crime econômico seria aquele perpetrado de modo profissional no bojo de uma atividade econômica.

Embora pareça mais adequado que os entendimentos anteriores, já que há enfoque no fato e não exclusivamente em seu autor ou no meio de execução delitiva, o pensamento do *occupational crime* verdadeiramente ainda desvela grande imprecisão, eis que pode englobar genericamente sob a mesma compreensão fatos tão distintos praticados de forma profissional com intuito de lucro ilícito como, *e.g.*, o tráfico de drogas, o crime falimentar, a sonegação fiscal, a extorsão mediante sequestro e a agressão à livre concorrência”⁷¹

O acima citado Professor das Arcadas ainda nos traz um conceito deveras singelo de direito penal econômico, por uma perspectiva criminalística e desenvolvido pelos renomados Professores portugueses Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, no sentido de que a forma especial de investigação e processamento destes crimes, por agentes com conhecimento especializado mormente em economia, seria a correta forma identificadora do objeto de estudo do direito penal econômico.⁷²

⁶⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 83.

⁷⁰ “Ou seja, em que pese a relevância do ambiente empresarial na perpetração de comportamentos econômicos socialmente indesejados, o Direito Penal Econômico não é exclusivamente um Direito Penal de Empresa.” (SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 44).

⁷¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 44.

⁷² “A partir da circunstância de os crimes econômicos, em virtude de sua normal complexidade, só poderem ser investigados e julgados mediante processos especiais, por polícias e magistrados dotados de conhecimentos da moderna vida econômica e mediante o dispêndio de avultadas quantias, foi-se ao ponto de negar qualquer outra nota identificadora do crime contra a economia.” DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática geral das infrações contra a economia nacional* in: Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *Direito penal econômico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra, 1998, V.I., pág. 319 a 346, *apud* SOUZA,

Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo, partem do princípio de que “El Derecho penal económico se presenta como una parte del Derecho penal que se aglutina en torno al denominador común de la actividad económica.”⁷³

E completam, por um conceito jurídico-normativo, definindo o direito penal econômico como “el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico”⁷⁴, mas reafirmando seu objeto de proteção, qual seja, a ordem econômica.

E partem, conjuntamente com diversos autores, para uma subdivisão do conceito de direito penal econômico, no sentido de duas concepções: estrita e ampla.⁷⁵

Interessante é que os referidos Professores Catedráticos da Universidad Autónoma de Madrid defendem fortemente que este seria o único método de se atingir uma univocidade conceitual, tecendo críticas aos que não se utilizam desta divisão, no sentido de que apenas alcançarão definições demasiadamente abstratas e até mesmo inúteis.⁷⁶

Abrindo-se um parêntese, mas ainda absorvendo a doutrina destes dois professores espanhóis, merece destaque uma crítica a respeito da própria condição do direito penal econômico e sua intrínseca relação com direito econômico e as teorias econômicas, tais como o liberalismo e o dirigismo, vejamos:

“Antes de centrarnos en estas concepciones, es necesario desterrar dos equívocos cuando se habla de Derecho penal económico, o del propio Derecho económico. En primer lugar, es necesario tener presente que no se trata de un Derecho de la guerra y de la revolución. Ciertamente es que cuando se oyó hablar con

Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 45.

⁷³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 11.

⁷⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 11.

⁷⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 11.

⁷⁶ “Pues bien, el equilibrio que se intenta mantener en las comunidades de nuestra área cultural entre la defensa de valores patrimoniales individuales y otros de carácter público, o entre la economía de mercado libre y la economía dirigida permite concebir el orden económico desde una doble perspectiva dando lugar a dos concepciones de Derecho penal económico: una estricta y otra amplia y éste parece ser el único medio de conseguir univocidad. En efecto, quienes no han procedido a la distinción han caído en definiciones imprecisas, equívocas y, por tanto, inútiles, al considerar última diferencia del concepto algo tan vago como los efectos lesivos para la Economía. Esta vaguedad puede, sin embargo, ser evitada si, partiendo del orden económico como objeto de protección, se configura su contenido en la línea de distinguir entre la concepción amplia y la estricta.” (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 11).

más insistencia de un Derecho económico fue con ocasión de las dos guerras mundiales, lo que autorizó a encontrar una total dependencia, sin duda no exacta, entre la guerra y el nuevo Derecho económico. En realidad el nuevo Derecho Económico debe anudarse a las transformaciones ideológicas que se producen desde comienzos de siglo y a las modificaciones de las relaciones económicas (la elevada tecnificación e industrialización, la inflación de las grandes ciudades, la alta tensión del tráfico monetario y de divisas y la, por esta razón, cada vez más crítica formación de precios, etc.) que exigen una distinta organización y una efectiva protección del Derecho. El papel de la guerra y de las revoluciones se limita a provocar una elevación en la masa del material jurídico económico. En segundo lugar, es necesario también desterrar la idea de que la intervención estatal en la economía se explica sólo vinculada a regímenes políticos totalitarios. El paso de una concepción liberal de la economía con su *Laissez-faire, laissez-passer, ne pas trop gouverner*, su concepción fisiocrática de los precios naturales, su entendimiento de la libre concurrencia en el mercado, etc., a una economía social de mercado, tiene una explicación social del Estado de Derecho de un lado, y del otro de todo un movimiento de evolución histórica caracterizado por el paulatino paso de una Economía individualista (regida por un Derecho patrimonial civil y un derecho mercantil individualista) a una economía dirigida estatalmente caracterizada por el Plan. Pero hay que tener en cuenta que, dentro de una economía de signo capitalista, este dirigismo parte de la idea de un mercado libre para regularlo y de la idea del libre juego de las relaciones privadas ‘para estimularlas o coartarlas según los casos y, en cualquiera, para encauzarlas.’ Las actuales relaciones Estado-actividad económica toman un cariz intervencionista, pero ellas buscan permanentemente una situación de equilibrio la libertad de iniciativa, el orden público económico, la planificación y la acción estatal directa. No se trata, pues, de una situación que sólo encuentra explicación al socaire del totalitarismo político.”⁷⁷

Trazida esta análise de cunho político-econômico, voltemos ao trilho da pesquisa, agora com a necessidade de estudo, de forma separada, dos conceitos estrito e amplo do direito penal econômico, nos tópicos a seguir.

1.3. O direito penal econômico como limite estrito

A proposição de se dividir o conceito de direito penal econômico por uma análise em sentido estrito e em sentido amplo, surgiu com Klaus Tiedemann e foi acompanhada por ampla doutrina, especialmente a espanhola.⁷⁸

⁷⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 11 e 12.

⁷⁸ “En los trabajos de Tiedemann, la definición del Derecho penal económico parte de una distinción, asumida también por Bajo Fernández y muy extendida en el mundo hispanoparlante, entre el Derecho penal económico en sentido estrito y el Derecho penal económico en sentido amplio.” (GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico: parte general*. Tomo I. Lima: Grijley, 2007, págs. 21 e 22).

Acompanhando a distinção de Tiedemann, temos que o conceito estrito de direito penal econômico está vinculado ao conjunto de normas penais que visa, sobretudo, a proteção da regulamentação jurídica da intervenção do Estado na economia.⁷⁹

Silva Sánchez traduz o referido conceito estrito, em termos práticos, apontando exemplos como “los delitos de formación de precios, de contrabando o los tributarios.”⁸⁰

Já Percy García Caveró, igualmente enquadrando o exemplo de direito penal econômico em sentido estrito no crime de “control de precios”, também descreve como exemplo os delitos de “generación de ingresos” e de “protección de classes débiles económicamente.”⁸¹

Trazendo a ideia do direito econômico como um novo ramo do direito, que tem por objeto a ordem econômica e que se trata, em específico, do direito que tem o Estado de dirigir a economia, Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo, grandes entusiastas desta proposta de distinção conceitual elaborada por Klaus Tiedemann, caracterizam o direito penal econômico em sentido estrito como sendo “el conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía.”⁸²

Na linha dos professores acima mencionados, que propõem uma classificação dupla (estrita e ampla), a interligação do direito econômico com o direito penal econômico está justamente no fato de que ambos têm por objeto tutelar a intervenção do Estado na economia, “en zonas antes abandonadas a la libre iniciativa”, portanto, tais ramos do direito agindo em prol da intervenção estatal na economia e, identificando-se, o direito penal econômico, a sua finalidade e sua função justamente com a finalidade e a função do próprio intervencionismo.⁸³

⁷⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, pág. 29.

⁸⁰ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, pág. 29.

⁸¹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico: parte general*. Tomo I. Lima: Grijley, 2007, págs. 22.

⁸² BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 12.

⁸³ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 13.

Trata-se de uma necessidade de se proteger “la Economía en su conjunto, el orden económico, la Economía nacional puesta al amparo del nuevo intervencionismo estatal, como intereses distintos a los particulares de propiedad, patrimonio y fe contractual.”⁸⁴

Nessa quadra de proteções ao dirigismo estatal, posta-se o direito penal econômico como o último grau de sua proteção “mediante el ejercicio del ius puniendi.”⁸⁵

Daí que se pode especificar, traduzindo-se as palavras de Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo, que o crime econômico em sentido estrito é a infração jurídico-penal que lesiona ou mesmo coloca em perigo a ordem econômica entendida como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um país.⁸⁶

E, diante dessa conceituação bastante específica, ou seja, estrita do direito penal econômico, Bajo Fernández e Bacigalupo conferem legitimidade aos exemplos práticos, determinando os tipos penais reveladores desta conceituação, escolhidos pelos autores acima referidos como Silva Sánchez e Percy Cavero, igualmente apontando os crimes de “determinación o formación de los precios, los delitos monetarios, las infracciones de contrabando, el blanqueo de capitales y el delito fiscal.”⁸⁷

Concluem, os catedráticos da Universidad Autónoma de Madrid, asseverando que o conceito estrito de direito penal econômico da forma como visto acima, teria o condão de ser aplicado em todo e qualquer sistema econômico, no sentido de que em todos os sistemas existe uma ordem a ser tutelada, tornando-se o conceito estrito um verdadeiro conceito neutro, mas que, por sua vez, não impede uma análise distinta do dirigismo frente aos demais sistemas econômicos.⁸⁸

Sucede que o entusiasmo dos autores acima citados, acerca desta distinção por uma visão estrita do direito penal econômico, não permeia uma adesão de parcela de renomados

⁸⁴ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 13.

⁸⁵ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 13.

⁸⁶ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 13.

⁸⁷ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 13.

⁸⁸ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 13 e 14.

professores que, por todos, numa visão de Silva Sánchez, “resulta preferible acoger un concepto mas amplio”⁸⁹, ou mesmo no alerta de Percy García Caveró, no sentido de que:

“La crisis del modelo planificado o dirigido de la economía y el reconocimiento de la necesidad del libre mercado incluso em países de política económica no liberal, ha llevado a que el Derecho penal económico no pueda quedar reducido al llamado Derecho penal económico en sentido estricto. En este sentido, resulta fácilmente comprensible que exista unanimidad em la doctrina em reconocer que el Derecho penal económico debe ser definido en un sentido amplio”⁹⁰

No mesmo sentido segue Martínez-Bujan Pérez, que, após demonstrar a importância e a enorme influência do trabalho de Bajo Fernández na Espanha, influenciando diretamente a produção legislativa deste país, marcadamente o primeiro projeto democrático de Código Penal de 1980 e, após, com forte influência também no Código Penal espanhol de 1995, acaba por não adotar o critério estrito, optando exclusivamente por um critério amplo.⁹¹

Assim, pontua Martínez-Bujan Pérez que a dificuldade deste critério estrito de análise do direito penal econômico reside no fato de que uma análise concreta das tipificações traz dúvidas acerca de um perfeito encaixe na definição proposta. E que as imprecisões aumentam quando se pretende identificar ao certo quais seriam os critérios para caracterizar esta agrupação dos crimes econômicos.⁹²

Por todas tais questões, necessário, portanto, uma visualização doutrinária especialmente acerca da concepção ampla de direito penal econômico, como segue no tópico abaixo.

⁸⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, pág. 29.

⁹⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico: parte general*. Tomo I. Lima: Grijley, 2007, págs. 22.

⁹¹ MARTÍNES-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa, parte geral*. 3ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 90.

⁹² “En el presente trabajo se va a partir, evidentemente, de un concepto amplio de delitos económicos. El problema radica en que, si descendemos al nivel de las infracciones delictivas en particular, no existe unanimidad a la hora de señalar en concreto cuáles habrán de ser las figuras que pueden reconducirse a esta categoría. Es más, las discrepancias comienzan ya a asomar cuando se pretende identificar los criterios que habría que utilizar para caracterizar la agrupación de los delitos económicos. (MARTÍNES-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa, parte geral*. 3ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 90).

1.4. O direito penal econômico como limite amplo

O conceito de direito penal econômico em sentido amplo, como sói ser pela própria denominação, vem a abranger todas as condutas delitivas que incidem contra as relações econômicas, relações estas ocorridas no bojo da produção, distribuição e comercialização de bens e serviços.⁹³

Isto se daria bem na medida do que Andrei Zenkner Schmidt explicita como “todas as ofensas à regulação da produção, industrialização e divisão de bens e serviços”, tratando-se muito mais de um conceito extraído da natureza da atividade tutelada, do que fruto de uma delimitação dogmática ou mesmo decorrente da classificação do bem jurídico afetado.⁹⁴

Prossegue Zenkner Schmidt explicando que tal conceituação pode recepcionar, dentro do gênero dos crimes econômicos, crimes que atinjam bens jurídicos supraindividuais, mas igualmente os individualizados, tais como o estelionato (art. 171, CP), desde que nestes o dano decorrente de suas condutas venha a alcançar as “atividades econômicas reguladas no segmento da produção, industrialização e divisão de bens e serviços.”⁹⁵

Justamente o quanto Klaus Tiedemann propôs, em seu texto “*Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*”, de 1985, quando asseverou, com a tradução de Luciano Anderson de Souza, que:

“(…) em primeiro lugar, as violações no âmbito do Direito Administrativo-Econômico, isto é, contra a atividade interventora e regulatória do Estado na economia. Abrange também as infrações aos demais bens jurídicos coletivos ou supra-individuais da vida econômica, os quais, por necessidade conceitual, transcendem os bens jurídicos individuais.

E inclui, finalmente, os delitos patrimoniais clássicos (estelionato, extorsão, falsificação, corrupção, etc.), quando estes se dirigem contra patrimônios supra-individuais (como nos casos de obtenção fraudulenta de subvenções ou créditos

⁹³ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico: parte general*. Tomo I. Lima: Grijley, 2007, págs. 22.

⁹⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal económico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 76.

⁹⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal económico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 76.

estatais)” ou quando constituem abuso de medidas e instrumentos da vida econômica (como na hipótese de um cheque sem fundos ou um falso balanço).⁹⁶

Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo Saggese descrevem o conceito amplo dos crimes econômicos em caráter muito similar ao de Klaus Tiedemann, no sentido de que se trata do conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, no seu aspecto de regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.⁹⁷

E justificam sua opção por esta conceituação na linha de Tiedemann, muito pelo fato de que não se está, aqui neste aspecto amplo dos crimes econômicos, tutelando o sistema intervencionista propriamente dito, protegendo-se diretamente a planificação econômica, mas, sim, a própria atividade econômica inserida dentro de uma economia de mercado.⁹⁸

E por esta proteção da atividade econômica em si, posta nesta esfera do livre mercado, identificando-se os limites do direito penal econômico, de fora ampla, com os mesmos limites impostos pela ordem econômica. Daí que, para estes autores, o crime econômico em sentido amplo está intimamente ligado aos ataques aos bens jurídicos patrimoniais individuais, mas que podem afetar, ou mesmo colocar em perigo, os bens jurídicos ligados à regulamentação jurídica da produção, distribuição ou mesmo do consumo de bens e serviços.⁹⁹

Carlos Martínéz-Bujan Pérez, por sua vez, defende um conceito estritamente amplo de direito penal econômico, mas com significativas diferenças dos propostos acima por Tiedemann. A ideia de conceituação de Bujan Pérez reside numa subdivisão, mesmo que dentro do conceito amplo, dos crimes que afetem imediatamente bens jurídicos supraindividuais, ou seja, que atingem diretamente a ordem econômica, daqueles crimes

⁹⁶ TIEDEMANN, Claus. Percy. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Barcelona: Ariel, 1985, págs. 12. *Apud* SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, pág. 45 e 46, com a tradução livre do autor.

⁹⁷ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 14.

⁹⁸ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, pág. 14.

⁹⁹ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, págs. 14 e 15.

que venham a lesionar a ordem econômica mediatamente, por um ataque indireto ao bem jurídico supraindividual.¹⁰⁰

Por esta sua tese, Martínéz-Bujan Pérez propõe a incompatibilidade com o conceito de crimes econômicos, dos delitos que por suas condutas não cheguem sequer a lesionar indiretamente o sistema econômico, tais como os crimes clássicos exemplificados no estelionato, mesmo que as consequências jurídicas decorrentes destes crimes – de suas condutas –, como altos prejuízos econômicos, cheguem a afetar por consequência o mercado econômico. Propõe, igualmente, que “infrações penais que possuem um conteúdo econômico, porém direcionam-se à proteção de outros bens jurídicos (p. ex., crimes contra a administração pública)”¹⁰¹, fiquem também de fora da conceituação dos crimes econômicos.

Críticas ao conceito pretendido por Carlos Martínéz-Bujan Pérez são feitas por Andrei Zenkner Schmidt, quando nos alerta sobre a situação de que tal conceito impõe um verdadeiro prejuízo ao esforço, necessário, de se impor limites conceituais ao direito penal econômico, “por aceitar que bens jurídicos individuais, mesmo que sob algumas circunstâncias, possam ser alcançados pelo objeto”¹⁰² dos crimes econômicos.

¹⁰⁰ “Pues bien, a la vista de todo lo que antecede, cabe asegurar en primer término que está fuera de discusión el hecho de incluir en la categoría del Derecho penal económico los denominados delitos económicos em sentido estricto, puesto que en mayor o menor medida concurren em ellos todos los criterios de identificación del grupo general propuesto en la doctrina y, desde luego, estamos ante unas infracciones delictivas que responden paradigmáticamente a los requisitos derivados del criterio fundamental apuntado en el presente trabajo: todos ellos poseen como interés jurídico inmediata o directamente protegido un bien de naturaleza supraindividual general que afecta a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, llevando aparejada por esta razón una problemática jurídica común, político-criminal y dogmática, sustantiva y procesal, que dota de incuestionable homogeneidad científica a este grupo delictivo.” (MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa, parte geral*. 3ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, págs. 120 e 121).

¹⁰¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 76.

¹⁰² “Não nos parece segura a distinção entre bens jurídicos individuais que mediatamente afetem a ordem econômica e bens jurídicos individuais que só reflexamente possam comportar a referida afetação. Sob uma ótica econômica, a ofensa resultante de um crime de estelionato pode ser muito próxima da ofensa que decorre de um crime falimentar. Objetar-se-á que, neste, seria possível, sob uma perspectiva *ex ante*, isolar a violação mediata à ordem econômica, ao passo que, naquele, esse isolamento só ocorreria *ex post*. Ainda assim, a falência de uma empresa, à semelhança do que ocorre com crimes contra a propriedade industrial, vila relações intersubjetivas horizontais: o patrimônio dos sócios, o patrimônio da empresa, o patrimônio dos lesados etc. O direito penal econômico não deve se ocupar de ofensas com essa coloração individual, pois a relação entre Estado e economia tem a sua identidade direcionada para fluxos econômicos específicos em que os interesses individuais estão contingenciados pela natureza pública da regulamentação das opções possíveis.” (SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, págs. 76 e 77).

Mas, Zenkner Schmidt segue além da crítica acima e, numa análise de legitimação do direito penal econômico, aponta que se mostra incompatível com pressupostos de legalidade e adequação, permitir-se uma tutela penal econômica por meio de tipos penais que demandam uma ofensa individual para a sua consumação.¹⁰³

E concluímos com o citado autor, no sentido de que “a antecipação da intervenção penal, imanente aos delitos econômicos, não pode seguir a lógica da proteção individual de bens jurídicos, pela singela razão de não ser este o objeto da tutela.”¹⁰⁴

Luciano Anderson de Souza, por seu turno, também tece críticas contra ambas as teorias propostas (estria e ampla) para uma conceituação do direito penal econômico, dissertando, inicialmente, acerca do limite amplo, que se trata, em sua análise, de uma “visão político-criminal excessivamente ampla de Tiedemann”, muito em face da ausência de racionalidade em se admitir uma unidade aglutinadora de tipos penais tão diversos, apontando tanto a existência de uma verdadeira distinção entre o direito econômico e o direito penal econômico, mas, aliando-se a isso, uma perigosa “carência de um critério claro e seguro capaz de limitar a repressão penal do Estado.”¹⁰⁵

Em conclusão de suas críticas, Anderson de Souza igualmente enxerga uma vagueza conceitual no que tange ao aspecto estrito de direito penal econômico, “carente de maior concretude necessária numa construção ‘jurídico-criminal’, e, especificamente, pouco clara quando se procura distinguir o Direito Penal Econômico do Direito Econômico, eis que este busca certamente regar a direção estatal da economia.”¹⁰⁶

¹⁰³ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 82.

¹⁰⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pág. 83.

¹⁰⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 46.

¹⁰⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 46.

1.5. O direito penal econômico como objeto criminológico

A primeira análise criminológica específica ao direito penal econômico surgiu nos Estados Unidos da América no ano de 1939, quando um sociólogo chamado Edwin Sutherland apresentou sua tese sobre o *white-collar crime*, perante a *American Sociological Association*.¹⁰⁷

Sutherland, visando chamar atenção para uma área até então esquecida, tanto pelos estudiosos quanto pelos operadores da justiça, de uma criminalidade dos ricos e poderosos, pois até então as análises criminológicas giravam em torno quase que exclusivamente sobre a pobreza e os seus excluídos, erigiu sua tese levando em conta aspectos centrados na figura do agente poderoso, dotado de status social, primando pelo seu aspecto subjetivo.

Para tanto, Edwin Sutherland elenca, segundo Cláudia Cruz Santos, cinco elementos essenciais em sua teoria: 1) a existência de um crime e não meros ilícitos cíveis; 2) crimes cometidos por pessoas respeitáveis; 3) com elevado status social; 4) no exercício de sua profissão e 5) ocorrendo, em regra, uma quebra de confiança.¹⁰⁸

Cláudia Cruz Santos ainda indica mais dois possíveis elementos, sendo um quinto ponto derivado da impunidade destas condutas, pois, anota, que os tais comportamentos criminosos foram, por via de regra, ignorados por aplicadores da justiça e um último elemento, correspondente ao sexto ponto, extraído da especial danosidade social que estes crimes provocam, denunciando, com base em Sutherland, que o “custo financeiro do *white-collar crime* é, provavelmente, muitas vezes maior do que o custo financeiro de todos os crimes que normalmente são vistos como ‘crimes-problema’.”¹⁰⁹

Na linha das ideias acima explicitadas, Sergio Salomão Shecaira realiza importante estudo demonstrando que a corrente sociológica adotada por Sutherland, e que fez surgir a

¹⁰⁷ SANTOS, Claudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000, págs. 192.

¹⁰⁸ SANTOS, Claudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000, págs. 193.

¹⁰⁹ SANTOS, Claudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controle*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000, págs. 194.

sua tese dos “white-collar crimes”, tem origem na linha de pensamento do sociólogo francês Gabriel Tarde.¹¹⁰

Gabriel Tarde, segundo o quanto nos traduz Shecaira, fora o precursor de Sutherland, e elaborador da teoria da associação diferencial, segundo a qual, em apertada síntese, o crime é fruto de uma percepção social, bem no sentido de que a pessoa aprende a conduta criminosa, ou desviada, e “associa-se com referência nela.”¹¹¹

Justamente desta forma, das chamadas “leis da imitação”, que Shecaira nos traz uma frase emblemática de Tarde, explicativa de toda a sua teoria sociológica: “Todo o comportamento tem sua origem social. Começa como uma moda, torna-se um hábito ou costume. Pode ser uma imitação por costume, por obediência, ou por educação. O que é a sociedade? Eu já respondi: sociedade é imitação.”¹¹²

Explica ainda Sérgio Salomão Shecaira que a “teoria da associação diferencial assenta-se na consideração de que o processo de comunicação é determinante para a prática delitiva. Os valores dominantes no seio do grupo ‘ensinam’ o delito.”¹¹³

E pontua o Criminologista das Arcadas, segundo a teoria da associação diferencial, que alguém poderá vir a tornar-se delinquente “quando as definições favoráveis à violação superam as desfavoráveis.”¹¹⁴

Sutherland desenvolve seu raciocínio justamente partindo deste “fator de aprendizagem”, para poder imputar crimes para uma camada do extrato social que naturalmente não teria razões para cometer certos delitos. Sendo que a pesquisa realizada por Sutherland para alcançar tais resultados (firmados nos pontos elementares vistos acima), teve por base uma análise das setenta principais companhias norte-americanas dos

¹¹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ªed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 209.

¹¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ªed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 209.

¹¹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ªed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 209.

¹¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ªed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 209.

¹¹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ªed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 209.

anos 1920 a 1944, recolhendo o fato de que todas haviam sido processadas (pelas leis pós depressão de 29) e 91,7% reincidiram nas condutas delitivas.¹¹⁵

No entanto, segundo nos descreve Shecaira acerca da pesquisa de Sutherland, “por varias razões havia uma apreensão diferencial dos grandes empresários, comerciantes e industriais.” E segue nos alertando que, “aqueles que são responsáveis pelo sistema de justiça penal podem sofrer as consequências de um enfrentamento com os homens que detêm o poder econômico.”¹¹⁶

Prossegue Sérgio Salomão Shecaira, revelando que “os legisladores admiram e respeitam os homens de negócios, não sendo concebível tratá-los como delinquentes.”¹¹⁷ Após discorrer sobre outras circunstâncias subjetivas e objetivas que tornam o “White-collar crime” diferenciado dos outros crimes, Shecaira assevera que o “crime do colarinho-branco é um crime; é uma espécie delitiva tratada com especial brandura; este tratamento desigual – por sua leniência – é injusto, estando a demandar medidas específicas mais severas das instâncias formais de controle.”¹¹⁸

Ocorre que estudos realizados por pesquisadores de Yale (Wheeler, Weisburd e Bode), no ano de 1982, apontam justamente o contrário, “que a condenação de criminosos do colarinho branco é mais provável do que à primeira vista se poderia supor.”¹¹⁹

Tais pesquisadores da renomada universidade norte-americana, após analisarem diversos aspectos que levariam tais agentes a sofrerem uma pena de prisão e o tempo de sua duração, concluíram que os poderosos, possuindo elevado status social, “são tratados de forma mais severa, pelo menos no que toca à duração da prisão a que foram condenados – o que implica, efectivamente, uma radical transformação do entendimento comum de que os mesmos são sistematicamente beneficiados pela lei.”¹²⁰

¹¹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ªed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 214.

¹¹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ªed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 214 e 215.

¹¹⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ªed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 214 e 215.

¹¹⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ªed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 215 e 216.

¹¹⁹ SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000, págs. 194.

¹²⁰ SANTOS, Cláudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000, págs. 199.

Interessante é que nesta pesquisa, os criminólogos chegam a frisar como resultado da pesquisa alcançado, a existência de um “forte sentimento de reprovação dos juízes – e do público em geral – contra os crimes ‘de ganância’, por oposição à criminalidade justificada pela necessidade.”¹²¹

Concluindo com os pesquisadores de Yale, “uma relação ‘consistente e positiva’ entre o estatuto sócio-económico do agente e a severidade da condenação”, atribuindo os resultados muitas vezes encontrados de brandura na imposição de penas ou mesmo de impunidade, aos fatores ligados não decorrentes de uma favorecimento das classes na aplicação da lei penal, mas “da própria estrutura das relações de confiança, que dificulta a descoberta do ilícito e a aplicação da pena.”¹²² Fato que, na interpretação de Cláudia Cruz Santos, leva-se a “deslocar o problema das especificidades do agente para as especificidades da infração.”¹²³

Num giro de análise, mas ainda tendo por objeto o aspecto criminológico do direito penal econômico, temos que a definição estipulada por Sutherland para os crimes econômicos, em síntese, seria a violação da lei penal por uma pessoa de alto nível socioeconômico no desempenho de sua atividade profissional.¹²⁴

Mas, Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo Saggese, em estudo acerca das conceituações criminológicas dos crimes econômicos, elencam inúmeras outras concepções surgidas posteriormente ao conceito de Sutherland, apontando aquelas quais ganharam um maior relevo, tais como a que rotula os crimes econômicos como derivada de uma “delinquência profissional”, conceito advindo de autores, como apontam Schneider e Merger, que acentuam a delinquência como fruto direto e exclusivo da atividade profissional do agente, numa sobreposição a uma classe social que venha a pertencer.¹²⁵

Os referidos autores apontam outro termo, indicado por criminólogos como Helfer, Kellens e Courakis, denominado de delinquência de cavalheiros, referindo-se aos crimes

¹²¹ SANTOS, Claudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: RT, 2000, págs. 199.

¹²² SANTOS, Claudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: RT, 2000, págs. 199.

¹²³ SANTOS, Claudia Cruz. *O crime de colarinho branco, a (des)igualdade e o problema dos modelos de controlo*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: RT, 2000, págs. 199.

¹²⁴ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, págs. 20 e 21.

¹²⁵ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, págs. 20 e 21.

praticados por membros de um alto extrato social, não se vinculando com a atividade desempenhada por estas pessoas.¹²⁶

Miguel Bajo Fernández e Silvina Bacigalupo Saggese trazem o conceito de delinquência econômica, expressão ampla e compreendida bem no sentido da teoria de Sutherland, dos “white-collar crimes”, tratando-se de uma criminalidade inserida no ambiente econômico e, segundo Bajo e Saggese, uma derivação criminológica dos crimes de colarinho branco definidos por Sutherland. Nesse prisma, sintetizam a delinquência econômica como “las infracciones lesivas del orden económico, cometidas por personas de alto nivel socioeconómico em el desarrollo de su actividad profesional.”¹²⁷

Por fim, comentam uma última definição criminológica, ligada ao termo “criminalidade de empresa”, definindo os crimes que se praticam por meio de uma empresa como entidade econômica coletiva. Chamam a atenção os referidos autores, para que não se confunda os crimes praticados através da empresa com os crimes cometidos dentro do ambiente empresarial ou mesmo contra a empresa.¹²⁸

O conteúdo deste conceito acaba por abranger todo o âmbito dos crimes econômicos que, por intermédio da empresa, acabam por atingir bens jurídicos internos e externos, incluído aí os bens jurídicos pertencentes aos próprios funcionários e colaboradores da sociedade empresarial.¹²⁹

Contudo, em que pese a importância e a contribuição da criminologia para uma compreensão, e mesmo o desenvolvimento da análise destas figuras criminosas econômicas e para o correto desenvolvimento de uma política-criminal relativa, tais conceituações não são aptas a bem definir o direito penal econômico, não podendo tornar-se como um único referencial para tanto.

Nessa quadra, vem a baila o alerta de Luciano Anderson de Souza, que sintetiza uma ampla posição doutrinária, no sentido de que “a visão descritiva, de cunho criminológico, de tais autores não pode, todavia, ser adotada como referencial normativo

¹²⁶ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, págs. 20 e 21.

¹²⁷ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, págs. 22.

¹²⁸ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, págs. 22 e 23.

¹²⁹ BAJO FERNÁNDES, Miguel. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho penal económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010, págs. 22 e 23.

para criminalização, sendo de fato inaceitável diante de um Direito Penal de matriz liberal, voltado ao fato ilícito, independentemente de suas características pessoais de seu autor.”¹³⁰

Mas não tão somente as teorias criminológicas acima referidas, que se fundam em características pessoais do autor do crime, mas igualmente não se pode ter como referenciais para uma correta definição do objeto dos crimes econômicos, com efeitos legais e de punições, outras teorias que igualmente analisamos e que se utilizam de termos genéricos e abstratos, de enorme imprecisão jurídica.

Jesús-María Silva Sánchez, após definir a criminologia como a “disciplina do encontro”, com a ideia de que a criminologia abarca diversas outras disciplinas em si, tais como a sociologia, psicologia, economia, antropologia, medicina e outras, para o estudo do fenômeno criminal, alerta que a criminologia não se caracteriza por seu método, mas sim pelo seu objeto de estudo e, por variados aspectos mas em especial pelo fato de que muitas das suas medidas não tem natureza penal, não pode ser entendida como uma disciplina auxiliar ao direito penal, mas que presta apoio as medidas de política criminal.¹³¹

Mas, no que tange ao fato do apoio da criminologia para uma política criminal no campo dos crimes econômicos, esta vem permeada de inúmeras dificuldades, tais como o acesso as precárias informações, acerca das medidas de prevenção destes crimes, não permitindo uma análise empiricamente apta.¹³²

Silva Sánchez , no entanto, partilha das críticas acima expostas, apontando que as teorias criminológicas hoje existentes sobre os crimes econômicos demonstram uma relativa pobreza conceitual, pois, “la mayor parte de las aproximaciones criminológicas a la delincuencia económico-empresarial se basan, bien en los supuestos del enfoque de la teoría de la elección racional, bien en los de la teoría de la asociación diferencial en su versión mas actualm la teoría del aprendizaje social.”¹³³

¹³⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico – fundamentos, limites e alternativas*, São Paulo: Quartier Latin. 2012, pág. 43.

¹³¹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, pág. 41.

¹³² SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, pág. 41.

¹³³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020, pág. 43.

1.6. O direito penal econômico e o limite de crises econômicas

Como mencionamos no tópico anterior, as grandes crises financeiras trouxeram impactos diretos ao direito penal econômico, contribuindo, em muito, para o seu expansionismo. Nessa linha, podemos afirmar com a Professora Catedrática da Universidade de Coimbra, Anabela Miranda Rodrigues, que a “necessidade da punição de certas atividades económicas é hoje partilhada pelo pensamento político, quer de filiação de esquerda quer de direita.”¹³⁴

Trata-se, portanto, de verdadeiro consenso entre os espectros políticos mais antagônicos, de que a punição deva existir no seio da atividade econômica, por justificativas diversas, conforme preleciona a referida Professora Catedrática:

“Uma justiça penal “de esquerda”, que tem preferencialmente por objeto os crimes do capital e dos capitalistas, dirige-se hoje à empresa transnacional. Já a “de direita”, parte dos conceitos de liderança económica (*corporate governance*) e de responsabilidade (*responsability*) para desenvolver programas de cumprimento (*compliance*) e de responsabilidade coletiva e para defender, em nome do “pragmatismo”, a aplicação de sanções penais a agentes económicos, empresários e empresas.”¹³⁵

O mencionado consenso político, em que pese a divergência no que tange a sua legitimação, nos traz a segurança de afirmarmos o crime econômico com caráter político, ainda com Anabela Miranda Rodrigues, mas igualmente com Naucke¹³⁶, de que “en la épocas de crisis y gran conflictividad política dan lugar al incremento del Derecho penal político (evidentemente, de represión del opositor).”¹³⁷

¹³⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico – É legítimo? É necessário?* São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 127, janeiro de 2017.

¹³⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito Penal Económico – É legítimo? É necessário?* São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Vol. 127, Janeiro de 2017.

¹³⁶ NAUCKE, Wolfgang. *El concepto de delito económico-político: Una aproximación*, 1ª edição, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2015.

¹³⁷ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Crisis económica y derecho penal: responsabilidad de intermediários financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social*, in: *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. Directores J.R. Serrano-Piedecasas e E. Demetrio. Madri: Colex, 2010, pág. 11.

Há, diante dessa situação, um inegável conteúdo político no direito penal econômico que se intensifica quando fruto de crises financeiras, levando ao incremento de supervisões e regulamentações financeiras, uma demanda por responsabilidades sociais das empresas e uma verdadeira cruzada contra os paraísos fiscais no sentido mesmo de uma “declaración del fin de la era del secreto bancario.”¹³⁸

Percebe-se, fruto dessa expansão do direito penal econômico e decorrente do manejo político em tempos de crises financeiras, o surgimento de novos tipos penais para a proteção dos mercados financeiros e, até mesmo, como na Espanha, a tipificação da corrupção privada¹³⁹, situação que no Brasil tem ensejado intensos debates ainda restritos ao ambiente acadêmico.

Quadratura esta que levou o direito penal econômico, expandido em tempos de crises financeiras, a ganhar uma raiz burocrática e de mecanismo a serviço das instituições que, utilizando-se do seu caráter simbólico, creditaram neste ramo do direito penal ser ele um instrumento legítimo para prevenir ou mesmo superar as grandes crises financeiras, com seus riscos econômicos sistêmicos.

Acerca desta “funcionalização” do direito penal econômico, marcadamente em tempos de grandes crises econômicas, o Professor Catedrático da Universidade Autónoma de Madrid, Feijoo Sánchez, desde uma análise da situação europeia, traça um interessante diagnóstico:

“En este momento la imparable expansión del Derecho penal económico que se puede constatar en la reciente reforma del Derecho penal español mediante la LO 5/2010, de 22 de junio (nuevos tipos de protección del mercado de valores, corrupción privada, estafa de inversores, etc.), tiene en gran parte una raíz tecnocrática y viene de la mano de la funcionalización del Derecho penal por parte de las instancias burocráticas de la Unión Europea, expansión que presenta enormes problemas de legitimidade democrática y de respeto a la soberanía de los Estados miembro. Las preocupaciones que ha destado la crisis interactuarán sinérgicamente con la idea errónea de ciertas instancias políticas y burocráticas de que el Derecho penal, por su intenso contenido simbólico, debe ser utilizado (funcionalizado) para canalizar ciertas dinámica del mundo económico. El mejor ejemplo hasta el presente es el de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la corrupción em el sector privado que, praticamente por primera vez en la historia de nuestro Derecho penal económico, ha dado lugar a que se passe a definir como delictiva una modalidad de conducta que previamente ni si quiera se encontraba prohibida o era objeto de sanción y que carece de un orden primário de referencia. Se trata de un modelo de hacer político-criminal que, por desgracia, representa mas una tendencia que un caso aislado o anedóctico. El siguiente passo en este caminho errado va a residir, probablemente, en entender

¹³⁸ Idem, pág. 12.

¹³⁹ Idem, pág. 12.

que el Derecho penal puede ser un instrumento idóneo para prevenir o superar grandes crisis económicas o financieras o riesgos económicos sistémicos (al igual que sucedió con otros riesgos sistémicos como el medio ambiente en los años ochenta y noventa). La dimensión sistémica que han tenido algunos comportamientos individuales y la sensación de que el sistema capitalista se está viendo expuesto a riesgos catastróficos van a dar lugar a una fuerte presión hacia una tercera fase de expansión del Derecho penal económico (que se puede denominar el Derecho penal de la globalización) bajo la inspiración del denominado principio de precaución en relación a riesgos económicos sistémicos.”¹⁴⁰

Importa ainda verificarmos, igualmente com Feijoo Sánchez, alicerçado em estudo crítico de Sunstein¹⁴¹, um pouco acerca do referido princípio da precaução.

No sentido de que este princípio, que comporta uma aplicação por diferentes formas jurídicas, mas que visa, pela vertente de uma tentativa de contenção ou prevenção de crises financeiras, que os agentes públicos e reguladores tomem medidas para a proteção da sociedade contra possíveis danos, “incluso si las cadenas causales no son claras y si no sabemos que esos daños se concretarán.”¹⁴²

Por tal feita, em conclusão acerca da incidência deste específico princípio no direito penal econômico, temos que o seu desenvolvimento dependerá, todavia, de como concretamente se firmará a atividade regulatória¹⁴³ por meio das instituições de controle, mas sem deixar-se de lado uma forte influência da política-criminal do momento, como definidoras de rumos para a aplicação penal.

Ocorre que o direito penal não se trata de meio legítimo para conter crises, ou mesmo tornar-se instrumento apto para dirigir ou orientar a economia. Por suposto, a função primordial do direito penal é a de exclusiva proteção de bens jurídicos, missão esta que não se coaduna com a sua utilização como ferramenta de direcionamento ou mesmo de intervenção econômica.

¹⁴⁰ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Crisis económica y derecho penal:responsabilidade de intermediários financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social*, in: *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. Directores J.R. Serrano-Piedecasas e E. Demetrio. Madri: Colex, 2010, pág. 13.

¹⁴¹ Idem, pág. 13.

¹⁴² Ibidem, pág. 13.

¹⁴³ SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Crisis económica y derecho penal:responsabilidade de intermediários financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social*, in: *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. Directores J.R. Serrano-Piedecasas e E. Demetrio. Madri: Colex, 2010, pág. 14.

“dirigir o conducir la economia en general y, en lo que aquí interessa, para combatir crisis económicas. El Derecho penal económico no es un instrumento idóneo para controlar las dinámicas propias de la economia, al igual que, como sistema basado en la responsabilidad individual no representa una resposta institucional idonea para resolver por sí mismo problemas sistémicos.”¹⁴⁴

Feitas estas interessantes abordagens acerca dos recentes efeitos das crises econômicas no direito penal econômico, em um outro prisma de análise, fundado em uma visão acerca dos efeitos acarretados pelas crises ao direito penal econômico mais ligados a uma tentativa arrecadatória dos estados, estão os Professores Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz¹⁴⁵.

Os ilustres Professores das Arcadas, após traçarem o grave impacto das crises no direito penal econômico, com realce para a última grande crise de 2008¹⁴⁶, partem para uma leitura da criação de um direito penal ampliado e arrecadatário¹⁴⁷.

Bem no sentido de que por força das profundas recessões geradas pelas crises financeiras e, como dito acima, tendo como exemplo as recentes “bolhas imobiliárias”, apontam tais autores para uma “utilização do Direito Penal com outros fins, que não preventivos ou repressivos.”¹⁴⁸

Os fins pretendidos, a que se referem os ilustres Professores Renato Silveira e Eduardo Saad-Diniz, explicam-se como de cariz marcadamente arrecadatário: “uma política dirigida a obtenção de recursos por meio da ameaça penal.”¹⁴⁹

Comprovando-se empiricamente a tese justamente pela ampla tendência mundial dos governos, com o aumento exponencial em períodos de crises, a promoverem processos de regularização de valores e propriedades existentes no exterior, mormente em situação de *offshore*.¹⁵⁰

¹⁴⁴ Idem, pag. 16.

¹⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. São Paulo: Editora D’plácido, 2017.

¹⁴⁶ Idem, pag. 23.

¹⁴⁷ Ibidem, 64 e seguintes.

¹⁴⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. São Paulo: Editora D’plácido, 2017, pág. 68.

¹⁴⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. São Paulo: Editora D’plácido, 2017, pág. 68.

¹⁵⁰ Idem, pág. 68.

Em que pese os Professores apresentarem uma interessante situação, que se coaduna com o quanto vimos mais acima, de um intercâmbio mundial de dados bancários que vem a minar a proteção ao sigilo bancário, é justamente no movimento de adesão dos países à *Foreign Account Tax Compliance Act* – FACTA que mais se acentua o direcionamento do direito penal econômico, com a previsão de perdão a determinados crimes, “decorrentes da não declaração da existência de valores no exterior mediante o pagamento de impostos e multa.”¹⁵¹

Nessa esteira de um certo “pagar para ser perdoado”, Renato de Mello Jorge Silveira e Eduardo Saad-Diniz acusam uma “perversão do conceito penal clássico, pois um arrependimento posterior (em termos genéricos), não deveria extinguir a pena, senão reduzir a sanção.”¹⁵²

Daí que se extrai a utilização do direito penal econômico para fins arrecadatórios, com o seu desdobramento no Brasil por meio da Lei n. 13.254/2016, que estipulou a repatriação de valores mantidos ilegalmente no exterior.¹⁵³

“A lógica, portanto, parece ser delimitada em termos arrecadatórios penais, o que implica, em outro sentido, também a afirmativa de que, no Brasil, a partir da Lei 13.254/2016, passa-se a ter que a evasão de divisas e a lavagem de dinheiro devem ser tidas, sem dúvida, dentro de um espectro de Direito Penal Econômico, já que as causas de extinção de punibilidade são comuns aos crimes de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro e evasão de divisas. Consagra-se, assim, o marco de um Direito Penal Econômico em sentido ampliado.”¹⁵⁴

Verificando que o direito penal econômico derivado de crises financeiras tende a ser modificado *per saltum*, a questão central reside em torno de uma deturpação da dogmática penal em função de interesses econômicos momentâneos. Pois “acaba-se por se deparar com uma tentativa de se legitimar uma série de novas respostas que não mais têm pretensões afetas à área penal, mas, tão-somente, econômica.”¹⁵⁵

¹⁵¹ *Ibidem*, pág. 69.

¹⁵² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. São Paulo: Editora D’plácido, 2017, pág. 69.

¹⁵³ *Idem*, pág. 69.

¹⁵⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. São Paulo: Editora D’plácido, 2017, pág. 69.

¹⁵⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. São Paulo: Editora D’plácido, 2017, pág. 72.

E nessa quadra arrematam os citados Professores, demonstrando uma forte deturpação do direito penal econômico, com “a utilização do arsenal penal em função de pretensões econômicas.”¹⁵⁶ Trazendo, com isso, uma nítida mudança de finalidade do direito penal, não mais preventivo-repressiva, mas, agora, no decorrer das crises, “arrecadatório-repressivo”.¹⁵⁷

Concluindo-se com os ilustres autores de que “em face das crises econômicas, se poderia vislumbrar, na já conhecida linha proposta por Jesús-María Silva Sánchez, uma quarta velocidade do direito penal: regulatório e arrecadatório.”¹⁵⁸

A toda evidencia, portanto, que a constitucionalidade deste novo, porém deturpado direito penal econômico, fruto de crises financeiras, guarda uma constitucionalidade bastante duvidosa.¹⁵⁹

CAPÍTULO 2: A DOSIMETRIA DA PENA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Noção geral do tema

Inserida no âmbito das consequências jurídicas do delito, a dosimetria da pena vem, cada vez mais, ganhando espaço na doutrina, com seu lugar de análise reservado dentro da própria dogmática penal, de uma doutrina geral do crime, dando-se ênfase ao seu conteúdo de verdadeira aplicação do direito.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Idem, pág. 72.

¹⁵⁷ Ibidem, pág. 74.

¹⁵⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. São Paulo: Editora D'plácido, 2017, pág. 74.

¹⁵⁹ Idem, pág. 80.

¹⁶⁰ “Quando se compreende o profundo erro que seria pensar que as decisões que em sede de ‘determinação da pena’ se tomam ocorrem num espaço estranho à racionalidade e dependem apenas ou predominantemente da ‘arte de julgar’ e subjectividade do julgador.” (RODRIGUES, Anabela, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pág. 13). Nesse exato sentido: “Se trata, en ambos casos, de recalcar que si bien resulta innegable que el juez posee un amplio margen de libertad o discrecionalidad em dicho ámbito, la decisión que se adopte no puede ser fruto de la pura intuición o apreciación subjetiva del juez (que todo modo siempre existirá), sino que debe ser orientada o guiada a través de las reglas legales ahí donde existan y, en donde no existan o no sean claras, a través de ciertos principios o valores que pueden derivarse del proprio ordenamento jurídico, entre eles los cuales se encuentran, principalmente, los fines del Derecho Penal.” (HERNÁNDEZ, Martín

A individualização da pena, por meio de sua dosimetria, identifica-se com as próprias finalidades que se visa perseguir com a imposição da pena. Pois, em termos de resposta penal ao autor de crime, é a dosimetria da pena que concretiza a medida, calcada na diretriz da culpabilidade, com que se busca a imposição da reprimenda.¹⁶¹

Nessa seara, todo o ideário de ameaça penal ganha seu aspecto de realidade, de concretude, através de uma pretensa legitimadora aplicação da pena a ser imposta. Por tal razão é que Anabela Miranda Rodrigues alerta para o fato de que uma correta aplicação da pena deve decorrer, impreterivelmente, de uma base formada por “culpa, prevenção geral e prevenção especial”¹⁶², estas últimas, finalidades específicas da pena.

“Já dissemos o suficiente para que tenha ficado claro que, para obtermos uma base firme em que assente a determinação da medida da pena, é necessário ordenar, relacionando-as, culpa, prevenção geral e prevenção especial. Pontos de referência que constituem aquilo que por Zipf já foi chamado o ‘triângulo mágico’ da determinação da pena.”¹⁶³

Ainda nesse sentido, a professora espanhola da Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Carmen Salinero Alonso¹⁶⁴ aponta que nos três estágios – que veremos a seguir – da individualização da pena estarão presentes as finalidades da pena, eleitas previamente pelo ordenamento jurídico e postas em prática pela política criminal adotada de momento, sendo que o modelo de individualização penal escolhido terá sempre uma influência mediata decorrente deste prévio conteúdo, extraído dos fins que se busca com a imposição

Besio. *Los Criterios Legales y Judiciales de Individualización de la Pena: gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011, pág. 44 e 45.

¹⁶¹ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: parte general*. Trad. Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo-Buenos Aires: B de F; 2007, pág. 599. No mesmo sentido: JESCHEK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Trad. Miguel Olmedo Acardenete, 5ª ed. Corrigida y Ampliada, Granada: Comares editorial, 2002, pág. 944; REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal. Parte geral*. 4ª ed. Rio Janeiro: Forense, 2013, p. 409, mencionando BELLAVISTA, Girolamo, *Il Potere Discrezionale del Giudice nella Applicazione della Pena*, Imprenta: Milano, Bocca, 1939, pág. 43 e BRICOLA, Franco. *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano: Giuffrè, 1965, pág. 80. Em sentido contrário, veja-se: TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da pena, fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2015.

¹⁶² RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pág. 487.

¹⁶³ Idem, pág. 487.

¹⁶⁴ SALINERO ALONSO, Carmen. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*. Granada: Comares, 2000, pág. 136.

da pena, e o que fará com que a determinação da pena sofra substanciais variações em suas diferentes etapas, bem como no momento de sua aplicação.

Cabe ressaltar, dando continuidade nesta análise, o alerta de Silva Sánchez¹⁶⁵, para quem, no que tange à dosimetria da pena, soma-se a uma percuciente análise do fato e das regras dogmático-jurídicas de imputação, uma argumentação legitimadora fundada diretamente na teoria dos fins da pena, com vistas a concretizar os princípios gerais de política-criminal vigentes.

O Código Penal brasileiro, muito embora tendo adotado a teoria eclética, unificadora, das finalidades das penas e a Lei de Execução Penal fazer menção ao aspecto da prevenção especial positiva, ou mesmo ganhar relevo doutrinário visões críticas, tais como o pensamento de autores como Eugênio Raul Zaffaroni que deslegitimam por completo qualquer fundamento para o direito de punir, entendendo a punição como simples fato de poder¹⁶⁶, o ponto de análise reside na via de que a individualização da pena se trata de um importante instrumento de garantia contra eventuais excessos que possam vir a constituir grave arbítrio judicial.¹⁶⁷

Próxima da linha crítica de Zaffaroni, mas agora especificamente acerca da aplicação da pena como instrumento de legitimação penal, João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, em lições aprofundadas sobre o tema, discorrem no sentido de que a dosimetria da pena não se trataria de buscar os fins de reprovação e prevenção penal, porque tais fins – identificados com os fins da pena – seriam contraditórios em termos dogmáticos e irrealizáveis em termos práticos.¹⁶⁸

¹⁶⁵ “*La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado, vinculados a las reglas dogmáticas de imputación, sino también (y sobre todo) una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena (esto es, en principios político-criminales generales).*” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. Revista In Dret, n. 2, abr. 2007, pág. 7).

¹⁶⁶ CARVALHO, Saulo. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 139.

¹⁶⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Da aplicação da pena*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (org.). *Código Penal comentado*. São Paulo, 2017, pág. 199.

¹⁶⁸ MARTINELLI, João Paulo O. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, pág. 747. Tais autores, igualmente tecem críticas a própria terminologia dosimetria da pena, vejamos: “Embora seja comumente empregada pelos doutrinadores a expressão “dosimetria da pena”, preferimos outra terminologia, é dizer, “processo de injunção penal”. “Dosar” significa determinar a dose, e, como tal, muitos a relacionam com remédio... uma dose de remédio. A pena, porém, não é remédio para nada, salvo para os retributivistas. Dosar também significa “misturar nas devidas proporções”. Mas, na prática jurisprudencial, no processo de fixação da pena, vemos várias desproporções em razão de indevidas combinações feitas pelos juízes. É certo que enorme parcela da magistratura encontra dificuldades no que se refere à aplicação da pena criminal. Por sua vez,

Ainda nessa quadra crítica inaugurada por Zaffaroni, Rodrigo Duque Estrada Roig aponta que a única legitimação possível, quando da aplicação da pena, estaria reservada para uma atuação jurisdicional que limite, ao máximo e sempre que possível, a “magnitude aflitiva do indivíduo condenado”, ou seja, uma verdadeira contenção penal a ser sustentada pelo magistrado quando da aplicação da pena, pois, “necessária e suficiente não seria a pena, mas a intervenção judicial que menor estigmatização e dessocialização (afetação, em linhas gerais) acarretassem ao projeto existencial do condenado”¹⁶⁹

“a atuação do juiz somente possui legitimidade substitutiva da investidura popular e democrática se seguir rigidamente a Constituição. Considerando que o escopo constitucional de 1988 é o de minimizar os danos sociais, morais e existenciais da experiência penal sobre o sentenciado, é exatamente este o norte a ser adotado pelo magistrado aplicador. Em outras palavras, na ainda considerada necessária tarefa de aplicação da pena privativa de liberdade, a perseguição do desígnio constitucional redutor passou então a ser seu único fundamento de legitimidade.

Encerrando este ciclo de concatenação lógica, é possível concluir que o dever jurídico-constitucional de redução da intensidade de afetação do indivíduo representa o cerne de uma concepção republicana e democrática da aplicação da pena, tendo em vista que a essência da democracia encontra-se na própria liberdade.”¹⁷⁰

No que tange ao aspecto de legitimação dogmática, da qualidade e da quantidade de inflição penal, a dosimetria da pena vem estabelecer critérios judiciais de determinação da espécie, da quantidade e da própria qualidade da pena a ser imposta, proporcionalmente ao crime juridicamente reconhecido como praticado.

Interessante é o quanto aponta Salo de Carvalho, a demonstrar que dentro de uma estrutura dogmática de realização do direito, a aplicação da pena compõe o terceiro pilar de sustentação para uma incidência racional do direito penal. Pois, partindo-se de uma prévia

injunção é ato de injungir, e, embora o verbo seja de rara aplicação, identifica muito bem o magistrado, pois significa “ordenar expressamente uma coisa”. Juízes dão ordens todos os dias. Embora seja comumente empregada pelos doutrinadores a expressão “dosimetria da pena”, preferimos outra terminologia, é dizer, “processo de injunção penal”. “Dosar” significa determinar a dose, e, como tal, muitos a relacionam com remédio... uma dose de remédio. A pena, porém, não é remédio para nada, salvo para os retributivistas. Dosar também significa “misturar nas devidas proporções”. Mas, na prática jurisprudencial, no processo de fixação da pena, vemos várias desproporções em razão de indevidas combinações feitas pelos juízes. É certo que enorme parcela da magistratura encontra dificuldades no que se refere à aplicação da pena criminal. Por sua vez, injunção é ato de injungir, e, embora o verbo seja de rara aplicação, identifica muito bem o magistrado, pois significa “ordenar expressamente uma coisa”. Juízes dão ordens todos os dias.” (op. cit., pág. 745 e 746).

¹⁶⁹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 137.

¹⁷⁰ Idem, págs. 22 e 23.

verificação da validade, no tempo e no espaço, da lei penal, agregada ao reconhecimento da responsabilidade penal do autor do crime, visa “(1º) estabelecer os critérios judiciais para determinação da espécie, da quantidade e da qualidade da sanção penal (pena ou multa de segurança) adequada ao delito e (2º) definir os parâmetros para o controle jurisdicional de sua execução (execução penal).”¹⁷¹

Necessário tecer considerações preliminares acerca da culpabilidade, que vem a formar, juntamente com as finalidades do apenamento, a base em que se erige toda aplicação penal. E isso porque a culpabilidade, enquanto subsídio para a aplicação da pena, encontra uma larga variedade¹⁷² de significados sobre sua natureza.

Entretanto, esquivando-se por hora de uma análise mais aprofundada, que será realizada no momento de estudo das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, temos que desde a reforma da Parte Geral do Código Penal ocorrida em 1984, o consenso doutrinário caminha para a identificação da culpabilidade como critério de aferição da reprovabilidade da conduta do agente criminoso.¹⁷³

Nesse sentido, a culpabilidade caracterizada como a verificação da reprovabilidade do agente encontra lugares topográficos diversos no direito penal, pois, primeiramente, como culpabilidade normativa vem a fundamentar a existência do crime, observada a teoria tripartida, no seu aspecto de juízo de reprovabilidade pessoal com a análise da imputabilidade do agente, o seu potencial conhecimento da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa.¹⁷⁴

¹⁷¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 331.

“Nota-se, portanto, uma diferença fundamental na abordagem das teorias que conformam a dogmática jurídico-penal. Se as teorias da lei penal e do delito são regidas por uma lógica binária ou qualitativa de validação ou invalidação dos pressupostos de existência da responsabilidade penal, a teoria da determinação da pena é instrumentalizada por um raciocínio quantitativo. Assim, p. ex., se a indagação da teoria do delito é se existiu conduta, se a ação ou omissão é típica e ilícita e se o autor é responsável criminalmente (culpabilidade), a teoria da pena, pressupondo como positivas estas respostas, questionará a extensão da responsabilidade (*quantum*), isto é, a espécie e a quantidade adequada (razoável) de sanção penal aplicável como consequência jurídica do crime. Em um segundo momento, na fase de execução, a dogmática da pena disciplinará as formas de cumprimento das sanções penais e as hipóteses de incidência das causas de extinção da punibilidade.” (CARVALHO, Salo de. *Op.cit.*, pág. 331 e 332).

¹⁷² CARVALHO, Salo de. *Dos critérios de aplicação da pena no Brasil: análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da pena mínima*. Série Pensando o Direito: Ministério da Justiça, n. 02/2009, disponível em www.justica.gov.br.

¹⁷³ STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2019, págs. 30 e 31.

¹⁷⁴ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral e Parte Especial*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015, pág. 341.

Trata-se, neste aspecto, a culpabilidade normativa como integrante da estrutura do crime, funcionando mais como uma ferramenta de verificação para não se punir o agente quando inserido em situações especiais, ou mesmo anormais, que tornem desculpável a sua vontade delitiva, do que propriamente para puni-lo. Em todo caso, quando se trata de culpabilidade normativa, elemento configurador do crime, temos um juízo de reprovação pelo comportamento realizado contrário à norma, mas que, repita-se, não comporta a análise da densidade de sua reprovação. Caracteriza-se, contudo, como fundamento da pena, mas não é o critério de busca pela quantidade da pena, que ficará restrita à culpabilidade inserida no artigo 59 do Código Penal, como circunstância judicial.¹⁷⁵

Daí que se por um lado a culpabilidade normativa é fundamento da pena, temos, por outro, a culpabilidade inserida como circunstância judicial no artigo 59 do Código Penal como limite da pena, eis que atrelada de forma restrita aos critérios de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime.¹⁷⁶

Ambas as situações caracterizam a culpabilidade como importante elemento de garantia, não apenas para a verificação de existência do crime, mas igualmente para se coibir excessos punitivos ao apenado.

Por todas tais razões é que o artigo 5º, inciso XLVI¹⁷⁷, da Constituição da República torna o princípio da individualização da pena como fundamental ferramenta contra o arbítrio, freio contra os excessos nas imposições de cargas penais, e verdadeiro critério de legitimação da penalização, que faz jus ao ponto topográfico de destaque em que se encontra o referido princípio da individualização da pena no ordenamento jurídico nacional, pois como cláusula pétrea de garantia constitucional.

Importante, portanto, e mesmo que por uma breve análise, eis que não se trata do exato tema da presente investigação, dedicarmos algumas linhas ao referido princípio constitucional da individualização da pena.

¹⁷⁵ REALE JÚNIOR, Miguel Op. cit, pág.56.

¹⁷⁶ Idem, pág. 56.

¹⁷⁷ Art. 5º, inciso XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; [...]”.

A toda evidência que o referido princípio acaba por se revelar em três etapas distintas¹⁷⁸: a legislativa, em que o legislador, ao criar o tipo penal secundário, determina o quantum mínimo e máximo de pena para reprovação e prevenção da conduta descrita no tipo penal primário¹⁷⁹; a judicial, atrelada diretamente à dosimetria da pena, e que visa, dentro do parâmetro penal inicialmente estipulado pelo legislador, aplicar a pena individualizada ao condenado estritamente vinculada ao caso concreto; e sua última fase, relativa ao processo de execução da pena, em que ao juiz da execução penal, em coparticipação com órgãos da administração pública, é determinado a individualizar o modo de cumprimento da pena pelo condenado.¹⁸⁰

No sentido deste desdobramento, em três etapas, do princípio da individualização da pena, Guilherme de Souza Nucci¹⁸¹ nos aponta que a primeira fase da individualização, observando-se o critério de suficiência e necessidade para reprovação e prevenção do crime, critério este que trataremos especificamente ao longo deste trabalho, cabe ao legislador fixar o quantum mínimo e máximo da pena, quando da construção legislativa do tipo penal, em específico do tipo penal secundário.

Em sequência, ainda em observância do quanto ensina o referido autor, com a apuração judiciária da prática do crime, surge a fase atribuída ao juiz de eleger, dentro do parâmetro legislativamente pré-estabelecido, e ainda em respeito à suficiência e necessidade para reprovação e prevenção do crime, “o montante concreto ao condenado, em todos os seus prismas e efeitos”¹⁸², tratando-se, aqui, da individualização judicial.

Ao final, e já na fase de execução penal, tem como dever o juiz competente pela execução da pena do condenado individualizá-la¹⁸³, pois, é do princípio da individualização da pena que a execução da reprimenda seja igualmente particularizada, a se fazer justiça no sentido de que corréus apenados com penas idênticas podem vir a ter uma execução das sentenças bastante diferenciadas, no exemplo de que um pode progredir, por méritos próprios, mais rapidamente do que o outro, dentre outras circunstâncias pessoais e comunicáveis que trarão uma diferença de velocidade em suas execuções

¹⁷⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 54.

¹⁷⁹ BRUNO, Aníbal. *Das penas*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, pág. 90.

¹⁸⁰ MOLINA BLASQUÉZ, Maria Concepción. *La aplicación de la pena*. 3ª ed., Barcelona: Bosch, 2002, pág. 35.

¹⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 30.

¹⁸² Idem, pág. 31.

¹⁸³ Ibidem, pág. 31.

penais, tanto para acelerá-la, como no exemplo aqui referido, como para retardá-la, por vezes demandando até mesmo a regressão ao regime anterior ou inicial de cumprimento da pena.

Cabe levantar que, opondo-se ao entendimento supracitado, contrário a afirmação de existência de uma individualização da pena em primeiro âmbito, na etapa legislativa, está o magistério de Celso Ribeiro Bastos¹⁸⁴, para quem a individualização da pena tem início, tão somente, na fase judicial com a atividade do juiz sentenciante.

Tal entendimento, todavia, resta isolado, pois como bem demonstra Francisco Muñoz Conde¹⁸⁵, desde a capitulação jurídica de um fato como criminoso, com a sua consequente atribuição respectiva de pena, realizada pelo legislador, inicia-se um processo progressivo de formação da individualização da pena que vai até o cumprimento da pena pelo condenado.

Cezar Roberto Bitencourt¹⁸⁶ e Luiz Regis Prado¹⁸⁷, igualmente, defendem uma aplicação escalonada, em três etapas, do referido princípio da individualização da pena, com seu início na fase legislativa.

Por esta análise, de um princípio de aplicação tripartida, este vem a se tratar de uma relevante garantia penal com acentuado cariz democrático¹⁸⁸, haja vista que na determinação constitucional de se individualizar as apontadas três etapas de imposição das reprimendas, surge para os cidadãos o direito de que terão suas condutas diferenciadas¹⁸⁹,

¹⁸⁴ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 258, *verbis*: “*Alguns autores concebem três fases nas quais se pode verificar a individualização: a legislativa, a judicial e a administrativa. Para nós, a rigor, a primeira fase não existe, uma vez que cominar penas diversas para crimes diferentes não é aplicação do princípio individualizador. Não há dúvida entretanto que à lei compete definir os parâmetros dentro dos quais o juiz poderá efetivar a concreção da pena. A individualização começa, portanto, com a atividade do magistrado.*”

¹⁸⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 8ª ed., revisada y puesta al día, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, págs. 532 e 533.

¹⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, vol. I, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 751 e 752.

¹⁸⁷ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro Parte Geral*. volume I, 6ª ed., São Paulo: RT, 2006, pág. 630.

¹⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller. 2002.

¹⁸⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2010, pág. 138.

com a escurrita análise de suas individualidades, mesmo que dentro de um sistema jurídico republicano que impõe a igualdade de aplicação da lei penal.¹⁹⁰

Pois se trata, portanto, de verdadeira “particularização do indivíduo”¹⁹¹, que visa, por seu turno, resguardar o valor maior de dignidade intrínseco à pessoa humana, dentro de uma esfera conflitiva, em que estão contrapostos o eficientismo penal, buscando uma resposta penal eficaz para a sociedade, com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, tendo a missão de resguardar ao máximo o seu direito de liberdade, sendo que, neste difícil espaço jurídico, “onde, então, em mais do que qualquer outro, sem tergiversar, se tem de optar por garantias concretas”¹⁹².

Visualizamos, com a devida vênua para uma analogia, que o princípio da individualização da pena se assemelha a um arquipélago de três ilhas de pura democracia, inseridas em um oceano republicano, em que se deve observar rigorosamente a incidência isonômica das normas penais a todos os cidadãos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em *habeas corpus*¹⁹³ de relatoria do Min. Ayres Brito, tem que “o processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado”, seguindo o sentido de que esta personalização busca uma “prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.”

Diante dessa quadra de direito fundamental, de uma busca material de justiça, encontra-se, nas palavras de Recaséns Siches¹⁹⁴, a necessidade do Estado, por intermédio de seus juizes, buscar um “direito perfeito”, assim entendido como “somente o das normas individualizadas na sentença”. E na esteira deste “direito perfeito” de Recaséns Siches, o princípio da individualização da pena ganha concretude, pois, segundo Sérgio Salomão

¹⁹⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 44 e 45.

¹⁹¹ Idem, pág. 47.

¹⁹² RODRIGUES, Anabela, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pág. 312.

¹⁹³ STF. HC n. 97.256/RS, T. P., j. 01.09.2010, v.u., rel. Ayres Brito.

¹⁹⁴ SICHES, Luiz Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*, 237, 253 in SILVA FRANCO, Alberto, *et al. Crimes Hediondos*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2011, pág.15.

Shecaira¹⁹⁵, surge a obrigatoriedade de se “mensurar a pena de acordo com o caso concreto”.

Traço interessante é o de que a história nos demonstrar nem sempre ter existido a ideia de se fazer individualizada as penas impostas aos condenados, ou mesmo que o princípio da individualização da pena não remonta aos primórdios do direito penal.

Isso porque na Idade Média, a serviço do monarca, muitas vezes tirano, os juízes detinham poderes ilimitados na aplicação da pena. Tratava-se de um poder de punir absoluto dado ao magistrado, decorrente do princípio da flexibilidade, verdadeiro arbítrio judicial, que realçava o caráter unicamente retribucionista concedido a pena.¹⁹⁶

Em face do arbítrio deste sistema do Antigo Regime, com o surgimento do Iluminismo e de suas ideias racionais e humanistas, o referido sistema flexível de imposição de pena foi trocado por um sistema oposto, rígido.¹⁹⁷ Os iluministas, com vistas a fortalecer a segurança jurídica, inseriram no Código Penal Francês de 1791 um sistema de legalidade extremada na aplicação de pena.

O juiz fora assim transformado em simples “boca da lei”, segundo a conhecida expressão de Montesquieu, e a ele magistrado não era possibilitado nenhuma margem de discricionariedade na aplicação e escolha da pena, com bem ilustrou o próprio Marques de Beccaria.¹⁹⁸

Importante, contudo, o alerta de Luciano Anderson de Souza¹⁹⁹ no sentido de que o arbítrio deste sistema aberto de imposição de penas não chegou a ser mitigado com o advento do sistema rígido de dosimetria, justamente ante o fato de não se alcançar uma “justa particularização concreta”, deixando de serem avaliadas as “infinitas nuances dos casos concretos”, bem no sentido de uma correta calibragem, aos fatos da vida concreta, da reprimenda a ser determinada.

¹⁹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena, finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. 1ª ed., São Paulo: RT, 2002, pág. 81.

¹⁹⁶ BRANDÃO, Claudio. *Curso de direito penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, págs. 23 a 36.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ “Os julgadores dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela própria razão de não serem legisladores [...]. Não há nada mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei.”¹⁹⁸ (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, págs. 43 e 44).

¹⁹⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 1: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, p. 500.

Fato que desperta atenção histórica é o de que o referido Código Penal francês de 1791 chegou a influenciar, muito diretamente, nosso Código Criminal do Império, promulgado em 1830.²⁰⁰

Sendo que dezenove anos mais tarde da referida promulgação, e ainda em França, o Código Penal Napoleônico de 1810 fez nascer a necessidade de individualização da pena, ainda de forma incipiente, mas que já atribuía ao juiz a discricionariedade de, dentro de limites preestabelecidos pelo legislador, adaptar a pena à individualidade do condenado.²⁰¹

Nasce, assim, com este Código francês de 1810, o sistema da determinação legal relativa, em que o juiz sentenciante, dentro da baliza de um mínimo e máximo de pena previamente atribuídos no tipo penal secundário pelo legislativo, alcança uma reprimenda adequada ao fato em julgamento.²⁰²

No Brasil, a influência deste sistema de determinação legal demorou a chegar, vindo, de fato, a ser observado em nossa legislação apenas com a edição do Código Penal do Estado Novo, de 1940, quando “o legislador delegou ao juiz, avisadamente, um arbítrio, prudente e relativo, como deve ser todo o arbítrio, ditando normas taxativas para limitá-lo e conduzi-lo no caso concreto.”²⁰³

Tratou-se, portanto, do surgimento da individualização da pena como vista hoje, pois que o magistrado opera sua dosimetria dentro de um espaço de quantidades de pena previamente estatuídas pelo legislador, fato que, nos dizeres de Luciano Anderson de Souza, citando o jurista italiano Vincenzo Militello, “concretiza o programa legislativo”.²⁰⁴

Justamente o que o jurista francês Raymond Saleilles, um dos grandes entusiastas de tal sistema de aplicação de penas, em clássico ensinamento, acabou por asseverar:

²⁰⁰ SOUZA, Luciano Anderson de. *Da aplicação da pena*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (org.). *Código Penal comentado*. São Paulo, 2017, pág. 191.

²⁰¹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro Parte Geral*. volume I, 6ª ed., São Paulo: RT, 2006, pág. 627.

²⁰² SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 1: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, p. 500.

²⁰³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 148.

²⁰⁴ MILITELLO, Vincenzo. *Prevenzione generale e commisurazione della pena*. Milano: Giuffe, 1982, p. 95 apud SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 1: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, p. 500.

“A individualização da pena é missão a ser desempenhada de modo complementar pelo legislador, pelo juiz e pela administração penitenciária, com vistas a ‘um sistema de responsabilidade verdadeira, de responsabilidade concreta, apreciada individualmente, em cada indivíduo, em cada caso particular, em lugar de uma responsabilidade em bloco, fictícia e abstrata, invocada contra cada um e contra todos em virtude de uma mesma fórmula jurídica’”.²⁰⁵

A par desse esboço histórico, Luiz Luisi, seguindo na esteira do pensamento de Nelson Hungria, explica que a individualização da pena deve ser entendida como o “Retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”.²⁰⁶

Daí se poder inferir, ainda desta forma clássica de entendimento, que o princípio da individualização da pena decorre de verdadeiro mandamento de aplicação prática do princípio de igualdade aristotélico, que prescreve o tratamento igual entre os iguais e desigual entre os desiguais, à medida que se desiguam.

Em ilustração ao quanto trazido acima, por uma analogia com a melhor literatura e bem no sentido da aplicação da pena e observância da igualdade aristotélica, Leonardo Massud constrói uma interessante comparação entre a individualização da pena e o inferno de Dante Alighieri, mas chamando a atenção para um certo mito histórico do encontro da proporcionalidade ou correspondência entre as penas com as condutas delitivas realizadas.

“O mito de encontrar uma certa correspondência entre as condutas e as penas transmite, de alguma maneira, um conforto ao espírito, que conhecendo os caminhos e as equações de castigos e recompensas, encontra um sentido para a vida e para a observância das regras. Essa sensação é claramente transmitida na ‘Divina Comédia’, mais precisamente no Inferno, de Dante Alighieri. Na obra, o poeta florentino constrói o Reino de Lúcifer de tal forma que os pecadores, conforme a gravidade de suas faltas, seguindo a doutrina aristotélica, desçam cada vez mais a cratera, em direção ao centro da Terra, recebendo castigos cada vez piores”.²⁰⁷

Luiz Vicente Cernicchiaro, na esteira do quanto aludido acima, tem que a “individualização significa adaptar a pena ao condenado, consideradas as características do

²⁰⁵ SALEILLES, Raymond. *L'individualisation de la peine*. pág. 201, in PRADO, Luiz Régis. op., cit., pág. 627 e 628.

²⁰⁶ LUISI, Luis. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, pág. 53.

²⁰⁷ MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua Fixação*. São Paulo: DPJ Editora, 2009, pág. 89.

agente e do delito”²⁰⁸, bem no sentido de uma análise em espiral, partindo-se do fato global visando por fim o encontro das características pessoais dos seus protagonistas.

“A individualização da pena leva em consideração o fato global, o fato-infração penal com os seus protagonistas (sujeito ativo e sujeito passivo) com revisão da vida de ambos e projeção de futura conduta delincente. [...]. Individualizar é dentre os limites da cominação, fixar a pena, de modo preciso e resultante dos fatores que obrigatoriamente serão considerados pelo juiz”.²⁰⁹

Concluimos com a assertiva de Cernicchiaro, de que a pena – e a sua individualização se inclui nessa quadratura – é o verdadeiro sismógrafo social, do estágio humanitário de determinada sociedade, pois, com suas oscilações, aponta qual seria o norte cultural de determinado povo:

“A pena, num ou outro sentido varia no tempo e no espaço. Sem exagero, mede-se a evolução das ideias e instituições penais conforme as sanções vigentes em uma época. A qualidade, a quantidade e o modo de executá-las retratam a cultura de um povo”.²¹⁰

Torna-se cristalino, portanto, que quanto mais os sistemas jurídicos impuserem e formularem diretrizes para uma necessária e criteriosa individualização da pena, deixando transparente a quantidade, a qualidade e o meio de execução da pena a ser imposta, mais nos aproximaremos de meios eficazes de controle para aos fins propostos de se buscar e garantir a dignidade da pessoa humana, neste sensível aspecto dos sentenciados em geral.

Daí porque se faz necessária uma percuciente análise do conceito próprio da individualização da pena judicial.

²⁰⁸ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1991, págs. 98 e 99.

²⁰⁹ Idem. pág. 133 e 134.

²¹⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1991, pág. 100.

2.2. Conceito e etapas da individualização judicial da pena

Em termos específicos, a individualização judicial da pena se trata de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, “por meio do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei.”²¹¹

Trata-se de verdadeiro exercício em que o magistrado, atuando em desdobramento e dentro dos patamares penais, mínimos e máximos, previamente estipulados pelo poder legislativo, inseridos nos tipos penais secundários, concretamente individualiza a pena para a prolação de sentença, estabelecendo igualmente o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a sua eventual substituição, quando possível, por outra menos gravosa, visando, com todo esse complexo procedimento, a efetivação do direito penal ao caso concreto.²¹²

A individualização judicial da pena sofreu significativas alterações no País, pois, quando da vigência do Código Penal de 1890, o juiz estava restrito à realização de uma simples operação aritmética, no sentido de que o magistrado não detinha poderes para, de fato, operar uma verdadeira dosimetria²¹³; situação que ocasionou a clássica crítica de Roberto Lyra de que seria demasiadamente injusto o tratamento igual entre acusados naturalmente desiguais e com a redução de juízes capazes e responsáveis a simples contadores.²¹⁴

Quando da promulgação do Código Penal de 1940, erigido sob a forte influência do Código Penal italiano de Alfredo Rocco, com interpretação científica notadamente voltada ao pensamento causal-naturalista, veio a inovação no método de aplicação de pena no País,

²¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 129 e 130.

²¹² BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 149.

²¹³ “Segundo o artigo 62, nos casos em que o Código Penal de 1890 não impunha pena determinada, fixando somente limite máximo e mínimo, considerava-se três graus de pena, sendo o grau médio o compreendido entre os dois extremos. No concurso de agravantes e atenuantes que se compensem, ou na ausência de umas e outras, a pena deveria ser sempre aplicada no grau médio. Na preponderância de agravantes, a pena deveria ser aplicada entre os graus médio e máximo, na das atenuantes entre o médio e mínimo. Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circunstâncias agravantes sem alguma atenuante, a pena deveria ser aplicada no máximo, e no mínimo se for acompanhada de uma ou mais circunstâncias atenuantes, sem nenhuma grave.” (GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pág. 76).

²¹⁴ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1942, pág. 163.

instituindo-se, à época, no artigo 42 do referido código, uma maior amplitude discricionária ao juiz e que conferiu, por consequência, uma ampla responsabilidade – nos dizeres de Roberto Lyra – ao magistrado quando do exercício de sua atividade sentenciante.²¹⁵

Tratou o mencionado artigo 42 de estipular que o juiz deveria observar, quando da aplicação da pena, os antecedentes do réu, sua personalidade, a intensidade do dolo ou o grau da culpa²¹⁶, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime.²¹⁷

Marcadamente sob os influxos da teoria psicológica da culpabilidade, atrelando o juízo de culpabilidade ao nexos psicológico entre o autor do crime e sua conduta delitiva, impunha que a mensuração da reprovação pelo crime praticado derivava diretamente da medida que se poderia fazer, sob a análise do caso concreto, do dolo e da culpa carregados pelo agente.²¹⁸

“A aplicação da pena pressupunha a caracterização do dolo ou da culpa, sendo que a intensidade do dolo e o grau da culpa constituíam índices para aferir a

²¹⁵ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1942, pág. 158.

²¹⁶ “Após a reforma penal da Parte Geral do Código Penal, em 1984, eliminou-se a expressão *intensidade do dolo e grau da culpa*, substituindo-a pela correta terminologia: culpabilidade (grau de reprovação). O dolo, definido como a vontade consciente de praticar a conduta típica, é incompatível com *intensidade*, vale dizer, com graduação. Inexiste, no âmbito anímico da pessoa humana, maior vontade de matar, por exemplo, ou menor vontade de matar. Quem deseja eliminar a vida de outrem age com dolo. E ponto. Quando algum operador do direito queria, no passado, referir-se ao chamado *dolo intenso*, na realidade, fazia menção a outros fatores, ligados à personalidade do agente, tais como premeditação, sadismo, maquiavelismo, enfim, condutas que levavam ao preparo e planejamento do delito com mínimos detalhes. Durante a execução, por vezes, era possível observar a crueldade no extermínio da vítima, mas isso não faz “crescer” o dolo; afirma apenas a personalidade sádica. O mesmo se dá no campo da culpa. A questão é simples: há – ou não – um comportamento desatencioso (imprudente, negligente ou imperito), levando a um resultado danoso involuntário? Nessa avaliação, torna-se contraproducente afirmar que a culpa é grave; ou média; ou leve. Quer-se dizer exatamente o quê? Nada, no campo técnico. Não se absolve quem agiu com imprudência (muita desatenção ou pouca desatenção...). O importante é detectar, para fins penais, a desatenção típica, que permite a configuração do crime culposos. Nada mais. Para a fixação da pena, igualmente, não se trabalha com o elemento subjetivo. Volta-se, em verdade, à personalidade do agente. Quem é extremamente descuidado, com certeza, apresenta desvio de personalidade, justamente o que vai determinar um aumento da pena-base. Contudo, não é o *grau da culpa* o fator a elevar ou a reduzir a sanção.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, pág. 669).

²¹⁷ “Neste momento, o pensamento jurídico penal brasileiro entendeu que os novos rumos do Direito Penal impunham que a tarefa de individualização da pena não deveria somente levar em conta os aspectos objetivos do crime e a culpabilidade do réu, mas também considerar os aspectos de sua personalidade total. A personalidade do réu, seu caráter e periculosidade constituíam critérios orientadores da responsabilidade penal. Nessa época, predominava na Itália o entendimento de que a capacidade de delinquir, interpretada como forma de periculosidade, se encontrava no centro de todo o sistema penal.” (GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pág. 75).

²¹⁸ GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pág. 76.

periculosidade do agente. Na culpabilidade consagrada pelo sistema causal, a evitabilidade do fato tornou-se secundária diante do elemento psicológico. O exame do dolo e da culpa caracterizavam o juízo de censura da culpabilidade, e o ordenamento repressivo de então reservava maior ênfase às circunstâncias judiciais que se relacionam com a motivação e a personalidade do agente.”²¹⁹

Mas, mesmo com a mínima abertura discricionária para a realização da dosimetria penal, o interessante é que os penalistas da época se dividiam acerca da utilização do método objetivo para a aplicação da pena, eis que havia dois sistemas conflitantes: o proposto por Roberto Lyra e o desenvolvido por Nelson Hungria.

Roberto Lyra propunha um método bifásico, em que o juiz deveria valorar, numa única etapa, as circunstâncias judiciais e legais (agravantes e atenuantes), para depois mensurar, na etapa final, e sobre o quantum de pena já atingido, as majorantes e minorantes tanto da Parte Geral quanto da Parte Especial do Código Penal, com seus eventuais aumentos e diminuições incidentes na pena.²²⁰

Já Nelson Hungria, tido por doutrinadores como o “príncipe dos penalistas”, defendia que a dosimetria da pena deveria ser descortinada em três etapas. Numa primeira etapa deveria ser fixada a pena-base, com fulcro em atenta análise das circunstâncias judiciais elencadas no antigo artigo 42 – atual artigo 59 – do Código Penal. Partindo-se para uma segunda etapa, o juiz deveria modular a pena em observância as causas legais agravantes e atenuantes para que, na terceira e última fase, opera-se os eventuais aumentos e diminuições da pena com espeque nas majorantes e minorantes espalhadas pelo Código Penal.

O referido método de Hungria, denominado de trifásico, chegou, posteriormente, a figurar como o sistema eleito pelo Código Penal de 1969 (Decreto-Lei n. 1.004/69, arts. 52, 56, 62 e 63), mas o diploma penal jamais entrou em vigor, porque mesmo após aguardar por longa *vacatio legis*, acabou por ser revogado, retornando-se ao código anterior.²²¹

Diversas são as vantagens, segundo pontua a significativa parcela da doutrina, do método trifásico de Nelson Hungria sobre o sistema proposto por Roberto Lyra.

²¹⁹ GALVÃO, Fernando, *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pág. 76 e 77.

²²⁰ LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, 1942, pág. 173.

²²¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 151.

José Antonio Paganella Boschi, citando a doutrina clássica de José Duarte, aponta que a superioridade do “método Hungria” pode ser defendida por quatro razões distintas: 1ª) pela necessidade de um valor fixo de pena para se proceder ao aumento ou diminuição derivados das circunstâncias legais (causas agravantes e atenuantes); 2ª) pela obrigatoriedade de análise das circunstâncias legais, “de modo que estas não podem ser neutralizadas ou superadas” pelas circunstâncias judiciais; 3ª) ante o fato de que as circunstâncias judiciais são obrigatórias, frequentes, sendo que as circunstâncias legais são eventuais, esporádicas, e, com isso, representam um aumento ou uma diminuição especiais às penas encontráveis aos casos corriqueiros; e 4ª) pela importância atribuída às circunstâncias judiciais, que, a par de aumentarem ou diminuam a pena, “são um critério geral de mensuração da pena em relação ao crime considerado substancialmente ou nos limites de sua definição legal”.²²²

Não sem razão, este fora o método que se firmou na Reforma Penal de 1984²²³ (Lei 7.209/84), pois melhor alinhado com os desígnios de maior precisão na individualização da pena, bem como com os critérios de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime que nortearam a referida reforma.²²⁴

A Reforma Penal de 1984, que havia modernizado o sistema de penas e aplicação penal do Código Penal de 1940, positivou, no artigo 68 do Código Penal, “três movimentos distintos: no primeiro, busca-se a pena-base; no segundo, a pena provisória e, por último, a pena definitiva, precisamente como recomendava Hungria.”²²⁵

A toda evidência que o objetivo da referida reforma fora buscar a ressocialização (prevenção especial positiva) do condenado, dispendendo em coerência lógica no interior

²²² Idem, pág. 151 e 152.

²²³ “A Reforma Penal de 1984 tornou mais amplo o poder discricionário do juiz, acentuando, a cada passo, a tarefa de individualização da sanção penal, repetindo, em diversos momentos, os critérios de que deve lançar mão o magistrado na escolha da justa medida.

Passa a ser um *mote* a referência às circunstâncias, mormente às subjetivas, às quais cumpre o juiz recorrer para fixar sua opção por esta ou aquela modalidade de pena, por este ou aquele regime de cumprimento da pena, bem como com relação à quantidade da pena. O alargamento do poder discricionário do magistrado é, aliás, decorrência obrigatória da criação de um leque de opções, graças às penas substitutivas, a exemplo do que ocorreu na legislação italiana com a lei de novembro de 1981, Lei nº 689, considerando NUVOLONE ser ‘*uma nota característica desta reforma a ampliação do poder discricionário do juiz*’, uma discricionariedade motivada. (REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág.303).

²²⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 334.

²²⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 153.

do sistema e caracterizando-se como um programa penal que privilegia os substitutivos penais e a progressividade no cumprimento da pena.²²⁶

Ocorre que a referida coerência sistêmica acabou sendo minada²²⁷ por diversos diplomas legais que sucederam a reforma, tais como as Leis 9.714/98, 8.072/90 e 10.792/03 (as duas últimas, respectivamente, as Leis dos Crimes Hediondos e do Regime Disciplinar Diferenciado), mas mantendo-se a forma de aplicação das penas intacta, permanecendo, como dito, inalterado o método de Hungria de se individualizar as penas.

Em que pese a fórmula de Nelson Hungria seja denominada de trifásica, ou tripartite, em realidade, o sistema de individualização da pena, de modo total, é estatuído em quatro fases distintas, mas sucessivas²²⁸.

A primeira fase se trata da etapa de eleição da pena dentre aquelas cominadas no tipo penal secundário (art. 59, I, do Código Penal).

Necessário abrimos um parêntese para discorrermos acerca das três classes de penas elencadas pela Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XLVI; quais sejam: a) privação ou restrição da liberdade, b) perda de bens, c) multa, d) prestação social alternativa, e) suspensão ou interdição de direitos.

Em decorrência da estipulação constitucional, nosso Código Penal, em seu artigo 33, elenca as três classes de penas aplicáveis, tais como a 1ª) privação de liberdade: pena de prisão em reclusão ou detenção, cumprida nos regimes fechado, semiaberto ou aberto; 2ª) restrição de direitos: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestações de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição de temporária de direitos e a limitação de final de semana, conforme preceitua o artigo 44 do Código Penal e, por fim, 3ª) a pena de multa do artigo 44 do referido Código Penal.

²²⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 334.

²²⁷ Idem, págs. 335 a 342.

²²⁸ “De forma didática, é possível descrever a aplicação da pena no direito penal brasileiro como um sistema composto por quatro operações necessárias e sucessivas:

a) *Primeira etapa*, eleição da pena cabível entre as cominadas (pena privativa de liberdade, pena de multa ou pena restritiva de direito).

b) *Segunda etapa*, determinação da quantidade da pena aplicável (tempo).

c) *Terceira etapa*, fixação do regime inicial de cumprimento de pena (qualidade da pena).

d) *Quarta etapa*, avaliação da possibilidade de aplicação dos substitutivos penais (substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa ou pena restritiva de direito).” (CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 347).

Feitos estes breves, porém necessários, apontamentos, sigamos com a análise da primeira etapa de aplicação da pena, com a eleição feita pelo juiz, observando o quanto determinado dentro dos moldes do tipo penal secundário, da natureza da pena a ser imposta: privativa de liberdade, multa ou restritiva de direitos.²²⁹

Importa, ainda nesta primeira etapa, que diversos dispositivos do Código Penal, (tais como os artigos 155, §2º, 140, 150, 151, 153, 164, 169, 170, 193, 194, 205, 208, 209, 233, 234, 320, 321, 324, 325, 341, 358 e 359), e de Leis Especiais (p.ex.: artigos 1º, da Lei 8.137/90 e 22, da Lei 7.492/86), permitem a aplicação de penas restritivas de liberdade ou de multa²³⁰, cumuladas ou alternadas²³¹. Daí decorre a necessidade de eleição, por parte do magistrado, da natureza da pena a ser imposta, fundamentando, sempre, posto que por mandamento constitucional do artigo 93, IX, da Constituição da República, a sua escolha.

Há casos dispostos nos preceitos secundários dos tipos penais em que a redação legal faculta ao juiz a substituição da pena mais grave pela menos gravosa, assim como dispõe o artigo 155, §2º do Código Penal, quando retrata que “o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa”. Nestas hipóteses, conforme aponta Salo de Carvalho, estas faculdades não podem ser entendidas pelo juiz como uma discricionariedade que tem ao seu dispor, pois, a esfera de direitos do condenado impõe que, se presentes as condições objetivas para a substituição, como a primariedade e o pequeno valor da coisa furtada, o juiz deverá, obrigatoriamente, substituir a pena.²³²

Mas, caso tenha o magistrado como objetivo manter a reprimenda mais gravosa ao condenado deverá, motivadamente, com a utilização de fundamentos extraídos da conduta

²²⁹ “O modelo brasileiro de construção dos tipos penais incriminadores segue a tradição de associar ao preceito primário (conduta incriminada) um preceito secundário descritivo das penas cabíveis. Assim, p. ex., no caso do homicídio simples (art. 121, *caput*, do Código Penal), ao preceito primário (*matar alguém*) é vinculado o preceito secundário definidor das penas cabíveis (*pena – reclusão, de 6 a 20 anos*). Neste caso, o julgador não tem a possibilidade de escolher a pena cabível, pois o preceito secundário do tipo incriminador apresenta apenas uma hipótese punitiva (pena de reclusão – privativa de liberdade). Desta forma, automaticamente o juiz passaria à segunda etapa, que é a de quantificar a pena, dentro dos limites impostos pelo preceito secundário (entre 6 e 20 anos).” (CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 347).

²³⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 153.

²³¹ “Logicamente que, nos casos em que há previsão de penas cumuladas, igualmente o juiz deve passar, de maneira automática, para a segunda etapa, procedendo à quantificação de cada uma das penas previstas.” (CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 348).

²³² CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 349.

do sentenciado, visando a necessidade e a suficiência para a prevenção e a reprovação do fato, e não com espreque na gravida em abstrato do tipo penal, justificar a sua escolha.²³³

“Essa opção preliminar, como é fácil deduzir, não pode, então, ser produto do acaso, não deve refletir os humores do juiz nem deve ficar condicionada à circunstâncias específicas de determinado momento. Embora não haja na lei penal dispositivo expreso, preside-a, como parece curial, o princípio reitor da culpabilidade, de modo a que a reação do Estado não acabe sendo mais prejudicial que o dano causado pela falta ou que, pelo reverso, sendo insuficiente, atue como estímulo à prática de novas infrações.”²³⁴

Escolhida, portanto, a pena aplicável, passará o magistrado então a quantificá-la em observância ao quanto disposto no artigo 68 do Código Penal.²³⁵

²³³ “Na legislação penal ordinária, esta espécie alternada de pena pode ser encontrada em diversos tipos incriminadores, não apenas no Código Penal (arts. 135, 140, 147, 150, 163, 179, 180, § 3º, arts. 184, 233, 246, 280, 286, 331, entre inúmeros outros), mas, p. ex., nos crimes contra o consumidor (art. 63, § 2º, art. 66, § 2º, arts. 72, 73 e 74 da Lei n. 8.078/90 e art. 7º da Lei n. 8.137/90), nos crimes contra a ordem econômica (arts. 4º, 5º e 6º da Lei n. 8.137/90), nos crimes ambientais (arts. 33, 34, 38, 39, 42, 49 e 60 da Lei n. 9.605/98), entre outros. Em todos estes casos a estrutura do preceito secundário é muito similar: pena – detenção (ou reclusão) de ‘x’ a ‘y’ anos ou multa. Como no caso, p. ex., do crime de “*impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros*”, previsto no art. 72 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078), cuja pena prevista é “*detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano ou multa*”.

Em alguns casos, como na Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), há previsão de cumulação ou alternatividade entre as penas. O crime de pesca em período proibido ou local interdito (crime contra a fauna), p. ex., possui como sanção criminal a “*detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas cumulativamente*” (art. 34 da Lei n. 9.605/98). Nestes casos, conforme assinalado anteriormente, em decorrência do direito do réu à situação jurídica mais favorável, em qualquer hipótese de eleição de pena que não seja exclusivamente a multa (pena de detenção isolada ou de detenção cumulada com multa), é imperativo que o julgador demonstre convincentemente as razões de sua opção, sob pena de nulidade (tópica) da sentença por ausência de motivação.

Situação similar é a das condutas relativas ao porte de drogas para consumo pessoal, pois o art. 27 da Lei n. 11.343/2006 estabelece a possibilidade de o julgador aplicar isolada ou cumulativamente as sanções previstas no art. 28, quais sejam, (a) advertência sobre os efeitos das drogas; (b) prestação de serviços à comunidade; (c) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. A particularidade do caso reside no fato de o art. 28 da Lei de Drogas prever no preceito secundário do tipo incriminador, como hipóteses sancionatórias principais, espécies de penas restritivas de direito e de medidas, situação inédita e que rompe com a lógica carcerocêntrica da legislação penal nacional.

Na lei penal brasileira, o registro histórico mais relevante da previsão de penas alternadas, sobretudo prisão alternada com multa, é o da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688/41). Na maior parte das condutas contravencionais havia possibilidade de substituir a prisão simples pela multa. Este fato revela uma das características principais desta forma de penalidade: aplicação em casos de baixa lesividade que, conseqüentemente, comportam penas menores.” (CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 349).

²³⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 153.

²³⁵ “Cálculo da pena

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Inicia-se, assim, a segunda etapa de aplicação da pena, que comporta a determinação da quantidade de pena aplicável ao condenado (art. 59, II, do Código Penal), em observância ao já bastante referido método trifásico de Nelson Hungria.

Nesta importante fase da individualização da pena, reside uma má técnica legislativa, posto que o *caput* do artigo 68 do Código Penal, ao disciplinar o procedimento a ser observado neste segundo passo da dosimetria, reporta-se ao anterior artigo 59, do mesmo Código, artigo este que “deveria descrever a orientação mais genérica”²³⁶, mas que, com seu inciso II, acaba por tratar especificamente acerca da pena-base, coração desta segunda fase de aplicação penal.

Nessa quadra, temos que a segunda etapa de aplicação da pena consiste na concretização da pena-base, por intermédio da verificação das chamadas circunstâncias judiciais. Tratam-se tais circunstâncias como judiciais, eis que “cabe ao juiz avaliar o caso concreto, conforme critérios genéricos estabelecidos pelo legislador, e optar por uma grandeza qualitativa e quantitativa, que será tomada como base para as operações de alterações específicas das fases posteriores.”²³⁷

Noutras palavras, a pena-base é o primeiro quociente de pena alcançado pelo juiz, dentro dos patamares mínimo e máximo abstratamente instituídos no tipo penal secundário, sob a orientação expressa do artigo 59 do Código Penal, que traz diversas circunstâncias (judiciais) para a criteriosa análise do caso concreto pelo juiz, em direção ao alcance do *quantum* final da pena a ser imposta ao condenado.

Inegável que há, nesta análise das circunstâncias judiciais a ser realizada pelo juiz, verdadeiro espaço de liberdade, porém, “não se trata de uma opção arbitrária ou caprichosa do julgador, ao contrário, deve calcar-se nos elementos expressamente indicados por lei.”²³⁸

O penalista português Eduardo Correia, ao debruçar-se sobre este espectro de liberdade dado ao juiz, tem para si que o magistrado deve atuar sempre em respeito aos

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.”

²³⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 355.

²³⁷ GALVÃO, Fernando, *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pág. 120.

²³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 148.

ditames penais da prevenção geral e especial exurgidos do caso concreto, sendo necessário que o julgador considere todos os elementos do crime, bem como que as diretrizes fundamentais a serem avaliadas como a ilicitude e a culpabilidade podem apresentar variações que resultarão na quantidade de pena a ser concretizada.²³⁹

Tem-se, assim, a quantidade de pena estipulada para a pena-base sobre a qual incidirão, em sequência, as agravantes e atenuantes e, logo após, as causas de aumento e diminuição (pena-base, pena provisória e pena definitiva).

A Lei n. 11.689/2008 acabou por inserir a dosimetria da pena no Código de Processo Penal (artigo 492, I), iniciando-se, como visto acima, pela fixação da pena-base sucedida pelas circunstâncias agravantes e atenuantes, com a observância das causas de aumento e diminuição da pena, quando da determinação das regras de sentenciamento ao juiz presidente do Conselho de Sentença, nos casos de competência do Tribunal do Júri.

Importa ressaltar ainda que nos casos de determinação da pena pecuniária, de multa, as regras para o seu estabelecimento estão estipuladas não no artigo 59 do Código Penal, mas em seu artigo 49, estabelecendo-se, portanto, “um critério universal aplicável a todos os delitos em que há previsão desta espécie de pena pecuniária.”²⁴⁰

Na linha do quanto referido acima, e ainda dentro desta segunda fase geral de determinação da pena, após a fixação da pena-base como visto, respeitando-se o sistema trifásico, caminha-se para a análise da incidência das circunstâncias atenuantes e agravantes.

Tais circunstâncias, objetivas e subjetivas, que “aderem ao delito sem modificar sua estrutura típica”²⁴¹, estão elencadas nos artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal, e acarretam uma modificação no *quantum* de pena aferido na pena-base. Ocorre que a incidência destas circunstâncias na quantidade de pena estipulada para a pena-base, não tem o condão de diminuir ou mesmo aumentar a pena para além dos limites estatuídos –

²³⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 1971, v.1, 1992, pág. 320 a 334.

²⁴⁰ “Porém, alguns dispositivos específicos presentes na legislação extraordinária excepcionam a regra, estabelecendo, no próprio preceito incriminador, valores mínimos e máximos da multa – p. ex., “*oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos consumirem: pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de multa de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (...)*” (art. 33, § 3º, da Lei n. 11.343/2006). Mas são casos isolados que não chegam a desestabilizar o sistema codificado.” (CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 351).

²⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 391 e 409.

mínimo e máximo – nos preceitos secundários das normas penais. Deve o juiz, portanto, observar os limites da pena cominada em abstrato para o crime em análise.

Em sequência, mas ainda dentro desta segunda etapa de aplicação da pena, e incidente sobre o *quantum* resultante das operações anteriores, chegamos ao terceiro estágio do critério trifásico de dosimetria da pena com a avaliação pelo juiz das causas de aumento e diminuição da pena.

As causas de aumento e diminuição, previstas tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial do Código Penal, determinarão, em definitivo, a quantidade de pena a ser imposta ao condenado.²⁴²

Tais causas de aumento e diminuição, e que fecham o sistema trifásico de aplicação da pena dentro desta segunda etapa, podem conter quantidades fixas ou discricionárias de incidência e “por haver expressa previsão para as consequências do reconhecimento de determinada causa de aumento ou diminuição, é possível que os limites mínimo e máximo da cominação do tipo sejam transpostos.”²⁴³

A terceira etapa de aplicação da pena consiste na determinação do regime inicial de cumprimento da pena.

Como vimos alhures, nosso ordenamento jurídico prevê três espécies de regimes de cumprimento de pena: aberto, semiaberto e fechado.²⁴⁴ Sendo que definida a natureza da pena e a sua quantidade nas etapas anteriores, surge ao magistrado a necessidade de definir o regime inicial de cumprimento da reprimenda alcançada.

Para tanto, novamente deve o juiz lançar mão dos critérios do artigo 59 do Código Penal (circunstâncias judiciais) e, fundado no critério de suficiência para a reprovação e prevenção do crime praticado, estabelecer motivadamente o regime inicial de cumprimento da pena lançada.

Nos termos do artigo 33, §1º, do Código Penal, regra geral, a pena de reclusão deverá ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto; a pena de detenção em regime semiaberto e aberto. Em observância ao §2º do mesmo artigo, o sistema de cumprimento

²⁴² GALVÃO, Fernando, *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pág. 125.

²⁴³ Idem, pág. 125.

²⁴⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 355.

de pena será desenvolvido de forma progressiva, partindo-se do regime mais gravoso ao mais brando, inserindo-se dessa forma o condenado no sistema penal sempre em busca de sua liberdade.

Interessante, todavia, o alerta de Salo de Carvalho, no sentido que o estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena pelo juiz será sempre provisório, eis que será durante a execução da pena, em âmbito da individualização da pena em fase executória, que o cumprimento da sanção, e o seu regime, será melhor particularizado.²⁴⁵

“Em realidade, a volatilidade qualitativa da pena garantida no Código Penal permite afirmar que dificilmente o condenado cumprirá a integralidade de sua pena em um mesmo regime. No entanto, isto não significa que a flexibilidade da pena ocorra tão somente em benefício do condenado (progressão de regime). O próprio art. 33, § 2º, do Código Penal, institui a possibilidade de regressão, ou seja, a hipótese de transferência do apenado para um regime mais rigoroso em decorrência, p. ex., de condenação por falta grave ou concurso de delitos.”²⁴⁶

Por fim, a quarta etapa de aplicação da pena traz o dever ao magistrado sentenciante de verificar a possibilidade de substituição da pena de prisão até então já definida e com o seu regime inicial de cumprimento estipulado por alguma das penas restritivas de direitos.

Trata-se da etapa da verificação dos substitutos penais. Em que se analisa a possibilidade de substituição da sanção privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, inclusive por pena pecuniária, visando o desencarceramento do condenado.

E isso porque a Reforma de 1984 positivou três substitutivos penais: a) prestação de serviço à comunidade ou a entidade pública, b) interdição temporária de direitos e c) a limitação de finais de semana do condenado.

²⁴⁵ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 356: “Apenas nos casos de condenação por porte de drogas para uso pessoal inexistente hipótese de reconversão. O motivo principal é o de que as penas restritivas foram estabelecidas como sanção autônoma no preceito secundário do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Em caso de eventual descumprimento, o § 6º do mesmo dispositivo legal prevê sanções específicas (admoestação verbal e multa), excluindo explicitamente a possibilidade de conversão da pena restritiva em prisão. Ademais, reforça este argumento o fato de a Lei n. 11.343/2006 ter vedado expressamente a possibilidade de prisão processual (art. 48, § 2º), o que demonstra nitidamente a intenção de excluir o consumidor de entorpecentes de qualquer regime prisional (prisão processual ou prisão-pena).”

²⁴⁶ Idem, pág. 356.

Sucedeu que a Lei 9.714/98 acabou por ampliar o rol acima especificado, trazendo duas novas formas de substituição da pena de prisão, tais como pela prestação pecuniária e ante a perda de bens e valores.²⁴⁷

Caso o condenado descumpra as medidas substitutivas impostas, tem o juiz da execução penal o dever de reverter a pena restritiva de direitos em pena de prisão, observando os exatos moldes da dosimetria realizada na sentença, quando das fases anteriores ao da apontada substituição.

Por fim²⁴⁸, não se mostrando possível nenhuma substituição da pena de prisão por restritivas de direito, caberá ao magistrado, ainda, verificar a possibilidade de suspensão condicional da pena, “deixando de dar execução à pena privativa de liberdade, por razões de política criminal.”²⁴⁹

2.3. Circunstâncias judiciais: a fixação da pena-base

Vimos no tópico anterior que o método trifásico de Nelson Hungria, positivado no artigo 68 do atual Código Penal, se desenvolve em três fase distintas, porém coligadas, visando o fim último de estabelecer o *quantum* de reprimenda a ser cumprido pelo sentenciado.

Desta fórmula legal de cálculo de pena, temos que o primeiro passo é a importante fixação da pena-base. A pena-base, portanto, inaugura a quantidade de pena a ser imposta, tornando-se o piso em que as demais fases poderão, eventualmente, incidir para aumentá-lo ou mesmo diminuí-lo.

²⁴⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 357.

²⁴⁸ Há autores, como Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, que ao analisarem as regras sobre a aplicação da pena, em que pese criticarem o legislador em relação à ordem estabelecida para fixação da reprimenda, alegando que a fixação do regime não poderia anteceder o exame da substituição da prisão, chegam a enumerar, de forma bastante abrangente, dez etapas a serem observadas ao juiz na aplicação da pena. Tais etapas resumir-se-iam em: “(a) verificação da necessidade da pena (princípio da necessidade concreta da pena); (b) escolha da pena (quando alternativas); (c) quantificação da pena de prisão (que segue ao sistema trifásico); (d) quantificação da pena de multa (que segue o sistema bifásico); (e) aplicação de eventual efeito específico da condenação (CP, art. 92); (f) eventual substituição da prisão; (g) eventual aplicação do *sursis*; (h) fixação do regime inicial; (i) deliberação sobre o direito de apelar em liberdade; 10ª.) determinações finais (mandado de prisão, custas etc.).” (*Direito Penal Parte Geral Volume 2*. São Paulo: RT, 2007, pág. 726).

²⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 155.

Mas, afinal, quando tratamos de pena-base, do que estamos tecnicamente a falar? Interessante que o atual Código Penal não desceu ao grau de conceituá-la, como o fez o revogado Código Penal de 1969, apontando para “a pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria, se não existisse a circunstância ou causa que importe o aumento ou diminuição da pena”.

Portanto, deste norte intelectual extraído do revogado Código, retiramos, com o apoio da análise de Paganella Boschi²⁵⁰, que ela se trata da primeira referência quantitativa de pena, uma “necessidade prática e vinculada à aplicação mesma do sistema.” Verdadeiro fundamento, “ponto de partida de uma operação, unidade sobre que assentam ulteriores acréscimos e diminuições”, enfim, como seu próprio nome revela e à luz do artigo 68 do Código Penal, base de construção da pena.

Nesse mesmo prisma, Paulo César Busato e Silvia Neves Mayer, apontam que a pena-base se trata de um resultado, em que se alcança por análise do fato, do seu autor e sob a ótica do princípio da culpabilidade, extraindo-se deste resultado um ponto de partida para a busca do *quantum* final de pena.²⁵¹

Como o primeiro e importantíssimo passo na fixação da quantia de pena, eis que sobre a pena-base incidirão tanto as agravantes e atenuantes quanto as causas de aumento e diminuição, “qualquer avaliação equivocada proliferará efeitos cumulativos nas penas provisória e definitiva e, inclusive, nos momentos de definição do regime inicial e da aplicação dos substitutos penais.”²⁵²

Agregando-se ao efeito cascata acima referido, Zaffaroni e Pierangeli levantam sensível questão acerca da necessidade de bem ser compreendida a fixação da pena-base com as suas circunstâncias judiciais, pois, a superficialidade no tema pode levar a abusos, ante a margem de discricionariedade incidente nesta etapa de fixação da pena, que, como

²⁵⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 160.

²⁵¹ “O produto final de variáveis que individualizam o fato e seu autor, com vistas à composição de um ponto de partida geral para a pena correspondente às exigências do princípio da culpabilidade” (BUSATO, Paulo César. MAYER, Silvia Neves. *Pena-Base (conceito, fundamentos e limites)*. In: BUSATO, Paulo César e CARUNCHO, Alexei Choi. *Teoria da Pena*. Curitiba: Juruá, 2014.

²⁵² CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 357.

dito, se mal compreendida levaria o juiz a ultrapassar a fronteira de uma legítima discricionariedade e praticar o arbítrio judicial.²⁵³

Sob um ângulo procedimental, a pena-base é construída por intermédio da análise das oito circunstâncias judiciais, que se tornam diretrizes inseridas no artigo 59 do Código Penal. Por tal feita, cumpre-nos, mesmo que de forma abreviada, analisar todas as referidas oito circunstâncias judiciais, estabelecidas no artigo 59 do Código Penal.

Mas, antes, se faz necessário conceituar as circunstâncias judiciais, que se diferem das circunstâncias constitutivas da tipicidade penal (elementares do tipo), bem como das qualificadoras, que modificam a estrutura típica estabelecendo, no preceito típico secundário, uma nova quadratura penal, novos patamares mínimos e máximos de pena em abstrato. Tais circunstâncias judiciais não se identificam, igualmente, com as agravantes e atenuantes ou mesmo com as majorantes ou minorantes.²⁵⁴

Circunstância (*circum e stare*), segundo o magistério de Paganella Boschi, comporta o significado de tudo aquilo que rodeia algo, que está no seu entorno, ao redor, e judiciais porque tais circunstâncias são valoradas exclusivamente pelo juiz quando de sua análise do caso concreto, situação que se opõe, como no exemplo citado por Boschi, às circunstâncias legais, que recebem uma valoração apriorística realizada pelo legislador, ou seja, a carga valorativa atribuída as tais circunstâncias legais não pode ser realizada pelo magistrado, porque sua métrica já foi fixada quando da individualização da pena legislativa.²⁵⁵

“São denominadas como judiciais as circunstâncias do art. 59 e de legais as demais espécies porque quem confere em concreto a carga de valor para cada uma delas é o juiz no momento em que estiver individualizando a pena-base, ao passo que a carga de valor das circunstâncias legais é estabelecida pelo legislador e não pode ser alterada pelo magistrado.

Assim, por exemplo, os antecedentes ou a conduta social – como circunstâncias judiciais – poderão ser valorados positivamente num processo e negativamente em outro processo, tudo dependendo das informações sobre a folha corrida ou o comportamento do acusado em sociedade, respectivamente.

²⁵³ *Manual de Direito Penal Brasileiro: V.1.: parte geral*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999., pág. 825.

²⁵⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 377.

²⁵⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 161.

De outro lado, a reincidência como agravante (art. 61, I), a menoridade como atenuante (art. 65, I), o emprego de arma no roubo (art. 157, §2º, I) como majorante ou o relevante valor social no homicídio (art. 121, §1º), como minorante, necessariamente agravarão, atenuarão, exasperarão ou minorarão as penas-bases e provisória, restringindo-se a função judicial a proceder os cálculos em acordo com o sentido proposto pela circunstância agravante, atenuante, majorante ou minorante.”²⁵⁶

Ocorre que parcela da doutrina enxerga uma problemática nesta abertura interpretativa, ou mesmo valorativa, trazida pelas circunstâncias judiciais, ao ponto de se revelarem como categorias que de tão abertas possibilitam uma desordem analítica e o que levaria a uma utilização não garantista pelos magistrados, posto que fruto de uma desordem interpretativa.²⁵⁷

Em que pese tais críticas, vejamos que as circunstâncias judiciais podem ser elencadas em dois grupos: subjetivas e objetivas. Sendo que as cinco primeiras são de natureza subjetiva enquanto que as três últimas de cunho objetivo.

Feitas estas explicações, observando a ordem sistemática do referido artigo 59 do Código Penal, passemos, por primeiro, a analisar a circunstância judicial da culpabilidade.

2.4. Circunstâncias judiciais: a culpabilidade

A moderna e específica doutrina penal, quando trata do conceito de culpabilidade aplicado à dosimetria da pena, como instrumento de dosagem da reprimenda, traz significativas críticas bem no sentido de se tratar de um conceito “dos mais obscuros do direito penal.”²⁵⁸

E isso porque a dogmática penal de forma ampla pouco tem se dedicado ao longo dos últimos anos a esta importante temática, deixando um vazio conceitual com efeitos perniciosos para uma tentativa de racionalização da dosimetria penal, tendo-se preocupado

²⁵⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 161.

²⁵⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, pág. 751.

²⁵⁸ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da pena, fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 115.

muito mais com aspectos específicos da dosimetria, tais como, por exemplo, as demais circunstâncias, as atenuantes e agravantes e etc.²⁵⁹

Encabeçando as críticas acima referidas, Adriano Teixeira descortina que a problemática reside, em muito, na situação de que da culpabilidade derivam diversos significados que abrangem uma incidência múltipla no direito penal, desde figurar como princípio limitador da intervenção estatal, inserido no “nulla poena sine culpa”, perpassando por categoria do crime, tida aqui como culpabilidade em sentido estrito e com sua exigência de imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, até chegar-se à dosimetria, como critério de medida da pena e tratada como culpabilidade em sentido amplo.²⁶⁰

Teixeira nos adverte ainda que se tem “como óbvio que a quantidade de pena não deve ser medida somente conforme ‘a reprovabilidade pessoal’ ou segundo a imputabilidade e a possibilidade de conhecimento da ilicitude”²⁶¹, arrematando que os dois elementos do crime que formam o injusto, a tipicidade e a ilicitude, são considerados como elementos inerentes a uma possibilidade de aplicação da pena.

Por fim, o autor consente que a culpabilidade como fator de quantidade de pena está ligada a um conceito amplo, como culpabilidade em sentido amplo, “que engloba a culpabilidade em sentido estrito, o injusto e eventuais demais fatores de aplicação da pena.”²⁶²

Perpassando ensinamentos clássicos, como o de Bruns, que, segundo a natureza das coisas, há uma ruptura sistemática entre a imputação e a aplicação da pena, conceito este que dominou o direito brasileiro revelado pela ampla utilização de conceitos pessoais do agente na fixação da reprimenda²⁶³, Adriano Teixeira conclui que o injusto culpável, o crime, observada a teoria tripartida, é o ponto de referência da dosimetria da pena, vejamos nas palavras do citado autor:

²⁵⁹ Idem, pág. 116.

²⁶⁰ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da pena, fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2015, págs. 116 e 117.

²⁶¹ Idem, pág. 118.

²⁶² Ibidem, pág. 118.

²⁶³ “A incorreção dessa concepção foi denunciada por Frisch. Este aponta corretamente que ela abriria as portas para uma valoração ilegítima da personalidade do delinquente e tornaria substrato de determinação da pena fatores não cobertos pela culpabilidade (do fato) do agente, o que estaria, evidentemente, em desacordo com o princípio da culpabilidade.” (TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da pena, fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2015, págs. 119).

Isso significa que injusto e culpabilidade *strictu sensu*, em razão dos significados e funções diversas que cumprem no sistema do delito, possuem sentidos autônomos e distintos no processo de fixação da sanção criminal. [...].

Antes, porém, cumpre salientar que uma concepção de determinação da pena orientada às categorias do delito, a fixação definitiva da sanção pode vir a depender das diferentes concepções dogmáticas que formam essas categorias.

[...].

Portanto, eventuais variações na pena irão depender de soluções de controvérsias cuja sede é a teoria do delito. Este seria, digamos, o ônus de uma teoria da aplicação da pena voltada à teoria do delito. Isso permanece correto, muito embora determinadas correntes dogmáticas, especialmente no âmbito da teoria da culpabilidade *strictu sensu*, já devam ser desde logo rechaçadas, por incompatíveis com um direito penal do fato, e por consequência, com a teoria da pena proporcional ao fato.

[...].

Agarrando-se firmemente a essa concepção liberal de culpabilidade e excluindo da determinação da pena possíveis majorantes com fundamento na prevenção especial, alcança-se facilmente a já conhecida bandeira da teoria proporcionalidade pelo fato, qual seja, a drástica redução dos fatores de medição da pena ligados à personalidade do agente. Não é supérfluo lembrar que essa exigência não se baseia meramente em razões pragmáticas, ligadas à dificuldade prática que tem o magistrado de proceder a uma análise da personalidade do réu durante a instrução criminal, mas sim deriva-se de um entendimento rígido dos princípios da culpabilidade e da legalidade.”²⁶⁴

Nessa linha, a toda evidência que a culpabilidade se trata de circunstância judicial de grande importância, mas que comporta intensas críticas ante a sua forma de entendimento disseminado principalmente jurisprudencial.

Nesse mesmo prisma, Tatiana Stoco, em substancioso trabalho de doutoramento sobre o tema, aponta que a forma de entendimento majoritário nas doutrina e jurisprudência nacionais carrega um critério de grande subjetividade.

²⁶⁴ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da pena, fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2015, págs. 122 a 127.

Bem no sentido de que o consenso entre os doutrinadores é o de que “a culpabilidade é a medida graduável da reprovabilidade que se faz ao autor pelo seu fato”, mas apontando que, acerca do “conteúdo dessa reprovabilidade, por outro lado, não há qualquer uniformidade.”²⁶⁵

Quanto ao entendimento jurisprudencial, Stoco discorre que as decisões caminham em um consenso para relacionar a culpabilidade com aspectos subjetivos do autor do crime, tais como sua crueldade, frieza, desejos de vingança e de obter ganhos fáceis, violações de deveres de moralidade e até mesmo, situação de especial relevância para este trabalho, uma maior gravidade do crime pela espécie ou grau hierárquico do cargo ocupado pelo réu quando da prática do delito. Sendo que minoritariamente, a autora menciona o posicionamento jurisprudencial que limita o conceito de culpabilidade aos aspectos “ligados à gravidade e às circunstâncias do crime.”²⁶⁶

Sintetiza, Tatiana Stoco, que o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência se firma na reprovabilidade: “para a medida da pena, culpabilidade é reprovabilidade que se dirige ao autor por não haver agido de modo diverso, quando podia fazê-lo.”²⁶⁷

Miguel Reale Júnior, um dos autores da Reforma Penal da Parte Geral de 1984, mesmo modificando recentemente seu entendimento, pois agora negando a possibilidade de o juiz, com base na teoria simpatética, apreender o “poder agir conforme a norma” do acusado, que defendia pela experiência judicial fruto da análise global de dados, do histórico, da situação vivida pelo réu, contudo permanece reconhecendo que a culpabilidade como circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal liga-se diretamente ao conceito de reprovabilidade.

Não quanto à aferição de sua existência, mas acerca da análise do seu grau, da sua intensidade, ou seja, da reprovabilidade.²⁶⁸

Deste entendimento do culto Professor das Arcadas, temos que a culpabilidade como juízo de “dosagem” da reprovação penal constitui-se em decorrência da análise do

²⁶⁵ STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2019, pág. 25.

²⁶⁶ Idem, pág. 25.

²⁶⁷ STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2019, pág. 26.

²⁶⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. Op.cit., pág.54 a 56.

reconhecimento do potencial conhecimento da ilicitude, de uma exigibilidade de conduta diversa, e por um juízo moral de censura, funcionando como limite da pena quando, diante da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime, se graduar a justa medida penal.²⁶⁹

Noutro prisma, mas em interessante abordagem, Antonio Luis Chaves Camargo entende não ser possível, empiricamente, que seja apurado o grau da culpabilidade, da reprovabilidade do agente culpável, e relacioná-la diretamente com o *quantum* de pena a ser estipulado, defendendo que a culpabilidade se trata de um conceito geral formado pelos demais elementos do artigo 59 do Código Penal, tais como os antecedentes, a conduta social, personalidade, motivos e etc., no sentido de que todos estes preencheriam o conceito de culpabilidade, de uma forma explicativa, pois tais circunstâncias judiciais não seriam independentes.²⁷⁰

“Os demais elementos do art. 59 do Código Penal (antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima) integram todo o conceito de culpabilidade, podendo-se dizer que são explicativos e não elementos independentes daquele.”²⁷¹

Em que pese a posição de Chaves Camargo, Tatiana Stoco tece importante crítica acerca da utilização da culpabilidade como juízo de censura, especialmente no que tange

²⁶⁹ Idem, pág. 56. Ainda sobre o tema: “A *culpabilidade*, como critério básico e principal na fixação da pena, vem mencionada em primeiro lugar. A culpabilidade é entendida em termos de *culpabilidade normativa*, ou seja, importando tanto o exame de reprovabilidade do *ato* como a do seu autor.

A culpabilidade, enquanto juízo de valor, pode vir excluída, se o ato não é reprovável, visto a presença de requisitos objetivos (perigo certo e atual, inevitabilidade de outro meio de ação) tornarem não censurável a conduta. A culpabilidade normativa, contudo, não se limita às hipóteses de “reprovação” e “não reprovação”, pois se culpável a ação, é imprescindível saber em que medida merece censura, reprovação, constituindo--se a culpabilidade como limite da pena.

O agente é tanto mais culpado quanto tenha proporcionado pelo modo de vida, pelos padrões de comportamento, pela formação de sua personalidade (na medida em que se sujeita à sua livre-opção), a facilitação à prática do delito.

São, portanto, especificações do termo genérico “culpabilidade”, as indicações dos critérios: antecedentes, conduta social, personalidade, motivos.

O agente será merecedor da maior reprovação se o fato praticado revelar-se, em análise da subjetividade, expressa na sua biografia, como consequência esperada de seus antecedentes, bem como de seu particular modo de ser, da sua escolha de valores e das tendências que preferiu desenvolver em detrimento de outras potencialidades positivas.” (REALE Jr., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, pág. 303).

²⁷⁰ CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, pág. 153.

²⁷¹ Idem, pag. 153.

ao seu uso para os fins de reprovar aspectos da esfera íntima do agente condenado, de sua subjetividade, ante a falta de uma “justificação convincente.”²⁷²

Indaga, Stoco, acerca da existência de uma concreta necessidade da “censura pessoal da vontade e à reprovação da atitude interior, para uma pena adequada à culpabilidade”²⁷³, no sentido de que a adoção, pelo nosso sistema penal, de uma culpabilidade pelo fato, com a verificação de responsabilidades penais extraídas unicamente da conduta, e não de aspectos da personalidade do agente criminoso, não dá margem para um exercício que a autora caracteriza como arbitrário, posto que, por vezes, extraído unicamente de indícios e que de certa forma inapreensíveis pelas esferas judiciais, senão por peritos no assunto.²⁷⁴

Segue Tatiana Stoco com a crítica de uma verdadeira desnecessidade desta tentativa de imersão no aspecto subjetivo do condenado, eis que, aponta a autora, caso a situação concreta demande uma maior reprovação da conduta delituosa, outros fatores podem ser igualmente sopesados, extraídos do aspecto objetivo da conduta e que levarão conseqüentemente ao mesmo aumento da reprimenda.

A autora elenca circunstâncias, tais como a intensidade do sofrimento da vítima, que poderiam, de forma objetiva e dotada de maior racionalidade, servir de base em substituição aos aspectos subjetivos desvalorados visando o incremento da reprimenda e afastando, por exemplo, circunstâncias subjetivas como da intensidade da crueldade e perigosidade do agente.²⁷⁵

Em seqüência com a substanciosa crítica de Stoco, e agora em ataque ao fator de aumento de pena extraído da “reprovabilidade”, que muitos magistrados lançam mão²⁷⁶, a autora imputa que o critério da reprovabilidade, ou mesmo fruto de termos muito utilizados no foro, tais como por uma “especial reprovabilidade do agente”, se trata, nas palavras da

²⁷² STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2019, pág. 33.

²⁷³ Idem, pág. 33.

²⁷⁴ STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2019, pág. 34.

²⁷⁵ STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2019, pág. 34.

²⁷⁶ “No caso, percebe-se que a pena-base do recorrente foi exasperada em razão do maior desvalor da vetorial culpabilidade. A culpabilidade, para fins do art. 59 do Código Penal, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censura do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito.” (AREsp n. 1.964.508-MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 29/03/2022, DJe 01/04/2022).

autora, de uma carta branca para qualquer maneira de reprovação, “segundo o que o julgador, pessoalmente, considera censurável: seja porque o autor foi especialmente agressivo ou porque possuía formação superior ou, ainda, porque um terceiro em seu lugar ‘certamente teria podido agir de modo diverso’ etc.”²⁷⁷

E arremata, alertando que a “a capacidade de agravamento da culpabilidade, segundo esta interpretação, é limitada apenas pelo limite máximo de pena previsto pelo tipo penal.”²⁷⁸ Nesse prisma, a autora traz que o fator de agravamento da pena extraído da reprovabilidade vai de encontro com as normas inseridas no Código Penal, que prescrevem tão somente hipóteses de exclusão ou diminuição da pena, como, por exemplo, nos artigos 21 e 26 do referido diploma legal, que tratam do erro vencível e da incompleta capacidade de compreensão da ilicitude do fato.

Por fim, Tatiana Stoco arremata que mesclar a culpabilidade com a reprovabilidade, extraindo-se esta daquela, ausente qualquer critério de referência acerca do termo reprovabilidade, resulta em termos vagos, vazios de conteúdo, que por pecarem por uma discricionariedade desvinculada de elementos concretos, não podem “servir de orientação para a determinação da medida da pena”²⁷⁹.

Insere-se, exatamente neste contexto, as críticas de Adriano Teixeira contra a jurisprudência que se formou no Superior Tribunal de Justiça, muito no que tange a uma exasperação da pena-base com espeque numa maior reprovabilidade da conduta do agente, pois aponta o referido autor que este se trata unicamente de um conceito negativo, “a exasperação tem que se dar por alguma circunstância que não seja ‘inerente ao tipo penal.

²⁷⁷ STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2019, pág. 34.

²⁷⁸ STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2019, pág. 34.

²⁷⁹ STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2019, pág. 35: com a conclusão de que “Diante dessas objeções e dificuldades, a pergunta sobre o significado do conceito de culpabilidade para a medida da pena parece não ser suficientemente respondida a partir da equivalência com o conceito sistemático de culpabilidade ou com o entendimento da doutrina a respeito desta categoria. Nem os elementos que a constituem podem fornecer um conteúdo constitutivo para a medida da pena, nem a ideia de ‘reprovabilidade’ confere segurança quanto ao que se reprova, resultando em uma atribuição arbitrária de sentido e conteúdo. Por fim, recorrer à atitude interior do agente e a elementos inerentes à sua subjetividade, na tentativa de buscar o conteúdo de reprovabilidade, por sua vez, é um recurso que carece tanto de justificação convincente como de possibilidade de apreensão pelo magistrado.”

Contudo, o que positivamente constitui ou pode constituir essa reprovabilidade não é dito.”²⁸⁰

Conclui, Teixeira, nesse ponto, que a culpabilidade do artigo 59 do Código Penal “deve ser entendida em sentido amplo”. Bem no trilho de se superar a ideia de reprovabilidade como sedimentada na jurisprudência, por suas falhas que comportam grande imprecisão terminológica e uma abertura perigosa para um apenamento do autor de crime extraído da moral do julgador, reprovando-se uma conduta que eventualmente realizada pelo autor do delito esteja fora do âmbito do tipo penal.²⁸¹

Na mesma linha dos alertas referidos acima, estão os professores João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, quando centram oposição a forma padrão, principalmente dos tribunais superiores, de aplicar a pena utilizando-se do grau de reprovabilidade da conduta do autor do crime em face do injusto cometido.²⁸²

“Pelo discurso-padrão, apesar de nossa resistência, os juízes devem estabelecer o grau de reprovabilidade da conduta do agente pelo injusto praticado.

Nossa resistência centra-se em dois pilares, pois, primeiro, o próprio termo ‘reprovabilidade’ carece de conteúdo e, segundo, não há critérios precisos para censurar o agente. Eis por que, não raro, ao proceder a essa valoração, alguns juízes a confundem com a culpabilidade como elemento integrante da conduta proibida. Veja-se, por exemplo, correção de decisão pelo Superior Tribunal de Justiça: ‘Não pode ser considerada como fundamento apto a elevar a reprimenda acima do limite mínimo a potencial consciência da ilicitude, necessária a caracterização do próprio delito’ (STJ, 5a Turma, HC n. 109.831/DF, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 1o-2-2011). Essa prática ofende o princípio ne bis in idem, como se infere deste julgado: ‘Mostra-se imprópria a análise do conceito analítico de crime por ocasião da dosimetria da pena, porque a culpabilidade trazida no art. 59 do Código Penal não se confunde com aquela examinada para se aferir a existência ou não do crime’ (5a Turma, HC n. 224.181/MG, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJ 3-9-2012). Apenas parte da doutrina observa a mesma impropriedade: ‘Se constata no cotidiano judicial a precipitada interseção, em regra em prejuízo do réu, entre o juízo de reprovabilidade utilizado para a caracterização da culpabilidade e a fundamentação relativa à culpabilidade no momento da aferição da pena-base’.

Em segundo lugar, também é importante evitar que se valore simplesmente o autor da conduta e não a própria conduta. Concordamos com Maria Lúcia Karam ao afirmar que ‘a culpabilidade refere-se sempre e tão somente ao ato realizado.’”²⁸³

²⁸⁰ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da pena, fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2015, págs. 134.

²⁸¹ Idem, pág. 135.

²⁸² MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, pág. 752.

²⁸³ Idem, pag. 752 e 753.

Nesse mesmo contexto, Rodrigo Duque Estrada Roig traz críticas interessantes sobre a questão de um apenamento voltado ao que o sujeito representa, na sua condução de vida, em seu caráter, atentando contra sua autonomia moral²⁸⁴, apontando que a identidade entre culpabilidade e reprovabilidade produz um moralismo inaceitável com a adoção frente à adoção de um moderno Estado Democrático de Direito.²⁸⁵

O juízo de culpabilidade exaurido na pessoa do agente, a par de outras críticas, torna absolutamente imprevisível e incontrolável o processo de avaliação penal, uma vez que procura justificar a pena a partir de um ato interior do acusado, dele fazendo ilações muitas vezes despidas de veracidade e materialidade, as- sim como atentatórias à autonomia moral do indivíduo.²⁸⁶

Após realizar um esboço acerca da culpabilidade em Zaffaroni²⁸⁷, que defende tratar-se do “juízo necessário para atrelar de maneira personalizada o injusto ao seu autor, operando como principal indicador do máximo da magnitude de poder punitivo que pode ser sobre este exercido”, Rodrigo Roig acentua que seria incorreto caracterizar a culpabilidade como fundamentadora e, ao mesmo tempo, limitadora da intervenção penal, eis que em ambos seus aspectos a culpabilidade terá sempre uma função limitadora do poder punitivo estatal, de verdadeiro contra-poder punitivo.²⁸⁸

²⁸⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 140. Verbis: “O juízo de culpabilidade exaurido na pessoa do agente, a par de outras críticas, torna absolutamente imprevisível e incontrolável o processo de avaliação penal, uma vez que procura justificar a pena a partir de um ato interior do acusado, dele fazendo ilações muitas vezes despidas de veracidade e materialidade, as- sim como atentatórias à autonomia moral do indivíduo.”

²⁸⁵ Idem, pág. 139.

²⁸⁶ Ibidem, pág. 139.

²⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: V.1.: parte geral*. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 506 e seguintes.

²⁸⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 142. Verbis: “De fato, a culpabilidade relativa à aplicação da pena não se confunde com aquela elementar do delito (culpabilidade típica). Enquanto a culpabilidade típica deve — renunciando à sua conotação de reprovação — se apresentar como o limite máximo da intervenção penal estatal sobre aquele que cometeu o fato delitivo, a culpabilidade afeta à injunção penal — elemento informador basilar da circunstância judicial da culpabilidade descrita no art. 59 do CP — deve ser pautada segundo o maior ou menor esforço do agente para alcançar a situação de vulnerabilidade à seletividade do poder punitivo.

Nessa óptica, quanto maior o esforço de autoimersão em uma situação de vulnerabilidade, ‘menor será o espaço de que dispõe a agência judicial para obstaculizar uma resposta criminalizante ou para diminuir a intensidade da resposta’. A perspectiva redutora ora defendida, todavia, entende que a culpabilidade do agente que despendeu maior esforço para atingir a situação de vulnerabilidade não deve ser compreendida como reprovação ou censura, mas como um juízo de constatação ou responsabilidade estritamente jurídico, despido de valorações morais.

A par de todas as particularidades e minúcias que envolvem a compreensão da culpabilidade, uma constatação se faz imperiosa em um novo horizonte constitucional: todas as dimensões da culpabilidade constituem vertentes de um mesmo fenômeno (reductor), oferecendo cada qual importantes subsídios de contenção do poder punitivo por parte da agência judicial.

Por tal feita, descreve Rodrigo Duque Estrada Roig que, em que pese o nítido desrespeito à legalidade, eis que o artigo 59 do Código Penal não prevê expressamente a reprovabilidade da conduta, pois se trata de conceito extraído das medidas de segurança, a gravidade concreta da conduta não vem a ser modulada pelo modo de vida do acusado ou mesmo por seu comportamento durante a persecução penal, contribuindo com a persecução ou então calando-se em seu interrogatório, mostrando frieza ou seu não arrependimento.²⁸⁹

Não há falar, portanto, em uma culpabilidade fundamentadora e outra limitadora da intervenção penal. Ambas desempenham funções distintas, em momentos distintos, todos porém convergentes no sentido de reduzir o espectro e a intensidade da intromissão estatal. Em outras palavras, ambas devem ser limitadoras da habilitação desmesurada do poder punitivo, cada qual operando em sua respectiva esfera analítica.”

²⁸⁹ Idem, pág. 144. Nesse mesmo sentido está a crítica de Salo de Carvalho, quando discorre que é “Importante notar, porém, que a questão de fundo que parece orientar este posicionamento é a da adoção da ideia de culpabilidade como reprovabilidade, conforme amplamente discutido no momento das projeções da concepção agnóstica (ou negativa) da pena na culpabilidade. Isto porque é a noção de culpabilidade como juízo de reprovação ou de censura que legitima a análise de circunstâncias (objetivas ou subjetivas) extratípicas, situação que comumente transforma a decisão judicial em um julgamento moral da conduta de vida do réu – a afirmação de Hungria no sentido da necessidade de o juiz extrair do réu seu saldo credor ou devedor é exemplar. A lógica da reprovabilidade fomenta perspectivas eticizantes, corrompendo o princípio da secularização, mesmo no interior de modelos constitucionalizados de direito penal do fato.

Problemas similares ocorrerão, inclusive, com as demais circunstâncias subjetivas previstas no caput do art. 59 do Código Penal (conduta social, personalidade e motivos).

Exatamente por isso a necessidade de superação da ideia de reprovabilidade a partir da afirmação da culpabilidade como critério (ou juízo) de responsabilização. Significa, portanto, na especificidade da aplicação da pena, que os aspectos subjetivos a serem analisados devem ser exclusivamente aqueles que, na teoria do delito, permitem a imputação subjetiva do delito ao seu autor, ou seja, capacidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de comportamento. A limitação da graduação da pena aos elementos da culpabilidade normativa e às circunstâncias objetivas (circunstâncias e consequências do fato) permite um maior controle do arbítrio judicial, capacitando decisões que poderiam ser definidas como extramoras ou secularizadas.

A redução das circunstâncias subjetivas aos elementos da culpabilidade e a exclusão dos dados extratípicos não retiram o réu do seu contexto de vida. Otimizar o princípio da secularização evidentemente limita a valoração judicial, mas às circunstâncias que influenciaram o autor na tomada de decisão relativa ao ilícito, nos termos anteriormente expostos relativos aos aspectos que podem ser valorados pelo juiz na culpabilidade.

Logicamente que seria possível contra-argumentar no sentido de que os antecedentes criminais influenciam no conhecimento da ilicitude, gerando níveis distintos de exigibilidade de comportamento. E a assertiva é correta: é inegável que uma pessoa que tenha sido condenada anteriormente, sobretudo pelo mesmo delito, possua uma maior compreensão do ilícito, diferentemente de um sujeito com bons antecedentes – note-se que esta é apenas uma das hipóteses, porque na metodologia do Código Penal qualquer condenação anterior será valorada, mesmo que não tenha qualquer relação com o fato em julgamento.

Neste caso específico, porém, o critério de limitação, para além da incidência do princípio da secularização que impõe a superação do juízo de censura moral pela conduta de vida (reprovabilidade), é o da proibição da dupla incriminação, em razão de o fato anterior ter gerado um processo penal específico com suas consequências próprias (pena). (CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 395).

2.5. Circunstâncias judiciais: os antecedentes do agente

Etimologicamente a palavra antecedente corresponde ao que antecede, acerca daquilo que está antes e em direito penal é o que “permite conhecer a *vita ante acta* do acusado, ou seja, a sua folha corrida certificada por servidor judiciário, com base nas informações cartorárias.”²⁹⁰

Sucedo que a análise dos fatos anteriores ocorridos na vida do réu se trata de uma verificação, pelo magistrado sentenciante, de situações jurídicas que não possuem relação direta com o objeto do processo que está sendo sentenciado. Justamente por essa questão, de uma sentença condenatória reforçada por situações trazidas de “fora dos autos”, é que a doutrina atual tece críticas e constrói limites para sua utilização.

Isso porque a história judicial nos demonstra que a jurisprudência de outrora autorizava uma ampla análise acerca dos registros de ocorrências, inquéritos policiais em curso, processos-crimes instaurados ou arquivados, “por sentenças mesmo absolutórias ou extintivas da punibilidade, desabonassem os antecedentes.”²⁹¹

Diante desse cenário, autores como Paganella Boschi advogavam desde outras épocas a declaração de inconstitucionalidade dessa forma ampla de análise dos antecedentes do acusado, ante uma odiosa punição reflexa, a ferir o princípio – ou dever de tratamento – da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).²⁹²

Ocorreu que felizmente a posição doutrinária acima exposta encontrou eco na jurisprudência e o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 444²⁹³, publicada em 13 de

²⁹⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 166.

²⁹¹ Idem, pág. 166.

²⁹² Ibidem, pág. 166.

²⁹³ “Não existe consenso doutrinário sobre o que deve ser considerado antecedente criminal. Contudo, majoritariamente, diante do princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5o, LVII) ou, como erroneamente denominam alguns autores, da ‘não culpabilidade’, ensina-se para os juizes não valorarem como antecedentes criminais: as sentenças absolutórias carentes de prova; as decisões que extinguem a punibilidade do agente pela prescrição da pretensão punitiva; as decisões que arquivam termos circunstanciados nas infrações de menor potencial; os procedimentos administrativos, embora com a aplicação de sanções disciplinares; os procedimentos de infância e juventude; entre outros. Ademais, os inquéritos policiais e as ações penais em curso também não devem ser sopesados (STJ, Súmula 444). Essa matéria, inclusive, dividiu os membros do Supremo Tribunal Federal em ação de repercussão geral. Por sua maioria, manifestaram: ‘Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição de antecedentes criminais’ (Pleno, RE n. 591.054/SC, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25-2-2015). Em recentes julgados, o ministro Ricardo Lewandowski reforçou convicção de que alguns casos de réus com extensa lista de passagens pela polícia, incluindo sentenças

maio de 2010, contendo a seguinte redação: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.” O teor do verbete acabou por encontrar guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pacificando a questão nesse exato ponto, mas projetando seus efeitos, segundo verifica Paganella Boschi, também aos casos encerrados e com decisões absolutórias ou mesmo extintivas da punibilidade do acusado.²⁹⁴

Nessa nova quadra jurisprudencial, temos que apenas podem ser utilizadas para o incremento da punição do réu, com incidência no aumento da carga apenatória contida na pena-base, as ações penais condenatórias com trânsito em julgado que não possam, por razão técnica, ser utilizadas como fator de reincidência do réu sentenciado.

Daí que o importante seja a análise temporal a ser realizada pelo magistrado, o tempo do crime, com espeque no artigo 4º do Código Penal, e que decorra da verificação da prova documental²⁹⁵ do delito anteriormente realizado, com o trânsito em julgado ocorrido em tempo pretérito ao da nova conduta delitativa, sob a censura de não poder ser utilizada como maus antecedentes do réu, mas sim utilizada para efeitos de reincidência, influenciando um aumento da reprimenda não da pena-base, mas justamente da segunda fase do método trifásico, por se tratar de uma agravante genérica (art. 61, I, do CP).²⁹⁶

“O marco de análise, portanto, é sempre a data do fato que está sendo julgado – tempo do crime, nos termos do art. 4º do Código Penal. Se o julgador, no momento de determinação da pena-base, verificar na prova documental (certidão cartorária de antecedentes criminais) que o réu foi condenado por outro delito, deve, primeiramente, indagar se houve trânsito em julgado desta decisão. Não havendo sentença estabilizada pela coisa julgada, mesmo havendo registro criminal, o réu é tecnicamente primário e de bons antecedentes, devendo a circunstância judicial antecedentes criminais ser valorada favoravelmente. Constatado, porém, que houve sentença transitada, a segunda pergunta necessária é a relativa à data do trânsito em julgado. Se o trânsito for posterior à data do fato do delito que está sendo julgado, o réu possui maus antecedentes, motivo pelo qual será possível valorar negativamente na pena-base [...]. Se anterior, haverá reincidência [...]. Apenas na hipótese de haver múltiplas

condenatórias não transitadas em julgado, deveriam ser considerados quando do momento do cálculo da pena-base. Mas, em atenção ao princípio da colegialidade, reformou seus votos para ajustá-los ao entendimento do Pleno (HC n. 94.620/MS e HC n. 94.680/SP, ambos publicados no DJ 6-8-2015).” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, pág. 930 a 931).

²⁹⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 167.

²⁹⁵ A Súmula 636 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que “a folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência”.

²⁹⁶ Idem, pág. 167.

condenações, anteriores e posteriores à data do novo ilícito, é que o réu será considerado reincidente e com maus antecedentes [...].

Importante perceber, portanto, que, diferentemente das noções do senso comum, a relação que configura os antecedentes e a reincidência não ocorre entre fatos, a partir da simples constatação da prática de novo delito. Esta relação se estabelece entre o fato em julgamento e a condenação com trânsito em julgado derivada de outro delito.²⁹⁷

Paganella Boschi ainda alerta para a situação de existência na certidão (prova documental) de mais de uma condenação em datas anteriores ao crime julgado na sentença, indicando que o magistrado poderá, nesses casos, utilizar uma das condenações para atribuir ao réu a posse maus antecedentes e, já em análise da segunda fase do método trifásico, considerá-lo reincidente, “por serem diferentes as causas autorizadoras desse proceder”²⁹⁸, reiterando não incidir, nessas hipóteses, o vedado *bis in idem*, justamente ante ao fato de que a vedação da dupla punição para o mesmo evento proíbe a valoração da mesma circunstância.

A doutrina especializada chega ainda a classificar esta situação acima revelada, no sentido de que os apontamentos criminais que incidem no incremento da pena-base teriam a característica de antecedentes em sentido estrito (ou antecedentes judiciais), que, em conjunto com a reincidência “seriam espécie do gênero antecedentes (em sentido amplo). Isto porque ambas as categorias, dispostas nos arts. 59, *caput*, e 61, I, do Código Penal, são desdobramentos de uma ideia mais ampla que é relativa à análise do passado criminoso do réu.”²⁹⁹

João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, defendendo uma posição de minimização de danos quando da dosimetria penal, acusam que a utilização de condenações pretéritas em sentenças futuras, impedem o exercício de defesa dos acusados, devendo o magistrado adotar uma posição de refrear a projeção futura destas antigas condenações em observância ao princípio do *ne bis in idem*.³⁰⁰

²⁹⁷ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 390.

²⁹⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 168.

²⁹⁹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 390 e 391.

³⁰⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, pág. 930 a 931.

“A nosso ver, esse reconhecimento, a par da discussão sobre a inconstitucionalidade desse instituto, por si só, comporta grave violação ao princípio constitucional do ne bis in idem e ao princípio constitucional do devido processo legal. Atente-se que condenações pretéritas são reconsideradas em tempo futuro, e, quanto a elas, na nova relação processual, os apenados não têm a possibilidade de se defender. Diante desse quadro, é imperioso ofertar um espaço imediato para aplicação da tese de Rodrigo Roig no sentido de o magistrado se afastar da interpretação literal do princípio da anterioridade e assumir uma postura constitucional minimalista quanto à afetação da liberdade, de sorte que, por meio de uma ampliação do espectro incidental dessa vertente da legalidade, deve colocar em prática a proibição de projeção futura dos efeitos penais da condenação anterior.”³⁰¹

Ainda em análise da doutrina dos autores acima transcritos, interessante é o ponto relativo à condenação pretérita por pena de multa, eis que não sendo considerada tal sanção como apta a constituir a reincidência, por uma análise sob a ótica da proporcionalidade, não poderia o que se revela como de menor intensidade ser utilizada contra o réu como mau antecedente. Abre-se aqui um parêntese para fazer registrar que está pacificado que os atos infracionais não podem ser passíveis de valoração como maus antecedentes.³⁰²

Seguem os professores supracitados ao advogarem a existência de um limite temporal, posto que não foi fixado pelo legislador um limite de prazo para a análise dos antecedentes, sendo que para um fato negativo não perdurar perpetuamente na vida do réu, levantando-se inclusive a hipótese de um direito ao esquecimento, defendem os autores que seja aplicado analogicamente o prazo estipulado pelo Código Penal em seu artigo 94, quando define o lapso para a reabilitação do condenado.³⁰³

Ocorre que este não foi o entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal quando, recentemente, fixou tese no sentido de que “Não se aplica para o reconhecimento

³⁰¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, pág. 930 a 931.

³⁰² CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 393.

³⁰³ Idem. Vejamos a explicação em seus termos, quanto ao período a ser observado pelo magistrado: “Assim, para configurar antecedente, o trânsito em julgado da sentença condenatória da primeira infração praticada pelo agente deve ter ocorrido em até dois anos da data da nova sentença. Outro setor da doutrina, por sua vez, realiza um paralelo com o prazo quinquenal de prescrição da reincidência (CP, art. 64, I). Para Salo de Carvalho, ‘se adotada a perspectiva de que mesmo os antecedentes devem ser limitados temporalmente, por força da proibição constitucional de efeitos perpétuos da pena e, utilizando o prazo da reincidência como analogia, após referido período o sujeito retomaria a primariedade e os bons antecedentes.’” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, pág. 933).

dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal.”³⁰⁴ Quanto ao definido pela Suprema Corte, faz sentido as críticas de que acabou-se por “alimentar indefinidamente os efeitos de uma condenação passada.”³⁰⁵

Tratando agora especificamente do artigo 64, I, do Código Penal apontado no julgado acima, em arremate, Paganella Boschi deduz não fazer sentido que a reincidência seja atingida pela preclusão temporal e a causa jurídica menor, dos maus antecedentes, seja mantida indefinidamente.³⁰⁶

Mas, em que pese todas as críticas, o citado autor ainda acaba por legitimar o uso dos antecedentes em dosimetrias penais, muito no sentido de se individualizar a pena, visando uma conciliação de extremos, quais sejam os da igualdade e da diferença, a evitar padronizações judiciais, propiciando ao juiz um julgamento “equânime e distributivamente justo na reação do Estado ao crime e ao criminoso.”³⁰⁷

Esta, contudo, não é a posição de Rodrigo Roig, quando assevera que resulta clara uma ilegitimidade democrática mesmo ante o reconhecimento de uma categoria jurídica ligada aos maus antecedentes, ainda que, por uma futura mudança jurisprudencial, venha a ser limitada temporalmente.³⁰⁸

Interessante argumento, contra a perpetuidade da possibilidade de análise dos antecedentes dos acusados em geral, nos traz os penalistas Zaffaroni e Pierangeli quando apontam que o artigo 5º, XLVIII, *b*, da Constituição Federal impede a prisão perpétua e que não deve ser lido restritivamente. E, por justamente vedar a prisão perpétua, não poderia ser admitido que “o autor de um delito perca sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo ‘marcado’, ‘assinalado’, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo.”³⁰⁹

³⁰⁴ STF, Pleno, RE n. 593.818, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 23-11-2020.

³⁰⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, pág. 934.

³⁰⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 168.

³⁰⁷ Idem, pág. 169.

³⁰⁸ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 153.

³⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: V.1.: parte geral*. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 786.

2.6. Circunstâncias judiciais: conduta social

A Reforma Penal de 1984, que ampliou os poderes discricionários do juiz visando uma individualização da pena que busque a “justa medida” para cada sentenciado, introduziu no Código Penal a terceira circunstância judicial, relativa à conduta social do agente, determinando sua verificação pelo juiz.

Antes da referida reforma, não havia esta necessidade imposta pela lei penal, pois o artigo 42 não a contemplava, estando já abrangida pela análise da circunstância dos antecedentes. E isso porque em muito se difere o antigo artigo 42 do atual artigo 59, “pois o texto atual estabelece com maior precisão que se deve ter em vista o que se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.”³¹⁰

Nesse sentido, a análise da conduta social está atrelada a uma verificação de todo o histórico de vida social do acusado; como se relaciona com sua família, com sua esposa, com seus vizinhos, seu comportamento em seu trabalho, assim como suas passagens pela polícia e pelo judiciário, com o intuito de se amearhar conhecimentos, com reflexos na sentença condenatória, de como o sentenciado se relacionado com a sociedade e trilha o seu caminho de vida.³¹¹

Miguel Reale Júnior destaca que a conduta social está posicionada dentre os antecedentes, mas, se tratando de uma análise do comportamento social do acusado, bem no sentido de se buscar evidências de se a sua conduta social espelha “em que medida o agente é digno de maior ou menor censura”, e toda essa busca para que ao final se tenha a informação de que o “delito se inseriu no contexto de sua vida, ou constitua um fato alheio isolado.”³¹²

Defensor de uma escoreita análise desta circunstância, que prefere denominá-la de “inserção social”, Guilherme de Souza Nucci aponta que a necessidade que tem o juiz de

³¹⁰ REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 321.

³¹¹ Paulo Busato faz uma interessante intervenção: “sua interação com o sistema penal, os registros policiais devem ser analisados desde um ponto de vista do princípio de culpabilidade, ou seja, não necessariamente serão positivos ou negativos. Eles podem, inclusive, revelar características de opressão do sujeito pelo sistema, capazes de atenuar sua pena. (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 879).

³¹² REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 322.

conhecer a conduta social do acusado está intimamente ligada à graduação da pena-base conforme seja mais ou menos censurável.

O doutrinador discorre ainda que a “indesejável culpabilidade do autor, que não deve ceder à culpabilidade do fato, no momento da análise da culpabilidade como elemento do crime, no entanto, pode ser considerada para fixação da pena.”³¹³

E conclui no sentido de que o abandono pelos juízes da verificação concreta desta circunstância – a ser realizada com acuidade no momento do interrogatório do réu³¹⁴ e das oitivas das testemunhas em fase de instrução processual – pode “incentivar o legislador a, cada vez mais, indevidamente, invadir a seara do Poder Judiciário, limitando a individualização da pena e estabelecendo, já no tipo penal, penalidades fixas ou com margens extremamente limitadas, descambando injustificada desproporcionalidade da aplicação da pena concreta.”³¹⁵

Sucedem que a posição de Guilherme de Souza Nucci, eminente desembargador paulista, não encontra respaldo em parcela da doutrina atual que se debruça sobre o tema da dosimetria, com críticas semelhantes aquelas expostas no tópico anterior, como em Salo de Carvalho, que tece rigorosas críticas da necessidade de análise a ser feita pelo juiz da conduta social do acusado, postulando que há uma relação íntima entre a valoração das circunstâncias subjetivas do acusado com os juízos morais disseminados socialmente e que tal valoração judicial da história de vida do acusado leva a uma censura do seu modo de ser, e não do seu ato culpável, ou mesmo do dano ao bem jurídico tutelado, revelando, com isso, um padrão inquisitório de julgamento a potencializar o arbítrio judicial.³¹⁶

³¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 170.

³¹⁴ “Duvidamos de qualquer capacidade avaliativa processual instantânea, porque, se o objeto da avaliação judicial é a conduta social, não será possível fazê-la satisfatoriamente num único contato pessoal. Poderíamos invocar que a maioria dos magistrados se esquece da realidade hostil – social (ociosidade decorrente da desigualdade) e familiar (abandono ou violência doméstica) – de muitos selecionados, idealizando um espaço social modelo, no qual eles mesmos gostariam de conviver, porém preferimos advogar a desconsideração de aumento de pena lastreado em violações ao princípio da culpabilidade pelo fato, de sorte que qualquer análise negativa da conduta social perfilha a aplicação do direito penal de , revelando-se, ademais, atentatória a outras orientações constitucionais.” (MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, pág. 936).

³¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 172.

³¹⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 397.

Por fim, com espeque na análise sensata análise de Paulo Queiroz³¹⁷, Salo de Carvalho tenta solucionar a problemática, com a seguinte propositura:

“A colocação do problema pelo autor é precisa e fornece uma interessante chave de leitura para resolução desta questão, que é a de como responsabilizar o sujeito pelo fato sem esquecer do seu contexto, mas, ao mesmo tempo, excluir ou reduzir ao máximo os juízos de censura moral. A saída para o problema parece estar na análise de vulnerabilidade, conforme exposto anteriormente (culpabilidade pela vulnerabilidade). Logicamente que seria questionável um modelo de justiça que desconsiderasse o homem em seu contexto, inserido no mundo e imerso na sua cultura. No entanto, em decorrência da adoção de um modelo de garantias, existem limites para valorar a inserção e a posição deste homem em sociedade. Os limites são exatamente aqueles estabelecidos pela acusação, qual seja, o fato delitivo e suas circunstâncias, sob pena de a extensão da análise incorrer sobre comportamentos, fatos e circunstâncias extratípicas. Assim, a condição e a posição sociais da pessoa processada podem (e devem) ser analisadas no momento de aplicação da pena, desde que demonstrado que, de alguma forma, os dados inseridos no julgamento têm relação ou influência na prática delitiva, nos termos estabelecidos por um modelo de culpabilidade pela vulnerabilidade.

A definição de limites à valoração judicial permite um controle razoável da compreensão das diferenças do sujeito em julgamento, sem que ocorra, porém, uma interpretação inquisitorial destas diferenças baseada em códigos e padrões moralistas construídos a partir de imagens ideais dicotomizadas maniqueísticamente entre tipos de indivíduos adaptados ou desajustados. E os critérios de legitimidade nesta análise parecem bastante claros: demonstração suficiente (motivação) na sentença criminal da relação concreta da circunstância analisada com o fato produzido. Do contrário, perde-se toda a possibilidade de controle do ato judicial arbitrário.”³¹⁸

Como visto acima, é pela via da culpabilidade pela vulnerabilidade que o penalista gaúcho traça contornos garantistas à valoração desta terceira circunstância judicial, delimitando a sua análise ante a estrita observância pelo magistrado do objeto do processo penal em curso, extraído tal objeto da quadratura da imputação, tanto dos fatos acusados quanto de suas circunstâncias, permitindo-se a análise de aspectos subjetivos do acusado que tenham nexos causal direto com a conduta realizada e proibindo-se ir além.

³¹⁷ “De todo modo, difícil é compatibilizar o exame da conduta social do apenado com a perspectiva de um direito penal do fato, já que o condenado deve responder penalmente pelo que faz e não pelo que é. Para avaliar a conduta social do condenado, o juiz não poderá, por óbvio, ignorar o contexto social em que está inserido e as possibilidades reais de se comportar na sociedade e interagir com o meio, sob pena de se julgar não propriamente um homem, mas um estereótipo.” (QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal Parte Geral*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, pág. 395 e 396).

³¹⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 398.

2.7. Circunstâncias judiciais: personalidade do réu

Quanto a personalidade do réu, temos que a doutrina igualmente calibra uma maior ou menor punição, com reflexos na pena-base, dada, nessa circunstância, a formação da personalidade do agente. Nessa quadra da construção de sua personalidade, Miguel Reale Júnior aponta que esta é formada por genótipos e fenótipos, dando “prevalência ao desenvolvimento de tendências negativas, aderindo a valores básicos na constituição de seu modo de ser, de forma a que a decisão pelo ato delituoso se insira no projeto negativo de vida que escolheu para si.”³¹⁹

A personalidade, portanto, é um vir a ser, pois está em constante mutação: posto que ela nasce com o indivíduo, marcadamente por seus traços genéticos, mas modifica-se ao longo da vida por influências das marcas emocionais, comportamentais, do ambiente social, não comportando, por sua complexidade, termos genéricos muitas vezes empregados pela jurisprudência, tais como “personalidade desajustada”, “agressiva”,

³¹⁹REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 322. Vejamos mais, do mestre das Arcadas: “O agente será mais ou menos reprovável se, na formação de sua personalidade (que se compõe de genótipos e fenótipos), tenha dado prevalência ao desenvolvimento de tendências negativas, aderindo a valores básicos na constituição de seu modo de ser, de forma a que a decisão pelo ato delituoso se insira no projeto negativo de vida que escolheu para si mesmo. O homem escreve a sua própria biografia, pois todos os atos serão atos incorporados à sua história, e as incontáveis decisões somam um conjunto, que reflete a pessoa do homem, a sua singularidade. Esta inafastável definição de si mesmo obriga a que se atente para o exame da culpa na formação da personalidade, dado, contudo, que apenas pode conduzir a uma individualização da pena, pois o cerne da culpabilidade reside na análise da formação da vontade relativa ao ato efetivamente cometido. Repetimos que é inegável que uma ação será tanto mais de alguém, quanto mais é adequada à sua personalidade, quanto mais é irreputável, posto que negá-la seria negar a si mesmo. O homem, que decide uma ação e se decide como projeto ao agir, está em situação, sendo sua liberdade de decidir uma liberdade situada, como já afirmei ao estudar a culpabilidade. Essa situação é composta não só da atmosfera cultural circundante, mas também de circunstâncias mais palpáveis. A formação da escolha da ação, enquanto objeto de um juízo de censurabilidade, não pode pairar em uma instância superior, em que se emite uma decisão prévia, através da qual o núcleo central e espiritual da personalidade decide sobre sua própria existência. Assim, Figueiredo Dias propõe a culpabilidade ‘como violação do dever de conformar sua existência por tal forma que não lese ou ponha em perigo bens jurídico-penais’, superando-se desse modo a dificuldade de se ter por base uma autodeterminação indiferente e inverificável.

É mister, todavia, como já assinali na Parte II, que o juízo de reprovação deve atentar para ação concreta e para o momento efetivo de sua resolução, que só ganha sentido quando compreendida no contexto situacional em que se realiza, havendo duas perspectivas em um só momento, pois a decisão pela ação é concomitantemente a decisão por um significado de vida.”

“impulsiva”, “boa ou má”, pois se trata, a personalidade, como o conjunto dos traços emocionais e comportamentais do indivíduo.³²⁰

Com seu viés filosófico, o eminente professor Fabio Konder Comparato nos ensina que “a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação.”³²¹

Paganella Boschi adverte que no dia a dia forense o “jugador não desce ao grande caudal em que se estrutura e evolui a personalidade, problema que se agrava, ainda mais, ao lembrarmos com Gilberto Ferreira, quando a pena for individualizada por outro juiz, mediante a relativização do princípio da identidade física.”³²²

Após discorrer sobre as questões que demarcam a personalidade humana, Paganella Boschi sentencia: “a questão tem menos a ver com o bom senso ou mesmo com os conhecimentos técnicos do juiz, dos psicólogos ou psiquiatras, e mais com a legitimidade do juízo de desvalor sobre a personalidade [...]” E arremata o culto penalista, “seria mais recomendável que, no momento da valoração das circunstâncias judiciais, o juiz se declarasse, simplesmente, sem condições de emitir juízo crítico sobre a personalidade do acusado.”³²³

A toda evidência que há, nesta circunstância judicial, uma sensível dificuldade de o juiz produzir uma análise acertada ou mesmo completa da personalidade do réu, donde podemos concordar que utilizar tal preceito para aumentar a pena-base pode não se mostrar legítimo, quando inserido em um sistema de direito penal democrático.

Guilherme de Souza Nucci, defendendo a legitimidade da análise das circunstâncias específicas referentes ao autor, aqui em especial da personalidade do agente, discorre, para tanto, de forma aprofundada, acerca do aspecto psicológico da personalidade, para, em determinado momento, concluir que não lhe parece que a análise desta circunstância judicial acarreta uma reprovação pelo “modo de ser de uma pessoa.”³²⁴

³²⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 172.

³²¹ *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 28 e 42.

³²² *Idem*, pág. 173.

³²³ *Ibidem*, pág. 177.

³²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 176.

Prossegue Nucci, justificando seu ponto de vista, no sentido de que para a existência do crime prescinde-se da análise da personalidade do seu autor e de que países europeus avançados³²⁵, tais como a Alemanha, igualmente utilizam a personalidade do réu como diretriz para a dosimetria da pena, situação que contribui para se evitar uma padronização penal buscando uma maior acurácia individualizatória.

O professor paulista também defende que bastaria ao magistrado utilizar do seu bom senso para analisar tais critérios específicos, relativos ao autor do fato, não sendo exigível que se torne um técnico, um verdadeiro psicólogo, pois sempre existirá um grau de falibilidade nas decisões humanas e o “modo de ser e agir de alguém constitui parte das provas indispensáveis que o magistrado deve colher”³²⁶, comportando a crítica de que se fosse realmente exigível que os juízes produzissem um diagnóstico do réu, “não poderia o magistrado avaliar praticamente nada em matéria penal.”³²⁷

Nesse prisma, Guilherme Nucci aponta que a análise da personalidade do réu não se trata de um verdadeiro diagnóstico, pois não se vislumbra determinar-lhe nenhum tratamento, mas apenas a aplicação de uma pena, com o crime tecnicamente já reconhecido por elementos neutros em termos do seu caráter, e, quanto às decisões que buscam fórmulas comuns, tais como “personalidade deturpada” ou “voltada ao crime”, indica o autor que tais termos não necessitam ser extirpados, mas sim aperfeiçoados pelos magistrados sentenciantes.³²⁸

Menciona Guilherme de Souza Nucci que o magistrado, quando das análises dos elementos subjetivos dos tipos penais, tais como distinguindo o dolo eventual da culpa consciente, bem como da progressão de regime do condenado em sede de execução penal, a “refutar a opinião dos especialistas que elaboraram o laudo criminológico e determinar a progressão ao condenado”³²⁹, ou mesmo de fatores ligados ao grau de arrependimento do acusado, acaba por avaliar a personalidade do réu e dessa forma conclui que o subjetivismo

³²⁵ Guilherme Nucci aponta, em nota de rodapé, que não há Código Penal estrangeiro que deixe de tratar da personalidade do réu como elemento relacionado com a dosimetria da pena ou com a execução penal. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 181).

³²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 177.

³²⁷ Idem, pág. 177.

³²⁸ Ibidem, pág. 176 a 177.

³²⁹ Idem, pág. 178.

do julgador está insito na tarefa de bem individualizar a pena, a se evitar a pena-padrão, dando a cada um o que é seu.³³⁰

Conclui o referido autor, advogando a tese de que não se está julgando o ser humano ao ser avaliada a sua personalidade, pois que apenas aquelas facetas de sua psique que tenham relação com o fato serão valoradas pelo juiz na sentença, devendo ser destacadas todas as outras que, mesmo que negativas, não tenham relação com conduta delitativa praticada.

“[...] Quando o julgador analisar detidamente a personalidade do réu, deve levar em conta os fatores que se esgotam na atividade delituosa e não no ser humano que é como um todo, afinal, defeitos todos possuímos e nem sempre eles se revelam em móveis propulsores de ação criminosa. Portanto, se alguém é agressivo, desonesto e invejoso, ao praticar lesão corporal, o aspecto de sua personalidade a ser destacado na sentença é justamente a agressividade, desprezando-se as outras facetas negativas. Não se está julgando o ser humano mas o fato que ele praticou – culpabilidade pelo fato é a tônica –, motivo pelo qual se é invejoso ou desonesto pouco importa. Salvo, obviamente, se a agressão foi calcada, por exemplo, na sua inveja. Nessa hipótese, duas são as particularidades a destacar e, com isso, agravar a pena-base.”³³¹

Parece-nos, com a conclusão de Nucci, que o registro acima realizado, *mutatis mutandi*, se aproxima da tese de Salo de Carvalho esboçada mais acima, pois, em ambos os casos, respeitadas suas particularidades, os fatos a serem julgados – o objeto da causa – funcionariam como limite para o desvalor desta circunstância subjetiva relacionada ao autor da conduta.

Seguindo a linha da doutrina de Souza Nucci, bem como, ressaltemos, do quanto pacificado jurisprudencialmente³³², o professor espanhol Quintero Olivares distingue que a

³³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 177 a 179.

³³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 180.

³³² STF, 1ª Turma, HC n. 109.871/MS, rel. Min. Luiz Fux, DJ 3-10-2012; STF, 2ª T., RHC 116.011-DF, rel. Teori Zavascki, 06.11.2013, v.u.; STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1.802.811/AL, rel. Antonio Saldanha Palheiro, j. 23.06.2020, v.u.; STJ, 5ª Turma, HC n. 87.028/MS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 29-10-2007; STJ, 6ª Turma, HC n. 58.493/RJ, rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, DJ 24-9-2007; STJ, 6ª Turma, HC n. 263.105/SP, rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, DJ 2-6-2015; STJ, 6ª Turma, CH n. 113.446/MG, rel. Min. Jane Silva (convocada TJMG), DJ 19-12-2008; STJ, 5ª Turma, HC 195.623-RJ, rel. Ribeiro Dantas, 18.08.2016; “[...] O elemento personalidade foi utilizado de forma equivocada pela r. sentença, pois não existe personalidade voltada para a prática de crimes, jargão esse tão automaticamente utilizado pelos órgãos julgadores e, de mais a mais, urge necessário o correto emprego dessa circunstância judicial para fins de exata individualização da pena. Em simplista comentário, a personalidade é composta por um conjunto de fatores respectivos ao indivíduo, parte adquirida, parte herdada, não se confundindo com as elementares do delito, caso contrário, seria admitir que um fato delituoso traduzisse toda a complexidade das características do agente sub judice.” (TJSP, AP n. 990.09.162046-7, 16ª C., rel. Guilherme de Souza Nucci, 25.10.2011, v.u.).

avaliação em sentença condenatória pelo juiz, dos dados de caráter subjetivo do acusado, mormente extraímos de sua personalidade, não afetam a estrutura penal de um direito voltado para o fato, posto que a reprovação da conduta está lastreada não em sua personalidade, mas justamente no cometimento de um fato (conduta) criminoso, legal e objetivamente analisado.

“O rechaço formal ao ‘Direito penal de autor’ não significa que a personalidade do delinquente seja algo irrelevante para o Direito Penal moderno. Pelo contrário. Dentro do marco punitivo que deriva do delito cometido, a personalidade do autor deve ser tomada em consideração de diferentes maneiras. Será esta personalidade, junto com outros elementos, a que deverá ser valorada para a medição da pena concretamente impositiva, para conceder ou não a suspensão da execução da pena e para, na execução da pena, conceder a progressão de regime.

[...] Mas tanto isso quanto a escolha da pena e tratamento penitenciário não são Direito penal do autor, posto que em ambos os casos se respeita o princípio de que a lei penal só intervém em função da comissão de um fato concreto [...] Que o direito penal tenha em conta a personalidade do autor não é o mesmo que fundamentar o castigo nessa personalidade [...].”³³³

2.8. Circunstâncias judiciais: motivos

Última das circunstâncias específicas referentes ao autor do delito, a motivação do crime estaria vinculada, no clássico magistério de Pedro Vergara, com a soma de todos os fatores levados em conta pelo agente para desenvolver sua conduta delituosa.³³⁴ Que, segundo o ilustre professor Paulo José da Costa Jr., podem ser caracterizados como “a força psicológica que desencadeia a vontade, acionando a conduta.”³³⁵

³³³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Monismo y Dualismo. *Culpables y peligrosos*. In: CRESPO, Eduardo Demétrio (Dir.) *Neurociencia y Derecho Penal*. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: BdeF Edisofer, 2013, pág. 666, *apud* BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 882.

³³⁴ “Os motivos determinantes da ação constituem toda a soma de fatores.” (VERGARA, Pedro. *Dos motivos determinantes no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 563 a 564).

³³⁵ COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal Comentado*, 9ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2007, pág. 194.

“Constituindo o delito expressão viva da personalidade humana e não um frio ente jurídico, é natural que se indague acerca de toda conduta, remontando às suas fontes mais remotas, que são os motivos. O mérito de haver por primeiro emprestado relevo à motivação delituosa cabe aos positivistas, que confundiram entretanto motivo e dolo. O motivo, todavia, precede o dolo. Este, enquanto impulso psicológico da conduta, constitui um efeito com respeito ao motivo, que é uma causa mais remota.

Costuma-se distinguir do motivo o escopo. Enquanto este dispõe de natureza predominantemente cognoscitiva (o agente representa a finalidade que busca atingir), o motivo é essencialmente psicológico. Por vezes, ambos se confundem, como quando alguém furta para tirar proveito econômico. Outras vezes, se diversificam, como no homicídio por relevante valor moral, em que a finalidade é a morte da vítima.

De duas maneiras o motivo poderá ser valorado, no direito penal. De uma forma real-geral, que considera o motivo em si mesmo, por aquilo que vale na generalidade dos casos. Ou de um modo sintomático-particular, em que o motivo é enfocado com respeito à personalidade do agente. A valoração real do motivo relaciona-se com o direito penal do fato, ao passo que a valoração sintomática diz respeito ao direito penal do autor, que ensinaria ao magistrado poderes discricionários tão amplos que poderiam terminar no arbítrio, pondo em risco o princípio da igualdade de tratamento.

O Código não se referiu ao escopo, limitando-se a nomear motivo como um dos elementos norteadores da fixação da pena. Nada impede contudo ao aplicador da lei penal de equilibrar o direito penal do fato com o direito penal do autor. Assim, a prática do fato punível é a condição indispensável para que venha o sujeito-agente a ser punido. A motivação que levou o agente ao crime, enquanto direito penal do autor, irá influir sobre a qualidade e a medida da pena aplicada.

A valoração dos motivos não pode ser feita segundo ‘as ideias morais do juiz, ou de uma doutrina ou tendência filosófica’, mas conforme normas ético-sociais.”³³⁶

Na esteira da transcrição acima, Paulo José da Costa Jr. elucida que no caso de um motivo específico integrar uma qualificadora ou alguma causa de privilégio, inserida na Parte Especial do Código, tal motivação não será apreciada dentre as circunstâncias judiciais do artigo 59, mas tão somente em um momento posterior, reservado para a análise das específicas causas de aumento ou diminuição, afim de se evitar uma dupla análise do mesmo fato ferindo o princípio do *ne bis in idem*.³³⁷

Guilherme de Souza Nucci, ao abordar o artigo 59 do Código Penal, no que toca aos motivos do crime, entende que estes partem como a causa ou fundamento de algo, sendo-lhes permitido atribuir o significado de finalidade, da busca por um objetivo. Apontando os

³³⁶ COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal Comentado*, 9ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2007, pág. 194.

³³⁷ COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal Comentado*, 9ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2007, pág. 194 e 195.

motivos como qualificativos da vida humana, o doutrinador paulista ensina que inexistem ação ou omissão sem finalidades e que não há, portanto, crime sem motivo.³³⁸

Nessa quadratura, teria o legislador agido com acerto ao estipular no artigo 59 que o magistrado avaliasse as razões da conduta, os objetivos a que se lançou o agente, para valorá-los, atingindo um quadro concreto de individualização da pena. Alerta Souza Nucci para o fato de que não se deve confundir os motivos do crime com o elemento subjetivo do delito, tais como o dolo e a culpa, “ambos – dolo e culpa – são motivos em preto e branco, enquanto a razão de ser, a causa, o fundamento e a finalidade do crime constituem o motivo colorido, em seus vários matizes psíquicos, próprios da riqueza de pensamento humano.”³³⁹

Souza Nucci traz uma polêmica questão, ao consignar que “não há como afastar o critério moral para a fixação da pena.”³⁴⁰ Para tanto, demonstra duas situações criminosas, porém antagônicas, entre o médico que comete uma eutanásia por piedade de seu paciente moribundo e contraste ao herdeiro ganancioso que faz o mesmo, matando-o, mas visando impedir que mude seu testamento. Sentencia Guilherme Nucci que ambos os agentes cometeram o mesmo crime, mas, no caso do herdeiro, seu objetivo, sua motivação era a ganância.³⁴¹

Nova questão a se refletir, está na posição de Nucci ao defender que os motivos inconscientes também possam ser levados em conta pelo juiz para exasperação da pena-base. Explica o doutrinador que muitos podem “desconhecer os aspectos negativos de sua personalidade, até por serem avessos a esse tipo de autoanálise ou autocrítica, que evidenciam facetas determinantes para a consideração do magistrado.”³⁴² Justifica por fim não se tratar de algo íntimo do agente, escondido em sua consciência, mas um modo de ser de alguém, não menos repugnante a valores ético-sociais da comunidade onde vive.³⁴³

Luciano Anderson de Souza entende que dos motivos determinantes do crime extraem-se “as razões que levaram o agente a delinquir. A moralidade ou imoralidade dos

³³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 182.

³³⁹ *Idem*, pág., 184.

³⁴⁰ *Ibidem*, pág., 184

³⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 184 e 185.

³⁴² *Idem*, pág. 186.

³⁴³ *Ibidem*, pág. 186.

motivos, por exemplo, são fatores capazes de demonstrar menor ou maior censurabilidade da ação.”³⁴⁴

Justamente fruto do referido entendimento, Luciano Anderson de Souza defende que os motivos que levaram o sujeito ativo do crime a delinquir não se coadunam com as circunstâncias anteriormente verificadas, tais como antecedentes, conduta social e personalidade do agente, podendo ser legitimamente utilizado como fator de maior ou menor reprovação do delinquente, posto que “estes [motivos] sim fatores relacionados à maior ou menor reprovação do fato delitivo em análise por parte do aplicador da lei penal.”³⁴⁵

Nesse sentido, posiciona-se Salo de Carvalho, mas sem antes externar a crítica de que a análise valorativa dos motivos determinantes do crime está intimamente ligada à ideia de culpabilidade como a reprovabilidade do agente.³⁴⁶

Salo de Carvalho aponta que os extremos motivacionais, tais como, negativamente, o ódio gratuito, a inveja, a ambição desmedida, ou, positivamente, o amor, a honra, valores sociais ou morais, dentre outros, estarão abrangidos, em grande medida, principalmente nos crimes contra a pessoa ou o patrimônio privado, pela própria tipicidade, constituindo ou mesmo tornando-se elementos de qualificadoras destes crimes. Já, noutras situações, aponta Carvalho que os motivos estarão revelados nas circunstâncias agravantes, atenuantes ou mesmo surgirão nas causas especiais de aumento e diminuição.³⁴⁷

Diante dessa situação, e levando-se em conta que muitos motivos também se encontram implícitos ou mesmo explícitos nos tipos penais, todos tais motivos integrantes da tipicidade “não poderão ser valorados na pena-base, em decorrência da proibição da

³⁴⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Da aplicação da pena*. In: REALE JÚNIOR, Miguel (org.). *Código Penal comentado*. São Paulo, 2017, pág. 197.

³⁴⁵ Idem, pág. 197.

³⁴⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 406 e 407.

³⁴⁷ Idem, pag. 407. Verbis: “Vejam-se, p. ex., no Código Penal, as hipóteses qualificadas do homicídio praticado por motivo torpe (art. 121, § 2º) e por motivo fútil (art. 121, II); a razão constitutiva do crime de exposição ou de abandono de recém-nascido para ocultar desonra própria (art. 134, caput); a elementar com intuito de obtenção de vantagem econômica indevida no delito de extorsão (art. 158, caput), entre outras. [...]”

Neste sentido, p. ex., as hipóteses agravantes de crime praticado por motivo fútil ou torpe (art. 61, II, a); as atenuantes decorrentes do motivo de relevante valor social ou moral (art. 65, III, a); o aumento de pena do crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio por motivo egoístico (art. 122, I); a previsão de causas de diminuição da pena quando o homicídio ou a lesão corporal são praticados por motivo de relevante valor social ou moral (art. 121, § 1º, e art. 129, § 4º), todos do Código Penal, entre outras.”

dupla incriminação.” Daí segue Salo de Carvalho a concluir que os “motivos a serem analisados, portanto, seriam exclusivamente aqueles que orbitam, mas não integram o tipo ou constituem a circunstância legal de aumento ou de diminuição da pena.”³⁴⁸

2.9. Circunstâncias judiciais: circunstâncias em sentido estrito

As circunstâncias em sentido estrito estão ligadas aos dados do delito que igualmente não estejam descritos como agravantes ou atenuantes, para não configurarem *bis in idem*, e justamente porque serão avaliadas no artigo 68 do Código Penal. Dessa forma, fica evidente que tais circunstâncias em sentido estrito têm suas naturezas ligadas ao fato criminoso e não mais ao seu autor, à conduta propriamente dita e não mais ao indivíduo que praticou o fato.

Tratam-se as circunstâncias em sentido estrito como elementos meramente acessórios, que não integram o tipo penal, mas que podem incidir fazendo aumentar a pena-base, mas deixando intacta a essência do tipo penal.³⁴⁹

Entendendo-as como elementos acidentais, na mesma linha acima exposta, Paulo César Busato explica que as circunstâncias em sentido estrito “não integram os tipos penais, nem influem na agravação, atenuação, aumento ou diminuição expressamente previstos no Código Penal, mas que, nem por isso, deixam de importar para buscar a pena justa.”³⁵⁰

João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, têm que as circunstâncias em sentido estrito vinculam-se a um caráter residual, sendo que, para evitar o *bis in idem* acima apontado, só poderiam ser usadas para o incremento da pena-base no caso de restarem ligadas ao lugar do fato (ex.: local ermo), modo de execução (ex.: mais gravoso para a vítima) ou ao tempo de duração do crime (ex.: estupro por toda a noite). “Os exemplos retratam alguns elementos acessórios ou acidentais que não foram considerados na previsão do preceito primário do tipo legal (CP, art. 213), tampouco como

³⁴⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 408.

³⁴⁹ COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal Comentado*, 9ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2007, pág. 195.

³⁵⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 884.

qualificadoras e à dosagem da pena.”³⁵¹ Nesses casos, poderiam ser utilizados pelo juiz para majorar a pena-base do acusado.

A doutrina crítica de Rodrigo Duque Estrada Roig³⁵² elenca que as circunstâncias em sentido estrito por vezes acabam sendo confundidas com os elementos constitutivos do crime e fundamentando aumentos ilegais de circunstâncias já abrangidas pelo próprio tipo penal.

Nessa toada, aponta Roig que a gravidade do fato não se mostra como elemento apto a justificar o aumento da pena-base por estas circunstâncias, pois já fora objeto de dosagem, pelo legislador, quando da dosimetria legislativa.

Aponta Duque Estrada Roig outra ilegalidade, quando da utilização das circunstâncias do crime advindas de condutas do agente posteriores ao fato processado. Elenca como exemplo os eventuais comportamentos processuais do acusado, tais como a revelia, dentre outras, que não contribuíram com o deslinde dos fatos em juízo ou mesmo com a celeridade processual.

Tais condutas realizadas após o crime processado – ou seja, a conduta criminosa em si –, aponta Roig, que não possuem o necessário nexos causal com o delito, razão pela qual não podem ser utilizadas pelo juiz, pois se estaria punindo o réu por comportamento alheio ao fato típico, ilícito e culpável objeto do processo, configurando uma nítida ilegalidade por ferir a responsabilidade penal pessoal.

Aduz ainda, Rodrigo Roig, no sentido de que se agrega as ilegalidades acima apontadas o aumento da pena com espeque em justificativas preventivas ou defensivas, igualmente alheias aos fatos delitivos, indicando Roig que “o conjunto de especificidades submetidas aos juízos de valor deve guardar relação objetiva com o fato, quaisquer considerações estranhas a ele devem ser rechaçadas.”³⁵³

Por fim, conclui o penalista carioca que ante a inexistência de critérios seguros, preservados de ilegalidades, o ideal seria uma mudança de paradigma, para que se estabeleça a utilização destas circunstâncias específicas tão somente no sentido de se

³⁵¹ MARTINELLI, João Paulo O. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, pág. 946.

³⁵² ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2015, págs. 170 a 181.

³⁵³ Idem, pág. 180.

conter os danos da pena, numa ótica redutora, para que sejam empregadas apenas e tão somente para diminuir a pena, atuando como instrumento de correção do juízo de culpabilidade já exercido pelo magistrado para a responsabilização penal do réu.”³⁵⁴

2.10. Circunstâncias judiciais: consequências do crime

Por consequências do crime devemos entender os efeitos gerados pela conduta criminalizada, que não abrangidos pelo tipo penal violado. Conceituam-se as tais consequências do crime, aqui, como consequências do crime extratípicas.

Adriano Teixeira, em importante obra sobre a teoria da aplicação da pena, apresenta, com fulcro no penalista alemão Wolfgang Frisch, advertindo para o risco de análise das consequências do crime extratípicas ferirem os princípios da culpabilidade e da legalidade, critérios restritivos para análise desta circunstância judicial, bem no sentido de que “além de previsíveis, elas têm de ser abrangidas pelo âmbito de proteção da norma.”³⁵⁵

Prossegue Adriano Teixeira, após utilizar como exemplo o caso de uma vítima que após sofrer um crime de estelionato vai à falência e opta por suicidar-se, restringindo o alcance das consequências do crime a não abrangerem o evento morte relatado, sob a justificativa de que, “ainda que previsível, contudo não é abrangido pelo âmbito de proteção da norma do tipo do estelionato (art. 171), que visa proteger o patrimônio, e não a

³⁵⁴ “Constata-se que, até o momento, não se mostrou viável o estabelecimento de critérios seguros e capazes de evitar tamanho desacerto quanto às circunstâncias do crime. Cabe, assim, a uma nova perspectiva, superar tais entraves à legalidade.

A superação dos obstáculos à legalidade é alcançada de maneira simples, invertendo-se o sentido penal até então empregado. No instante em que as circunstâncias do delito não mais são empregadas para a majoração da reprimenda, porém tão somente de forma redutora, todas as considerações acerca da maior gravidade do delito, preventivas ou posteriores à infração penal, perdem sentido e aplicabilidade, aclarando-se quais dados efetivamente dizem respeito às circunstâncias do evento delitivo.

Nessa perspectiva, considerações já realizadas ou infundadas dão lugar àquelas que contribuem para uma menor sancionabilidade estatal e que, portanto, atuam como corretores fáticos do juízo de culpabilidade já extraído da própria responsabilização criminal.” (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 1ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 181.

³⁵⁵ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da pena, fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 137.

vida da vítima. A morte da vítima, portanto, não deveria influenciar a dosimetria da pena do estelionatário.”³⁵⁶

O ilustre professor das Arcadas, David Teixeira de Azevedo, igualmente ensina que o magistrado não poderá incrementar a pena-base utilizando-se de elementos que já constituem o tipo penal, tais como a “virulência do ataque” ou mesmo “gravidade da lesão”, pois tal aumento representaria odioso *bis in idem*, pois tais questões já foram valoradas pelo legislador quando da fixação da pena mínima.³⁵⁷

Com apoio na ideia proposta por Wolfgang Frisch e Adriano Teixeira, João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, alertam que a valoração destas consequências pode vir a dar ensejo a uma cadeia causal sem fim, reprovando para agravar a pena-base consequências bastante distantes do evento típico praticado pelo acusado.³⁵⁸

Dissertam os professores que a valoração destas consequências do crime extratípicas devem ser tidas unicamente sob o enfoque do critério normativo da proteção da norma, evitando-se uma análise exclusivamente causal.³⁵⁹

Revelam, João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, que a jurisprudência nacional, por seu turno, avalia na grande maioria dos casos pesquisados, apenas os reflexos da extensão do dano causado pelo agente com a sua conduta ilícita.

³⁵⁶ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da pena, fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 137.

³⁵⁷ AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, pág. 42.

³⁵⁸ MARTINELLI, João Paulo O. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, pág. 948.

³⁵⁹ Idem, pág. 948. “Veja-se o exemplo que nos ofertam Airto Chaves Júnior e Rodrigo Cabral, com o qual seria possível uma maior reprovação ao criminoso (há consideração sob um viés único da causalidade): ‘Alguém que, por conta de um sequestro, é impedido de realizar a última fase de um concurso público em que havia superado todas as fases antecedentes’. Sugerem a valoração negativa dessa consequência sob a consideração (empírica) de que o candidato seria um dos aprovados no concurso, mas ignoram (se quisermos ficar no viés da causalidade) que a adequada preparação para a última fase do certame poderia restar prejudicada ainda que a vítima estivesse em liberdade, porém iniciando um namoro. Também desconsideram e tampouco cogitam a possibilidade de a ausência na derradeira etapa ter gerado consequências positivas ao candidato, como ter, após a libertação, iniciado trabalho voluntário com vítimas de outros sequestros. Por que obstar uma justificação favorável ao agente criminoso se a prática (empírica) contrária é proclamada livremente por parte da doutrina penal? Assim, sendo certo que as consequências para exasperação da pena devem ser independentes da ofensa ao bem jurídico (esta independência não significa, contudo, desconsideração da intensidade – graduação – de afetação do bem jurídico; apenas se deve atentar que, em alguns casos, o grau de ofensa acaba qualificando o próprio delito, como, por exemplo, no crime de sequestro, o tempo de privação de liberdade), também é certo que não podem consagrar a responsabilidade objetiva.” (MARTINELLI, João Paulo O. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, pág. 948 e 949).

Analizando um paradigmático julgado do Superior Tribunal de Justiça³⁶⁰, em que fora exasperada a pena-base de condenado por ter, após a realização de um roubo de automóvel, fundido o motor do veículo, os doutrinadores apontam uma grave ilegalidade que se caracteriza pelo fato de o tribunal ter valorado situação que transcendeu a conduta do autor do fato, no sentido de uma presunção ter sido imputada ao autor do crime de que a fundição do veículo seria efeito automático da subtração.³⁶¹

“Veja-se um precedente no qual a exasperação, em crime patrimonial, recaiu na consequência de o “veículo roubado ter o motor fundido” (STJ, 6ª Turma, HC n. 188.716/DF, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 14-12-2011). A valoração prejudicial desse efeito, a nosso ver, decorre de análise que transcende a conduta do agente, exasperando-se a pena com clara violação da responsabilidade subjetiva, presumindo-se que a fundição do motor é efeito automático da subtração do veículo. A conjectura negativa se sobrepõe a todas as diversas causas que podem levar a essa consequência, como a adulteração do óleo utilizado ou o seu baixo nível, problemas no sistema de arrefecimento, de elevação da temperatura, entre outros (alguns, inclusive, preexistentes).”³⁶²

Destas situações podemos concluir, portanto, que se faz necessária uma restrição da análise do magistrado acerca das consequências do crime extratípicas, pois não há uma autorização expressa para tal agravamento de pena, fruto de situação reflexa, bem como a utilização da causalidade pode levar a incrementos penais que consistem em responsabilização penal objetiva, ferindo o princípio da culpabilidade.³⁶³

³⁶⁰ STJ, 6ª Turma, HC n. 188.716/DF, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 14-12-2011.

³⁶¹ MARTINELLI, João Paulo O. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, pág. 948.

³⁶² MARTINELLI, João Paulo O. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, pág. 948.

³⁶³ “Em uma perspectiva redutora da afetação do indivíduo, no entanto, qualquer extensão punitiva desta ordem é tida como ilegítima. Em primeiro lugar porque, perante a ausência de autorização legal expressa de penalização de decorrências reflexas, descabe ao intérprete fazê-lo. Ademais, a imposição de maior reprimenda, nesse caso, suplantaria a culpabilidade inerente ao próprio fato típico, que deve ser interpretada em um sentido necessariamente estrito, vedando-se, desse modo, dilações punitivas indiretas. Há que se argumentar ainda que, a partir da nova concepção do princípio da transcendência mínima, segundo a qual não apenas é defeso que a pena passe da pessoa do criminoso, mas também à pessoa do criminoso, quaisquer efeitos externamente postados frente ao resultado típico não possuem o condão de autorizar a intensificação penal.

Para que estejam conformes à nova realidade constitucional, estabelecida pela Carta de 1988, os critérios de aplicação da pena privativa de liberdade, notadamente aqueles relativos às consequências do crime, necessitam de uma correção racional. É necessário, inicialmente, que os interesses de todos os polos envolvidos no conflito penal sejam levados em consideração. Nessa perspectiva, uma vez também apreciados os interesses do apenado, restariam de pronto afastados os designios retributivo e preventivo da pena, permanecendo em seu lugar as pretensões de que o dano sofrido pela injunção penal não seja irracional e de que lhe sejam assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

2.11. Circunstâncias judiciais: comportamento da vítima

Foi por intermédio da Lei 7.209/84³⁶⁴ (Reforma Penal) que o artigo 59 do Código Penal passou a considerar o comportamento da vítima como passível de valoração dentro da categoria de circunstância judicial.

Em interessante análise, José Antonio Paganella Boschi³⁶⁵ aponta que os avanços da vitimologia levaram a referida inserção dessa, até então inexistente, circunstância judicial, revelando o quanto é importante, para as consequências apenatórias do crime, o papel desempenhado pela vítima durante a conduta criminosa, tanto no sentido da surgimento da prática do crime, quanto para o agravamento ou mesmo abrandamento da sanção penal.

Paganella Boschi, com arrimo em estudo psicanalítico de Sigmund Freud³⁶⁶, nos dirige para a existência de um sentimento de culpa em determinados criminosos que acabam por levar, dando causa, a serem apanhados ou censurados, como verdadeira forma de expiação destes seus sentimentos de culpa, situação esta que pode ser igualmente verificada em pessoas que não praticaram crimes, todavia, acabam por dar causa, estimular ou mesmo propiciar, com seus comportamentos, a realização de crimes por terceiros.³⁶⁷

Seguindo a posição de Boschi, Guilherme de Souza Nucci igualmente aponta que alguns comportamentos da vítima são passíveis de verificação pelo juiz, pois tem o condão de influenciar na conduta delitiva, sem chegar a privilegiar o crime ante uma injusta

De outra parte, considerados os interesses sociais racionais e diante da impossibilidade de retorno ao status quo ante delictum, restaria por um lado o anseio de que o evento penal (input) e seus desdobramentos (consequências do crime) não produzam mais danos que os já experimentados, seja pela coletividade (ex.: custos processuais ou penitenciários desnecessários, elevados custos sociais etc.), seja pela vítima (ex.: reiteradas convocações para audiências ou reconstituições, vendo-se impedida pelo próprio Estado de superar e esquecer o episódio). Por outro lado, restaria a cautela de que a resposta penal (output) não produza mais danos ao autor do delito que os permitidos pela lei e pela Constituição. Enfim, um novo sistema interpretativo de compreensão da atividade judicial de aplicação penal sob um viés estritamente crítico tem, a esse respeito, o escopo de redimensionar a equação dano-pena, demonstrando que a sanção não deve ser tão somente proporcional aos danos causados pelo fato delitivo (caso reconhecida a legitimidade deste critério), mas, sobretudo, proporcional aos danos que poderão ser evitados ou minorados ao apenado com a escorreita aplicação da pena privativa de liberdade.” (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 185).

³⁶⁴ “[...] Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa.” (§ 50 da Exposição de Motivos da Lei n. 7.209/84).

³⁶⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 180.

³⁶⁶ *Alguns Tipos de Caráter Encontrados no Trabalho Psicanalítico*, 1916.

³⁶⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pág. 181.

provocação ou algo relacionado ao tipo penal, mas que, em tais situações que elenca a título de exemplo, a pena do autor da infração não deve ser especialmente agravada.³⁶⁸

“São exemplos: o exibicionista atrai crimes contra o patrimônio; o mundano, delitos sexuais; o velhaco, que gosta de viver levando vantagem, atrai o estelionato; o agressivo, o homicídio e as lesões corporais, e assim sucessivamente. Não se quer dizer que a pessoa mundana e lasciva, por exemplo, vítima de crime sexual, não esteja protegida pela lei penal, nem mesmo que o agente deva ser absolvido, porém é óbvio que, nesse caso, a pena do autor da infração penal não deve ser especialmente agravada.”³⁶⁹

Souza Nucci defende que o magistrado tenha de considerar, na dosimetria da pena, a possibilidade de incremento da pena-base quando a vítima em nada contribuiu com o crime, tendo se mostrado com absoluta passividade antes, durante e após a conduta criminosa, e diminuir a reprimenda quando a vítima, com sua conduta, propiciou o crime.³⁷⁰

Mostra-se correto, contudo, o alerta de Leonardo Massud, quando discorre que deve ser evitado, por exemplo, que a “mitigação da pena sirva à intolerância em relação a opção sexual – homossexual agredido por exteriorizar, tal como um heterossexual, seu afeto pelo(a) companheiro(a) [...]”.³⁷¹

Retomando-se a questão da diminuição de pena ao acusado, em decorrência do comportamento do ofendido, Adriano Teixeira traz a posição de Schünemann, com sua vitimodogmática que é fruto do princípio da *ultima ratio*, que indica a diminuição ou mesmo a exclusão de pena quando a vítima deliberadamente renunciar a qualquer tipo de proteção do Estado, utilizando do exemplo da “vítima que duvida das informações prestadas pelo estelionatário, mas mesmo assim lhe confere a vantagem e causa a si própria um prejuízo patrimonial.”³⁷²

³⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 192.

³⁶⁹ Idem, pág. 192.

³⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 193.

³⁷¹ MASSUD, Leonardo. *Da pena e sua Fixação*. São Paulo: DPJ Editora, 2009, pág. 178.

³⁷² TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da pena, fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 137. Nesse sentido, está o magistério de Rodrigo Duque Estrada Roig, vejamos: “Em outras palavras, para que a vítima se exima da corresponsabilização pelo fato delitivo, é necessário que seu comportamento se enquadre no tipo de condutas razoavelmente esperadas para a proteção do interesse em jogo. Fixando-se parâmetros claros quanto às obrigações da

Salo de Carvalho seguindo a linha de contenção de danos defende que a situação da vítima “não ter contribuído para a prática do delito não autoriza o aumento da pena-base. A ausência de contribuição (vitimização primária) reflete, em realidade, uma circunstância neutra que não pode ser valorada negativamente.”³⁷³

A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça³⁷⁴, por seu turno, fixou-se no exato sentido acima proposto, de louvável contenção de danos, estipulando que o comportamento da vítima só poderá ser valorado em benefício do agente, pois, quando a atuação da vítima de fato tiver contribuído para o resultado criminoso, esta circunstância deverá ser tomada em pról do acusado e, neutralizada, quando a posição do ofendido em nada contribuiu para a ocorrência do crime.

2.12. Circunstâncias judiciais: o cômputo das circunstâncias judiciais

Para se alcançada a quantidade de pena-base aplicável³⁷⁵, o juiz deverá, motivadamente, explicitar o que levou em consideração e o porque deixou de considerar

vítima, seria possível estabelecer mais claramente em que casos soaria adequado atribuir àquela uma parcela de responsabilidade pelo fato delitivo.

Atribuir uma culpabilidade da vítima pelo fato delitivo não significa, contudo, reprovar se comportamento. Da mesma forma que o sentenciado deve estar imune a juízos de reprovação de cunho moral ou ético, por respeito à sua dignidade, também o deve estar a vítima que de alguma forma contribuiu para a ocorrência delitiva. Logo, sobre ela não deve pender um juízo de reprovação, de cunho ético, mas um juízo objetivo de responsabilidade, com o único efeito de reduzir a resposta penal ao autor da infração penal.” (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2ª edição, revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 189).

³⁷³ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 412.

³⁷⁴ “De acordo com o entendimento desta Corte Superior, o comportamento da vítima é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente: ou será positiva, quando a vítima contribuiu para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição. Precedentes.” (STJ, REsp 1284562/SE, 6.ª T., rel. Rogerio Schietti Cruz, 05.05.2016, DJe 17.05.2016).

³⁷⁵ “Inicialmente, havendo cominação alternativa de penas no preceito secundário do tipo penal (prisão *ou* multa), o juiz deverá escolher qual a pena a ser aplicada, considerando os parâmetros previstos no art. 59, *caput*, do CP, quais sejam, a culpabilidade do agente, seus antecedentes, sua conduta social, sua personalidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, além do comportamento da vítima, tendo em vista a reprovação e a prevenção do delito. Tal operação se releva-se desnecessária quando o preceito secundário comina uma pena de forma isolada ou mais de uma de forma cumulativa (prisão e multa)”.

acerca de casa uma das circunstâncias judiciais vistas acima, estabelecidas no artigo 59 do Código Penal.³⁷⁶

Não se mostra imperativo que o magistrado venha a estabelecer uma quantidade fixa de pena para cada uma das circunstâncias, porém, deve explicitar quais foram consideradas dentre todas para se chegar ao valor final da pena-base.³⁷⁷

Diante dessa discricionariedade do juiz, há, contudo, limites para a fixação da pena, pois, primeiramente, deve respeitar os limites mínimos e máximos cominados em abstrato para o delito em seu tipo penal secundário que não poderão ser ultrapassados. Daí temos que se apenas uma circunstância, dentre todas, forem desfavoráveis ao réu, a pena não poderá estabelecer-se em um patamar mínimo ou mesmo máximo, sob pena de ferir-se o princípio da proporcionalidade.

Contudo, caso as circunstâncias sejam todas favoráveis ao acusado, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal.³⁷⁸

Seguramente esse exercício judicante, de fixação da pena-base, é dos mais difíceis para qualquer magistrado, em razão dessa situação é que a doutrina e a jurisprudência, principalmente dos tribunais superiores, dão diretrizes aos juízes afirmando inicialmente que a culpabilidade se trata do gênero, “do qual emanam as demais sete parcelas: antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima. Portanto, para se apurar a censurabilidade merecida (grau de culpabilidade), vale-se o julgador dos sete outros elementos.”³⁷⁹

Interessante é que o sistema do artigo 68 do Código Penal fixou uma verdadeira hierarquia entre as circunstâncias, determinado que as circunstâncias da pena-base tenham

³⁷⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 886.

³⁷⁷ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 887.

³⁷⁸ Idem, pág. 887. Vide a jurisprudência: “A pena-base, se todos os fatores forem favoráveis ao réu, deve ficar no mínimo (STJ, HC 10425/RS, Quinta Turma, ac. De 16.11.1999: ‘se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foram consideradas, todas, favoráveis ao agente, carece de suporte jurídico o apenamento básico acima do mínimo legal’); se houver circunstância desfavorável, deve afastar-se daí (RJTJRGs, 104/159, 98/177; STJ HC 134.664/MS, Quinta Turma, ac. De 17.11.2009).”

³⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 194.

uma menor influência no *quantum* final da pena quanto as circunstâncias legais, mas que por seu turno pesarão menos que aquelas causas especiais da pena definitiva.³⁸⁰

Em que pese a referida hierarquia, tratando-se a pena-base como o ponto de partida (ou mesmo de chegada) da aplicação da pena, a melhor doutrina tende a traçar um termo médio, como valor de referência, visando a proteção contra excessos, “obtido pelo resultado da média aritmética entre o mínimo e o máximo estabelecido no preceito secundário do tipo incriminador.”³⁸¹

“Os autores inserem em suas reflexões um elemento que será de extrema importância para o controle do excesso na determinação da pena-base: o termo médio, valor de referência obtido pelo resultado da média aritmética entre o mínimo e o máximo estabelecido no preceito secundário do tipo incriminador – p. ex., a variação da pena prevista para o crime de corrupção passiva, previsto no art. 317, caput, do Código Penal, é de 2 (dois) e 12 (doze) anos, sendo, pois, o termo médio de 7 (sete) anos: divisão da soma desses limites mínimo e máximo ($2 + 12 = 14/2 = 7$).

Transposto da ‘antiga doutrina nacional’, o critério do termo médio foi, com a Reforma de 1984, ressignificado por alguns Tribunais pátrios e readequado ao processo de individualização judicial da pena a partir da nova ordem constitucional. Diferentemente do que ocorria no sistema tarifado do Código de 1890, o termo médio passou a ser utilizado como um referencial e um limite à pena-base, notadamente nos casos de desfavorabilidade absoluta das circunstâncias judiciais.

A premissa básica que justifica o uso do termo médio como referência é a de que se existem horizontes específicos para a fixação da pena provisória – mínimo e máximo previstos abstratamente no tipo incriminador, conforme determinado pela Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça –, igualmente deveria haver fronteiras limitativas (piso e teto) para a pena-base. Do contrário, se distintas circunstâncias (judiciais e legais) impactassem no mesmo horizonte de projeção da pena (mínimo e máximo legais), o sistema normativo estaria equiparando elementos de natureza diversa, em oposição ao método trifásico (Hungria) estabelecido no art. 68 do Código. Interessante lembrar, neste ponto, a justificativa apresentada pela doutrina para afastar o modelo bifásico de Roberto Lyra: apenas o sistema trifásico asseguraria o relevo necessário conferido pelo legislador às agravantes e atenuantes em comparação às circunstâncias judiciais. Neste quadro, sustentava Aníbal Bruno, as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) ‘(...) se apagarão, confundidas com as outras, chamadas judiciais (...)’.³⁸²

³⁸⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 418.

³⁸¹ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 421.

³⁸² Idem, pág. 421.

Assim, com esboço em Salo de Carvalho, tendo o referido autor partido de uma análise da tradição doutrinária e jurisprudencial, apresenta o penalista gaúcho uma forma sintetizada, com cinco diretrizes, visando orientar o cálculo da pena-base.

Vejamos:

“a) A *primeira diretriz* define os limites mínimos e máximos de variação na primeira etapa. Neste sentido, o juiz fixará a pena-base entre o mínimo legal e o termo médio. O termo médio é o valor correspondente ao resultado da média aritmética entre o mínimo e o máximo abstratamente estipulados no tipo incriminador – p. ex., a pena-base do crime de homicídio simples pode variar entre 6 (seis) e 13 (treze) anos (art. 121, *caput*, do Código Penal); do crime de furto simples entre 1 (um) e 2 (dois) anos e 6 (seis) meses (art. 155, *caput*, do Código Penal); do delito de tráfico de drogas entre 5 (cinco) e 10 (dez) anos (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06).

b) A *segunda regra* define o ponto de partida do cálculo da pena-base: o juiz deve partir sempre do mínimo em direção ao termo médio, acrescentando à pena quantidades decorrentes da valoração negativa das circunstâncias.

c) A *terceira diretiva* estabelece que, em caso de totalidade (ou de substancial preponderância) de circunstâncias favoráveis, a pena-base deve ser aplicada no mínimo legal cominado.

d) Em sentido oposto, a *quarta orientação* indica que, em caso de integralidade de circunstâncias desfavoráveis, a pena-base deve ficar próxima do termo médio.

e) A *quinta guia* estabelece um critério de proporcionalidade no qual o juiz deverá fixar uma quantidade razoável de pena em caso de concurso de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis.”³⁸³

Temos assim, a partir da proposta de Salo de Carvalho, uma técnica que o autor denomina de “acúmulo de circunstâncias negativas”, pois o “juiz, sempre partindo da pena mínima em direção ao termo médio, verifica a quantidade de elementos desfavoráveis.”³⁸⁴

2.13. Circunstâncias legais agravantes e atenuantes

Já inserida na segunda fase de aplicação da pena, e após a fixação da pena-base, o magistrado, então, no caminho que deve seguir trilhando para impor uma sanção penal ao réu, deve, nessa etapa, passar a aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes.

³⁸³ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020, pág. 426.

³⁸⁴ Idem, pág. 427.

Tal análise, das circunstâncias agravantes e atenuantes, incidirá sobre o *quantum* da pena-base. Reprisemos que circunstância é tudo que, na clássica lição de Jiménez de Asúa, “modifica um fato sem mudar-lhe a essência.”³⁸⁵

Daí que tais circunstâncias alteram a reprimenda do agente, mas sem lhe alterar a culpa, a essência.³⁸⁶ Não há nenhuma extinção da responsabilidade do agente, mas apenas eventuais graduações ou minorações, pois tais circunstâncias agravantes e atenuantes “são elementos previstos pelo legislador que, podendo se aliarem ao fato-crime, não o alteram essencialmente, mas acarretam repercussões jurídico-penais relevantes.”³⁸⁷

Tratam-se de instrumentos, genéricos, posto que de eventual aplicação a todos os crimes, e que irão graduar a pena, podendo ser classificamos, segundo Fernando Galvão, como:

1) gerais, comuns ou genéricas: a) agravantes, previstas na parte geral; b) atenuantes, previstas na parte geral; e c) causas de aumento e diminuição, previstas na parte geral.

2) especiais ou específicas: a) qualificadoras, somente previstas na parte especial; b) causas de privilégios, previstas na parte especial; e c) causas de aumento e diminuição, previstas na parte especial.³⁸⁸

Nesse sentido, as circunstâncias agravantes e atenuantes acabam por elevar ou diminuir a quantidade da pena-base, mas sem, com isso, ultrapassar os marcos instituídos pelo *quantum* da pena contido no tipo penal secundário.

Adverte Paulo Busato que esta segunda etapa de fixação da reprimenda deve obedecer, qualitativamente, a fórmula inserida no artigo 67 do Código Penal, “dando prevalência aos motivos determinantes do crime e à personalidade do agente, porém, negando consideração à reincidência, cuja aplicação, como veremos, é completamente injustificada.”³⁸⁹

³⁸⁵ ASÚA, Luis Jiménez de. *La ley y el delito*. Caracas: Andrés Bello, 1945, pág. 555, *apud* COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal Comentado*, 9ª ed., São Paulo: DPJ Editora, 2007, pág. 201.

³⁸⁶ GALVÃO, Fernando. *Aplicação da pena*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pág. 161.

³⁸⁷ *Idem*, pág. 161.

³⁸⁸ *Ibidem*, pág. 161 e 162.

³⁸⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 887.

Segundo o entendimento desse penalista paranaense, a reincidência não deveria receber categoria própria, mas deva ser avaliada dentro das circunstâncias judiciais sob pena de incorrer em *bis in idem*, levando em conta o autor a teoria da coculpabilidade.³⁹⁰

Em que pese a fundamentada crítica, voltando-se às circunstâncias agravantes e atenuantes, a razão para que os limites mínimos e máximos não sejam desrespeitados é que, “embora as circunstâncias obriguem o juiz a alterar a pena, não há qualquer *quantum* previamente delimitado. Assim, caso outra fosse a interpretação, restaria a fixação da pena colocada completamente a mercê do juiz para uma redução até uma pena nula ou um aumento até uma pena ilimitada.”³⁹¹

Em que pese significativa parcela da doutrina atual advogar a possibilidade de rompimento do piso penal, nessa seara e com traços de segurança jurídica, a Súmula 231 do STJ pacificou a questão: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

Busato finaliza apontado que o magistrado apenas fará constar em sua decisão aqueles agravantes ou atenuantes genéricas que entender presentes no caso sob julgamento, não sendo necessário discorrer em decisão judicial sobre todas elas.³⁹²

Por fim, elencamos que as circunstâncias agravantes³⁹³ genéricas estão positivadas nos artigos 61 e 62 do Código Penal. Já as atenuantes genéricas encontram-se no artigo

³⁹⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 889 a 891.

³⁹¹ *Idem*, pág. 888.

³⁹² *Ibidem*, pág. 889.

³⁹³ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

- I - a reincidência;
- II - ter o agente cometido o crime:
 - a) por motivo fútil ou torpe;
 - b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
 - c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
 - d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
 - e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
 - f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
 - g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
 - h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
 - i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
 - j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
 - l) em estado de embriaguez preordenada.

Agravantes no caso de concurso de pessoas

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

65³⁹⁴ do Código Penal, mas igualmente em seu artigo 66, quando o legislador inseriu, por meio da Lei 7.209/84, esta denominada “atenuante inominada”, que poderá ser utilizada quando o caso em julgamento apresentar alguma circunstância relevante (aberta) que indique ao juiz que o acusado mereça uma pena mais leve.

2.14. Causas de aumento e diminuição

Ensina-nos David Teixeira de Azevedo acerca das causas de aumento e diminuição, que estas “identificam-se com as circunstâncias objetivas, ligadas ao tipo penal em seu aspecto descritivo e normativo e à antijuridicidade em seu âmbito objetivo. Excepcionalmente, as causas de aumento e diminuição referir-se-ão à culpabilidade”.³⁹⁵

Tais causas de aumento e de diminuição são causas específicas, que obrigam o juiz a aumentar ou diminuir a pena, no montante estabelecido pelo próprio legislador, ou seja, quantidade determinada em lei.

As quantidades de aumento ou de diminuição, podem ser encontradas estabelecidas de forma fixa ou variável.

-
- I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
 - II - coage ou induz outrem à execução material do crime;
 - III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
 - IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

³⁹⁴ **Circunstâncias atenuantes**

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

- I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
- II - o desconhecimento da lei;
- III - ter o agente:
 - a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
 - b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
 - c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
 - d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
 - e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

³⁹⁵ AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998, pág. 80.

Assim, por exemplo, podemos encontrar na legislação penal a obrigação de se aumentar ou diminuir a pena em um terço, ou então, de um terço até a metade da pena. Referidas causas, expressadas em lei, podem fazer com que as penas ultrapassem os seus mínimos e máximos legais impostos.

Conforme nos observa o professor Sergio Salomão Shecaira:

“[...] são causas legais que, por determinação expressa da lei, interferem no cálculo da pena em quantidade previamente estabelecida, de forma fixa ou variável. Encontram-se previstas na Parte Geral (ex. art. 14, parágrafo único, art. 24, § 2.º, art. 26, parágrafo único) ou na Parte Especial (ex. art. 121, §§ 1.º e 4.º, art. 157, § 2.º) do CP. As causas de aumento e de diminuição podem fazer com que a pena exceda os limites máximo e mínimo abstratamente previstos nos tipos penais”.³⁹⁶

Nesse ponto, igualmente assevera Guilherme de Souza Nucci que “é consequência lógica, uma vez que foi também o legislador quem idealizou aumentos e diminuições em quantidades pré-estabelecidas.” Prossegue o doutrinador no sentido de que “ao fazê-lo, determina-se ao juiz a sua utilização, sempre que existentes no caso concreto, na terceira fase da aplicação da pena, permitindo-se ultrapassar as fronteiras inicialmente previstas para a pena no preceito secundário do tipo penal incriminador”.³⁹⁷

E completa o referido Souza Nucci, em que pese nossa discordância, “Diferem das agravantes e atenuantes, que precisam respeitar as fronteiras do mínimo e do máximo, porque estas são circunstâncias genéricas, jamais vinculadas ao tipo”.³⁹⁸

2.15. Qualificadoras e causas de privilégios

Entendidas as qualificadoras e os privilégios como causas legais específicas atreladas diretamente ao tipo penal, tais causas alteram os limites prefixados mínimos e máximos pelo legislador, criando uma nova faixa de pena a ser utilizada pelo juiz em sua estipulação penal.

³⁹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Cálculo Penal e Dever de Motivar* in *Estudos de Direito Penal II*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, pág. 270.

³⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 138.

³⁹⁸ Idem., pág. 138.

Assim nos explica Sérgio Salomão Shecaira quando nos diz que “qualificadoras [e privilégios] são circunstâncias legais específicas, previstas na Parte Especial do Código Penal, que, agregadas à figura típica fundamentalmente, alteram as margens penais dos delitos”.³⁹⁹

Quanto à diferença entre a qualificadora e a causa de aumento de pena, Guilherme de Souza Nucci explica que na primeira o legislador altera a faixa de fixação da pena, isto é, o aumento ocorre tanto no valor mínimo quanto no máximo “(ex.: o furto noturno prevê o aumento de 1/3 sobre a pena do furto simples – de 1 a 4 anos)”; já na segunda a exasperação é adicionada à pena prevista no tipo penal “(ex.: o furto noturno prevê o aumento de 1/3 sobre a pena do furto simples – de 1 a 4 anos)”.⁴⁰⁰

E justamente por alterarem a faixa de fixação da pena, as qualificadoras são consideradas antes da aplicação da dosimetria da pena, já que “tratando-se de crime qualificado, o juiz começará o processo através do estabelecimento da pena-base já levando em consideração a nova banda, criada pelo legislador para concretizar a pena”.

E finaliza Sérgio Salomão Shecaira completando que “A causa de aumento, ao contrário, apenas estabelece certa quantidade de aumento que deverá incidir sobre a pena originalmente prevista no tipo penal, sendo efetivamente considerada apenas na terceira fase do cálculo da pena”.⁴⁰¹

Por fim, quando existirem duas ou mais qualificadoras, deverá o magistrado utilizar apenas uma para modificar a faixa de aplicação de pena, utilizando as demais para aumento da pena na segunda fase de fixação, como agravantes, desde que existentes – igualmente – como agravantes genéricas. Caso não se identifiquem como tal, deverá o juiz as utilizar na fixação da pena-base, como uma espécie de circunstância judicial.

2.16. A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade

³⁹⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão.op., cit., pág. 270.

⁴⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. op., cit., pág. 143.

⁴⁰¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão.op., cit., pág. 270.

Ao final do procedimento de aplicação da pena, deverá o magistrado analisar a possibilidade de substituição da pena de prisão, por restritivas de direito ou de multa, ou, também, da possibilidade de suspensão condicional da pena, o também denominado *sursis penal*.

Vejamos o quanto Salomão Shecaira nos discorre acerca desta etapa a ser obrigatoriamente observada pelo juiz, “Comparando-se os arts. 77, III, e 59, IV, do CP, infere-se que a substituição prefere à suspensão condicional da pena, ou seja, apenas deve ser concedido o *sursis* se for impossível a substituição da pena privativa de liberdade”.⁴⁰²

Conclui, nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt, que quando a natureza do delito e o quantum da pena privativa de liberdade autorizar, o juiz deve decidir de forma fundamentada se é possível suspender a execução dessa pena ou substituí-la por outra espécie. Sendo que, depois de estabelecida a pena definitiva, “o juiz deverá fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, mesmo que ela venha a ser substituída ou suspensa, porque poderá haver conversão ou revogação da medida alternativa”.⁴⁰³

2.17. A aplicação da pena de multa

O cálculo da pena de multa deverá reger-se pelo art. 60, do Código Penal brasileiro, que determina ao juiz que considere, ao aplicar a multa, primordialmente, a situação econômica do réu.

Tal sistema de imposição da pena de multa deverá observar duas fases.

Conforme Salomão Shecaira, na primeira fase, ao fixar o valor unitário do dia-multa dentro do limite estabelecido no artigo 49, *caput*, do Código Penal, o juiz ainda não deve considerar a situação econômica do réu, mas sim as circunstâncias judiciais do delito, eventuais agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição. Já na segunda fase, a situação econômica, conhecida durante a fase de instrução do processo,

⁴⁰² SHECAIRA, Sérgio Salomão. op., cit., pág. 285.

⁴⁰³ BITENCOURT, Cezar Roberto. op., cit., pág. 767.

deve ser considerada e aplicada na sentença. “Entretanto, se a pena fixada revelar-se ineficaz diante da situação econômica do réu, ainda que aplicada no valor máximo, o juiz pode aumentar a multa até o triplo de seu valor, nos termos do que dispõe o art. 60, § 1.º, do CP. Ressalte-se que o aumento previsto no dispositivo mencionado é aplicável apenas em relação ao valor do dia-multa, ou seja na segunda fase e não na primeira, tendo em vista que se refere à situação econômica do réu”.⁴⁰⁴

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci nos ensina que embora o critério para a fixação da pena de multa obedeça a situação econômica do réu, o legislador limitou o magistrado fixando os valores limites de 10 a 360 dias-multa. Sendo que “o apego ao critério de culpabilidade é uma preocupação válida para a fixação do número de dias-multa, como regra, a fim de evitar que uma pessoa rica, praticando algo de mínima reprovação social, sofra uma sanção penal pecuniária despropositadamente elevada”.⁴⁰⁵

2.18. Questionamentos acerca da política de aplicação da pena mínima

Muito se tem discutido na doutrina acerca do “fetiche da pena mínima”, com críticas diversas acerca do posicionamento que se espalhou pelo foro, de alguns juízes que, para todo e qualquer crime, independentemente de suas particularidades, aplicavam, quando da existência de provas para condenar, a pena mínima constante nos tipos penais secundários.

Miguel Reale Júnior, enfrentando esta situação, partindo de um enfoque acerca dos fins que entende últimos da dosimetria penal, com espeque em Bellavista⁴⁰⁶, identificando-os com a finalidade de reprovação e prevenção, da pena como verdadeiro castigo e com certa missão educacional, tem que tal postura levada a cabo por uma parcela do judiciário

⁴⁰⁴ Idem, pág. 286.

⁴⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. op., cit., pág. 150 e 151.

⁴⁰⁶ BELLAVISTA, Giuseppe. *Il Potere Discrezionale del Giudice nella Applicazione della Pena*, Milão, 1939, p. 43. “No mesmo sentido BRICOLA, *La Discrezionalità nel Diritto Penale*, Milão, 1965, p. 80. Para BRICOLA, o poder discricionário prende-se à finalidade reeducativa da pena, com vistas ao juiz que deve fixar a pena. Para BETTIOL, a individualização da pena enquadra-se na consecução de uma justa retribuição, porque, a seu ver, “non esiste quindi una pena retributiva non sai una pena equa”. E a pena retributiva é orientada tanto para a gravidade do fato como é uma “pena do autor”, levando-se em conta a personalidade moral, o caráter do réu (*Diritto Penale*, Pádua, 9ª ed., 1970).” (REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 323).

acaba por afetar os fins de retribuição penal, assim como relega a finalidade da pena como de prevenção geral da pena.⁴⁰⁷

O professor titular sênior das Arcadas defende que a pena, decorrente da realidade, deve ter uma carga de aflição e castigo, pois é assim entendida socialmente e assimilada pelo condenado, e justamente fruto dessa verificação que o magistrado deve se “libertar do fetichismo da pena mínima para ajustar o *quantum* da sanção e a sua modalidade, no que entende ser necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação que merece o réu.”⁴⁰⁸

Reale Júnior, nessa quadra, enxerga que a função de prevenção geral da pena vem sendo minimizada pelos juízes, quando de suas dosimetrias, e aponta que a justa medida penal “apazigua os espíritos, pois enquadra-se no que é necessário e suficiente para se impor a equidade, reforçando-se a intimidação e a exemplaridade na aplicação concreta do Direito Penal.”⁴⁰⁹

Em decorrência dessa aplicação da pena justa, verdadeiramente individualizada, pois não somente derivada do mínimo legal fixado no tipo penal secundário atribuído ao crime, o professor do Largo de São Francisco exprime, com espeque em Militello⁴¹⁰, que “há uma concretização do programa legislativo, agindo o magistrado, no caso concreto, de acordo com a finalidade de prevenção geral.”⁴¹¹

Apostando na ameaça penal contida na norma, prossegue no sentido de que a lei penal atua com função “motivadora”, no sentido de que ao carregar uma “séria ameaça”, intimidadora e pedagógica, de um lado “conduz a omissão da ação delituosa, por outro, explicita valores, levando ao seu reconhecimento pelo destinatário do comando legal.”⁴¹²

⁴⁰⁷ REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 323 a 327.

⁴⁰⁸ Idem, pág. 324.

⁴⁰⁹ REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 325.

⁴¹⁰ MILITELLO, Vincenzo. *Prevenzione Generale e Commisurazione della Pena*, Milão, 1982, p. 95.

⁴¹¹ REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 325.

⁴¹² Idem, pág. 325.

Por tal feita, a pena também ganha uma função de utilidade social, na linha em que é desempenhada pelo direito penal, e ao se individualizar a pena “age-se não só em função do necessário para o réu, mas para com o necessário à sociedade.”⁴¹³

E completa o seu raciocínio acerca da prevenção geral da pena, concretizada pela dosimetria, apontando seu caráter de política criminal que, por essa sua carga, vindo a completar o programa legislativo acima revelado, pois “a pena será justa enquanto atender à reprovação que o ato encontrou no seu meio social, dando eficácia ao fim intimidativo e educativo da repressão penal.”⁴¹⁴

Por fim, Miguel Reale Júnior igualmente defende que a aplicação da pena a ser realizada pelo magistrado deve observar a prevenção especial. Sendo que após demonstrar que a ideologia de tratamento ou ideia de reinserção social sofre críticas⁴¹⁵, posiciona-se segundo a necessidade de se impedir a reincidência visando a defesa da sociedade, daí que, por força dessa ideia, o magistrado deverá “analisar o que se mostra mais consentâneo com

⁴¹³ Ibidem, pág. 325.

⁴¹⁴ REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 325. “Enquanto a pena não seja muito pouco severa reduzirá a possibilidade de vinganças privativas e as formas de autojustiça. Enquanto não seja excessivamente elevada e desproporcional ao fato, evitará a punibilidade de formas de simpatia pública para com o condenado, o que enfraquece a legitimidade do ordenamento.” (MILITELLO, Vincenzo. *Prevenzione Generale e Commisurazione della Pena*, Milão, 1982, p. 121, *apud* REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 325).

⁴¹⁵ “A ideologia do tratamento ou a ideia da reinserção social, dada a sua elasticidade, a sua amplitude e a vacuidade do seu conteúdo, teve fácil e tentadora aceitação. Esta aceitação sucedeu por vários motivos, pois revela a tendência à humanização da repressão penal, como se todos tivessem de apaziguar as consciências para, ao impor uma sanção a quem cometeu uma infração penal, pudessem dizer, ao mesmo tempo, que estariam impondo esta sanção em benefício do condenado, para proporcionar-lhe, no futuro, uma vida plena de felicidade e de utilidade no mundo livre.

Como já assinalei ao estudar acima a pena privativa de liberdade, o tratamento e a prevenção especial, mormente na avaliação da medida penal, conduzem a se indagar: ressocialização perante o que? Ressocializar perante que conjunto normativo? Ressocializar perante que ideologia? Que normas? Que conjunto de valores? O conjunto de valores próprios de uma comunidade? O conjunto de valores defendido por um determinado pensamento político? O conjunto de valores propugnado por uma religião? Ou o conjunto de valores que se encontra encartado na legislação penal? Ressocializar seria condicionar ou amoldar o homem condenado à legalidade penal? Mas qual legalidade penal? Amoldá-lo a toda legislação penal, inclusive à legislação extravagante? Mas submetê-lo, então, a uma lavagem cerebral e fazer inserir no seu espírito tudo aquilo que consta do Estatuto Penal e de toda a Legislação Penal? Ou apenas inserir no seu espírito a validade do valor, que ele desrespeitou pela prática delituosa?

As respostas a estas perguntas, difíceis de serem dadas, seriam essenciais para orientar o que se apresenta como necessário e suficiente, no caso concreto, dentre todas as possibilidades abertas à discricionariedade do juiz, na fixação da pena e de sua forma de cumprimento.

E mais uma pergunta se faz obrigatória: por que métodos e por que meios realizar esta propalada ressocialização social? É de se admitir que o delito é apenas uma oportunidade que o delinquente dá para que o Estado o recupere, pela utilização de métodos das ciências comportamentais, transformando a figura etérea, porque não existe na realidade científica, do criminoso, em outra realidade também etérea, que é a do não criminoso?” (REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 325 e 326).

a pessoa do condenado com vistas à promoção do necessário e suficiente a que se prepare para enfrentar uma sociedade de competição.”⁴¹⁶

“Com vistas a estas diretrizes, é mister o magistrado escolher a espécie de pena a aplicar dentre as cominadas, pois a lei abre um leque de possibilidades, por exemplo: o réu não reincidente, condenado por tentativa de estelionato, ao qual se fixa a quantidade de sanção penal de seis meses de reclusão, pode ver a pena substituída por multa ou substituída por uma restritiva de direitos (art. 44, § 2º) ou sofrer o sursis, que é mais grave que a simples substituição por restritivas de direitos, que não constituem direito subjetivo, uma vez que dependem de serem considerados necessários e suficientes, a conduta social, personalidade etc. (vide arts. 44, III, e 77, II). Se foi feita a opção em favor da não substituição por multa, ou por restritiva de direitos, e pela não concessão do sursis, escolhendo, portanto, o magistrado ser necessário que a reprimenda se efetue pelo cumprimento da pena privativa de liberdade, cabe, então, fixar qual o regime inicial de cumprimento da pena. Esta tarefa diz respeito, no dizer de SÉRGIO PITOMBO, com à intensidade da pena, que jamais será, nesta parte, definitiva, pois poderá o condenado durante a execução progredir para regime menos rigoroso ou regredir para mais rigoroso.

Cumpra ao juiz, segundo os critérios já lembrados, substituir a pena privativa por restritiva de direitos ou multa. A pena restritiva de direitos será executada após o trânsito em julgado, cabendo ao juiz da execução notificar o condenado, que deverá, a partir de determinada data, passar a cumprir, por exemplo, a pena de limitação de fim de semana comparecendo a lugar especificado pelo próprio juiz da execução. Nesse sentido, deve-se recorrer aos dispositivos da Lei de Execução Penal.”⁴¹⁷

Concluindo com o pensamento de Miguel Reale Júnior, o juiz tem a missão decorrente da dosimetria de fixar a reprimenda observando a qualidade, a quantidade e a intensidade da pena, pois a lei se mostraria como um “programa de trabalho”, ficando ao encargo do juiz a sua adequação, eis que a “a lei não transforma a realidade, mas sem lei a realidade não se transforma.”⁴¹⁸

Guilherme de Souza Nucci⁴¹⁹ é outro adepto da crítica à política de aplicação da pena mínima, fruto inclusive de pesquisa realizada perante a Vara de Execuções Criminais de São Paulo⁴²⁰, pois compreende que a padronização das decisões fere o princípio da individualização da pena, apresenta vícios de fundamentação da decisão, e isso tudo ante

⁴¹⁶ REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 326.

⁴¹⁷ REALE JR., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5ª ed., revista, atualizada e reformulada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, pág. 326 e 327.

⁴¹⁸ Idem, pág. 327.

⁴¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 298 a 301.

⁴²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2014, pág. 298 a 301.

as inúmeras particularidades de cada caso frente aos riquíssimo elementos e critérios fornecidos pela lei penal para a dosagem da pena.

Ressaltando, assim como Reale Júnior, o prejuízo para a sociedade e discorrendo que o magistrado deverá atuar em fase instrutória processual visando a colheita de provas suficientes, para além daquelas acerca da materialidade e autoria, a respeito das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal.⁴²¹

Conclui Souza Nucci que a busca por tais elementos de prova, tais como, por exemplo, a forma como se deu a infração, suas consequências, eventual reparação do dano e etc., cabe não só ao magistrado mas também às partes, para que o juiz então possa abandonar o comodismo da aplicação da pena no mínimo legal e passe a individualizar corretamente a pena.⁴²²

Ocorre que em frontal oposição aos entendimentos demonstrados acima, estão os autores João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem, que afirmam, com fulcro em pesquisa realizada por Salo de Carvalho⁴²³, que os números das decisões pesquisadas que são frutos dos tribunais superiores (STF, STJ e TSE) demonstram outra realidade, pois analisando-se um total de 185 acórdãos, apenas em 64 processos houve a incidência da pena mínima e justamente quando todas as circunstâncias apresentavam-se favoráveis aos sentenciados.⁴²⁴

Nessa esteira, os referidos autores questionam a posição de Souza Nucci, defendendo que a literalidade do artigo 59 do Código Penal permite a fixação da pena no mínimo legal, mesmo em caso de existência de uma ou algumas circunstâncias desfavoráveis⁴²⁵, inclusive quando socialmente recomendável em analogia ao teor do artigo 44, parágrafo 3º, do Código Penal.⁴²⁶

“Entendemos que uma equiparação não seria viável. A política de redução de danos ao apenado é concretizada por meio da releitura constitucional de todas as circunstâncias judiciais, mas não pode desconhecer a presença de outra parte interessada na relação processual. Pode-se valorar a presença de circunstâncias

⁴²¹ Idem, pág. 300.

⁴²² Ibidem, pág. 301.

⁴²³ CARVALHO, Salo de. *Dos critérios de aplicação de pena no Brasil*, 2009, pags. 18 e 19.

⁴²⁴ MARTINELLI, João Paulo O. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, pág. 959.

⁴²⁵ TRF 4ª Região, 7ª Turma, Apelação Criminal n. 2002.04.01.042792-0, rel. Des. Fábio Bittencourt da Rosa, DJ 30-04-03.

⁴²⁶ MARTINELLI, João Paulo O. BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, pág. 960.

judiciais negativas, por certo, devidamente fundamentadas em juízos objetivos e nos limites da conflitividade social discutida na ação penal. Em outros termos, não é o próprio magistrado a vítima do delito, de sorte que seu dever é não se apropriar da pena, o que levaria à sua parcialidade. Deve-se evitar o emprego de valores subjetivos morais nos processos para não olvidar o adequado imperativo constitucional de motivação.”⁴²⁷

Vê-se, portanto, que a questão é bastante conturbada, restando algo muito claro que é a necessidade de o juiz bem fundamentar suas decisões, para que sua sentença esteja preparada para o escrutínio jurídico e democrático.

CAPÍTULO 3: A DOSIMETRIA DA PENA NOS CRIMES ECONÔMICOS

3.1. A dosimetria da pena nos crimes econômicos: visão geral

Quando adentramos no campo dos crimes econômicos e partimos para uma análise das dosimetrias penais, fruto das condenações nessa específica área, toda a construção dogmática vista no presente trabalho se aplica integralmente.

Não há, como bem pondera Cezar Roberto Bitencourt, nenhuma norma específica para o tratamento da dosimetria nestes crimes, pois “nenhuma das leis esparsas, especiais ou extravagantes consagram um modo especial de dosimetria penal, aplicando-se, por inteiro, as previsões contidas no Código Penal, quando mais não seja, por determinação da regra expressa no art. 12 do referido estatuto penal material.”⁴²⁸

Assim sendo, seguindo com o penalista gaúcho, a “culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime

⁴²⁷ Idem, pág. 960.

⁴²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, vol. I, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pág. 834.

são exatamente as mesmas previstas no Código Penal, com os mesmos conteúdos, sentidos, funções, finalidades e limites que nesse diploma legal são concebidos.”⁴²⁹

O alerta de Cezar Roberto Bitencourt é de suma importância, eis que a jurisprudência vem dando aplicação bastante diferenciada às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, quando se trata de apenar um acusado destes específicos crime.

Muitas vezes, o que encontramos nas decisões espalhadas por todos os graus de jurisdição do país, com a confirmação de sentenças de primeira instância ou mesmo condenações realizadas pelos próprios tribunais contra os réus detentores de foro privilegiado, é a identificação do cargo ocupado que detenha comando ou um maior prestígio, da posição hierárquica na empresa, do porte econômico-financeiro do sujeito ativo ou de seu negócio, sendo usados para incrementar a reprimenda⁴³⁰.

As decisões vêm refletindo o surgimento, como visto nos primeiros capítulos, de um novo inimigo para o direito penal⁴³¹, em que seu status social é utilizado como demérito, verdadeiro desvalor para fins de aplicação de pena, identificado, ilegalmente, muitas das vezes, com as circunstâncias em sentido estrito do crime, o que revela um odioso direito penal do autor.⁴³²

Nessa quadra, Cezar Roberto Bitencourt mais uma vez é cirúrgico, quando discorre que “o status pessoal ou profissional ou mesmo a posição que eventual acusado ocupa na

⁴²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, vol. I, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pág. 834.

⁴³⁰ STJ, 5ª Turma, HC n. 36.804-RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 03/11/2004 p. 222.

⁴³¹ “Trata-se de orientação identificada com o mais autêntico direito penal de autor, ressuscitado por movimentos neorraciais, que andam recrudescendo, perigosamente, em alguns países do continente europeu. Quer dizer, julga-se pelo que o indivíduo é e não pelo que faz, como um verdadeiro “direito penal do inimigo”, que, de uma forma discriminatória, distingue entre “cidadãos” e “inimigos”, tratando-se, com efeito, da desconsideração de determinada “classe de cidadãos” como portadores de direitos não iguais aos demais a partir de uma classificação que se impõe desde as instâncias de controle formal, violando o sagrado princípio da igualdade. É uma forma discriminatória e, diríamos, inclusive ideologizada que elege, no caso, o empresário, o produtor, o empreendedor como inimigo da sociedade, o grande causador da ruína do cidadão, que deve pagar, agora no banco dos réus, a qualquer custo.”(BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, vol. I, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pág. 835).

⁴³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, vol. I, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pág. 835.

sociedade jamais poderá ser confundido com ‘circunstâncias do crime’, nos termos concebidos pelo art. 59 do Código Penal.”⁴³³

Daí que ao tratarmos de uma criminalidade dos poderosos⁴³⁴, do colarinho branco, parece-nos e sem exageros, pois com fulcro na jurisprudência como se demonstrará abaixo, que muito se pune o sujeito por quem ele é, mas em menor monta pelo que se fez.

“Nessa linha de pensamento, com efeito, para as instâncias de controle não importa o que se faz (direito penal do fato), mas sim quem faz. Em outros termos, não se pune pela prática do fato, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de quem faz, num autêntico Direito Penal de autor. Esse tipo de interpretação, mesmo em decisões judiciais — preocupadas em destacar o status ou personalidade do acusado — vão muito além da intenção de controlar a criminalidade financeira ou tributária, pois representam, sem sombra de dúvida, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do ser humano (em especial daquele que responde a processo criminal), mas também capaz de prescindir da própria consideração do acusado ou condenado como ser humano e pretende, inclusive, substituir um modelo de direito penal do fato por um modelo de direito penal de autor, proscrito nos Estados Democráticos de Direito.”⁴³⁵

3.2. Análise específica de casos

O presente capítulo tem como função analisar algumas decisões judiciais nacionais que tratam da dosimetria da pena em crimes econômicos, de forma que seja possível compreender, a partir de uma análise técnica e crítica, quais são os critérios que

⁴³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, vol. I, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pág. 835. Seguimos com o autor: “O status pessoal ou profissional ou mesmo a posição que o eventual acusado ocupa na sociedade jamais poderá ser confundido com “circunstâncias do crime”, nos termos concebidos pelo art. 59 do Código Penal, conforme nossos comentários anteriores. Na realidade, qualquer principiante em matéria penal sabe que “as circunstâncias do crime” não se confundem com o status pessoal ou profissional do autor, sua condição particular, a função que exerce na coletividade, que, aliás, não têm nenhuma relação com o fato delituoso e, até por isso, não podem influir na sua punição, especialmente para agravá-la, sem previsão legal, como fizeram as decisões questionadas.”

⁴³⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000.

⁴³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, vol. I, 25ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pág. 836.

predominam no Direito Penal brasileiro sobre o tema, confrontando-os com os pressupostos teórico-metodológicos já trabalhados.

O objetivo, portanto, é esclarecer a existência ou não de compatibilidade entre a doutrina e o que se tem aplicado na jurisprudência brasileira. Dar-se-á maior atenção às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, uma vez que se trata da corte que, juntamente com o Supremo Tribunal Federal, vem prolatando decisões importantes sobre variadas matérias no âmbito penal.

Em que pese os delitos praticados contra a Administração Pública, tais como a corrupção passiva, não sejam crimes econômicos ou financeiros propriamente ditos, são crimes que por variadas vezes os acompanham, de forma que o entendimento jurisprudencial é capaz de se mostrar útil à presente pesquisa.

Ao se estudar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental nº 180.444-7/DF, julgado em 08 de fevereiro de 2022, de relatoria do Ministro Ilan Paciornik, vê-se que foi mantida tanto a condenação como a exasperação da pena-base do agente pela prática do delito de corrupção passiva, previsto no artigo 317 do Código Penal, de forma demasiado sucinta e subjetiva. É clara a ausência de fundamentação para o aumento da pena pela prática de delito contra a Administração Pública, limitando-se o Relator a apontar que o cargo ocupado pelo agente e a circunstâncias relativas à população fundamentam o agravamento da reprimenda penal. Vejamos:

“Quanto à dosimetria, foram apontados elementos concretos para o aumento das penas-bases, extrínsecos aos tipos criminosos, uma vez que o cargo ocupado e a circunstância de engodo a populares caracterizam um plus às práticas delitivas.”⁴³⁶

No caso em comento, o Agravante foi condenado pela prática do delito de corrupção passiva, previsto no artigo 317 do Código Penal. Ou seja, a condenação se deu em razão da prática de um delito funcional, visto que só pode ser cometido por funcionários públicos conforme o conceito previsto no artigo 327 do Código Penal.

⁴³⁶ Superior Tribunal de Justiça, Ag.Rg nº 180.444-7/DF. Relator: M. Ilan Paciornik. Data de julgamento: 08 de fevereiro de 2022.

Contudo, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que o cargo ocupado pelo Agravante, mesmo inerente ao tipo penal em questão, seria suficiente não apenas para a elevação da pena base por meio da circunstância judicial da culpabilidade, disposta no artigo 59 do Código Penal, bem como para a aplicação da causa de aumento de pena prevista no §1º do mencionado artigo 317 do mesmo diploma legal.

Dessa forma, nota-se a dupla punição pelo mesmo fato – a ocupação de cargo perante a Administração Pública – violando-se o princípio de vedação ao *bis in idem*.

Demonstra-se, portanto, que não apenas as decisões pecam pela ausência de fundamentação, aumentando a pena de indivíduos sem o cumprimento do dever disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, como se utiliza de circunstâncias demasiadas abstratas para legitimar a exasperação penal, inclusive por meio de uma perspectiva de direito penal do autor.

Já no julgamento do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 694639/RJ, também decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, mediante relatoria do Desembargador Jesuíno Rissato, convidado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, nota-se uma vez mais a ausência de fundamentação concreta da decisão, vez que, no que tange à dosimetria da pena, o relator limitou-se a citar a decisão monocrática que ensejou o agravo regimental, bem como à própria decisão entendida como coatora. Tem-se a seguinte redação:

“Em relação aos pedidos, o agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, assim proferida (fls. 321-327) (...)”⁴³⁷

Por mais que a decisão agravada possa servir de fundamento para o julgamento do Agravo Regimental, está sedimentado que a mera reprodução ou repetição dos argumentos postos em determinada decisão, por si só, não são suficientes para fundamentar o desprovimento de recurso ou ação de impugnação que a contesta. Afinal, se permitido fosse, a garantia individual do duplo grau de jurisdição se limitaria à repetição de decisões.

⁴³⁷ Superior Tribunal de Justiça, Ag. Rg em HC nº 694639/RJ. Relator: Desembargador Jesuíno Rissato. Data do julgamento: 13/12/2021.

O mencionado dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, inapelável para a possibilidade do exercício do direito de defesa no Estado Democrático de Direito, importa no necessário reexame da matéria trazida no recurso ou ação de impugnação, de forma que a mera reiteração argumentativa, ainda mais por meio de citações literais, significa necessariamente o cerceamento da defesa.

Indo além, no que tange à dosimetria da pena, tem-se uma vez mais o caso de condenação pela prática do delito de corrupção passiva, onde a pena-base foi aumentada em razão de ser o agente policial federal. Aos olhos dos julgadores, o cargo ocupado pelo funcionário público implica maior culpabilidade no caso da prática delitiva, em razão de tratar-se de agente público responsável pela garantia da ordem e incolumidade públicas. Vejamos:

“Considerando o modelo trifásico de dosimetria da pena adotado pelo Código Penal passo primeiramente a analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Tenho a culpabilidade encontra-se muito acima do normal, havendo, assim, uma maior reprovabilidade do ponto de vista da imputação subjetiva, principalmente se considerarmos que (1) o réu Marco Antônio detinha a função de agente de polícia federal. Ora, é de se esperar que os agentes públicos encarregados da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, CRFB) tenham plena ciência de que sua função não permite condutas violadoras daquilo que é seu dever r assegurar. Ademais, o fato de terem expertise na função de polícia judiciária, faz com que saibam como poucos de que a atividade praticada não é acobertada pelo Direito ou pela Moral. Quanto aos antecedentes, até então não denegridos, não desabonam. A conduta social, desconhecida do juízo, não é fator negativo na valoração. Em lação à personalidade, não aparenta transtornos antissociais. O motivo do delito não extrapola o ordinário. As circunstâncias não são aquelas de ordinário para os delitos da espécie, sendo que (2) a atuação da conduta criminosa dentro de uma Delegacia da Polícia Federal importa em um maior desvalor da conduta. As consequências também extrapolam o ordinário, já que (3) a conduta foi causa da permanência ilícita de estrangeiro, não tendo sido uma corrupção ‘banal’ ou ‘desimportante’”⁴³⁸.

Assim, tem-se claramente uma abordagem pautada pelo direito penal do autor, uma vez que o aumento da pena-base se deu não em razão do fato – da conduta efetivamente praticada pelo agente – mas em razão de quem se trata – um agente policial federal. Sabe-se que parte da doutrina e da jurisprudência aceitam a tese de que, em fase de dosimetria da pena, mistura-se o direito penal do autor e do fato. Porém, não se trabalha com tal teoria

⁴³⁸ Idem.

por se entender que a imputação penal baseada em características pessoais do agente possibilita o descontrole do poder de punir.

Houve, ainda, a majoração da reprimenda em razão do local da prática do delito – Delegacia da Polícia Federal – circunstância essa que não encontra qualquer amparo no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Por mais que a primeira etapa do método trifásico de dosimetria penal seja de maior discricionariedade, eventuais escolhas de exasperação das reprimendas devem ser devidamente fundamentadas, de forma a explicar a razão pela qual a prática de determinado delito em determinado local enseja um acréscimo na pena-base, bem como qual o aumento da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal em razão do ambiente no qual praticou-se o delito.

Tratou-se na mencionada decisão, das consequências do delito, especificamente a permanência de estrangeiro em território nacional de forma ilícita em razão da prática do crime de corrupção. Não houve, no entanto, qualquer fundamentação sobre as razões pelas quais a tal permanência torna a conduta mais gravosa. Lembrando a já mencionada lição de Teixeira⁴³⁹, a exasperação da pena-base em razão das consequências do delito deve atentar à previsibilidade concreta, ao nexo de causalidade – o delito, por óbvio, deve fazer derivar sua consequência diretamente – e ao âmbito de proteção da norma jurídica, como o bem jurídico tutelado pelo delito praticado. Assim, a partir da concepção de Frisch, não há razão para o aumento da reprimenda em razão de circunstância que não tem ligação com o bem jurídico lesado no caso em análise.

Já no Agravo Regimental em Recurso Especial de nº 1881311/DF, julgado em 2021 sob a relatoria do Ministro Félix Fisher do Superior Tribunal de Justiça, encontrou-se a seguinte fundamentação:

“O Código Penal não estabelece fração mínima ou máxima de aumento de pena a ser aplicada, cabendo ao magistrado estabelecer o quantum de exasperação, com observância de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação, a teor do art. 93, IX, da CF/1988. Com efeito, os critérios adotados pela jurisprudência e pela doutrina, diante do silêncio do legislador em estabelecer critérios para o aumento da pena-base, são meramente indicativos e não vinculantes, sendo possível, teoricamente, estabelecer a pena-base no patamar máximo com fundamento em apenas uma circunstância judicial desabonadora. Precedentes. III - O entendimento desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de

⁴³⁹ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da pena, fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 137.

circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse contexto, a ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça.”⁴⁴⁰

Em que pese esteja correta a afirmação de que o legislador, por escolha, deixou de apontar critérios objetivos e limitantes para a exasperação ou diminuição das penas na primeira fase da dosimetria, dando maior liberdade aos magistrados, entende-se que não há que se falar em completa discricionariedade dos membros do Poder Judiciário. Não apenas os mencionados princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem pautar as decisões judiciais, como deve-se ter em horizonte razões concretas – não apenas conjecturas abstratas como a danosidade social da conduta ou o sentimento de injustiça – para fundamentar eventual aumento de reprimenda no primeiro momento.

Não se mostra proporcional e concretamente fundamentada a hipótese trazida na decisão, onde atesta, mesmo que em teoria, a possibilidade de fixação da pena-base no máximo legal em razão da presença de uma única circunstância judicial negativa prevista no artigo 59 do Código Penal. Além de violar a proporcionalidade, tal conjectura abre perigosa brecha para a insegurança jurídica, possibilitando aos magistrados fixarem a pena-base por meio de qualquer parâmetro que os forneça a sensação de justiça.

O direito penal, como já trabalhado, não se trata de meio de justificação, mas de garantia contra eventuais excessos do poder punitivo. Sendo assim, não se visa limitar unicamente o poder do Estado na execução das penas. Protege-se o acusado fornecendo-o a possibilidade de defender-se por meio do devido processo legal – artigo 5º, LXV da Constituição Federal – bem como por meio das limitações legais, doutrinárias e jurisprudenciais nas fixações de eventuais penas.

É em razão disso que se exige como fundamentação judicial mais do que o sentimento de justiça do magistrado, de forma a se demandar o apontamento de elementos concretos, presentes no processo, que possibilitam o aumento da pena-base.

⁴⁴⁰ Superior Tribunal de Justiça, Ag.Rg no REsp nº 1881311/DF /DF. Relator: M. Félix Fisher. Data de julgamento: 23/02/2021.

É fundamental também atentar ao perigo decorrente da fixação da tese de que os critérios doutrinários e jurisprudenciais da dosimetria são meramente indicativos e não possuem poder de vinculação. Tal entendimento significa tornar legais quaisquer decisões que se pautem na confecção de justiça e no que é proporcional para o magistrado prolator da decisão, mesmo que em completa dissonância com quaisquer outras fontes do Direito.

No caso que ora se estuda, lê-se o seguinte:

“Contudo, o aumento da pena-base, em virtude da presença de 3 (três) circunstâncias judiciais valoradas negativamente, quais sejam, a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do delito, está devidamente fundamentada e dentro dos limites mínimo e máximo previstos nos preceitos secundários dos tipos penais respectivos; assim, não se revela excessivo. O Código Penal não estabelece fração mínima ou máxima de aumento de pena a ser aplicada, cabendo ao magistrado estabelecer o quantum de exasperação, com observância de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação, a teor do art. 93, IX, da CF/1988.”⁴⁴¹

Concorda-se com o trecho supracitado, sendo unicamente importante apontar que o dever constitucional de fundamentação não pode ser sanado unicamente por meio do apontamento da justiça como fim da pena ou de critérios pessoais de proporcionalidade do magistrado. Uma vez mais, frisa-se a necessidade de fundamentação por meio de apontamentos de elementos concretos presentes nos autos, sob pena de cerceamento de defesa.

Encontra-se na ação penal de nº 5036528-23.2015.4.04.7000, conhecida popularmente como “Lava-Jato”, julgada pela 13ª Vara Criminal de Curitiba, variados aspectos polêmicos. Porém, a decisão especificada comportou o acerto de apontar, em relação a determinados réus, critérios concretos de aumento de pena-base, presentes nos autos, afastando uma eventual discricionariedade:

“Para os crimes de corrupção ativa: Marcelo Bahia Odebrecht não tem antecedentes registrados no processo. Personalidade, culpabilidade, conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A prática do crime corrupção envolveu o pagamento de R\$ 108.809.565,00 e USD 35 milhões aos agentes da Petrobrás, um valor muito expressivo. Um único crime de corrupção envolveu pagamento de cerca de R\$ 46.757.500,00 em propinas. Consequências também devem ser valoradas negativamente, pois o custo da propina foi repassado à Petrobrás,

⁴⁴¹ Idem.

através da cobrança de preço superior à estimativa, aliás propiciado pela corrupção, com o que a estatal ainda arcou com o prejuízo no valor equivalente. A corrupção com pagamento de propina de mais de uma centena de milhões de reais e tendo por consequência prejuízo equivalente aos cofres públicos merece reprovação especial. Considerando duas vetoriais negativas, de especial reprovação, fixo, para o crime de corrupção ativa, pena de quatro anos e seis meses de reclusão. (...) A lavagem, no presente caso, envolveu especial sofisticação, com utilização de recursos em contas do Grupo Odebrecht no exterior, abertura de contas secretas em nome de off-shores no exterior, interposição fraudulenta de contas off-shores entre as contas off-shores do Grupo Odebrecht e as contas off-shores dos agentes da Petrobrás. Tal grau de sofisticação não é inerente ao crime de lavagem e deve ser valorado negativamente a título de circunstâncias (a complexidade não é inerente ao crime de lavagem, conforme precedente do RHC 80.816/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma do STF, un., j. 10/04/2001). Consequências devem ser valoradas negativamente. A lavagem envolve a quantia substancial de USD 16.236.890,00 mais 1.925.100,00 francos suíços. Mesmo considerando as operações individualmente, os valores são elevados, tendo só uma delas envolvido transferência de USD 1.005.800,00. A lavagem de grande quantidade de dinheiro merece reprovação especial a título de circunstâncias. Considerando duas vetoriais negativas, fixo, para o crime de lavagem de dinheiro, pena de quatro anos e seis meses de reclusão”⁴⁴²

Mostra-se, assim, que a exasperação da pena-base se deu unicamente a partir de elementos concretos dos autos, ou seja, a partir da sofisticação do *modus operandi* utilizado para corromper agentes públicos e ocultar ou dissimular bens e valores oriundos de delitos antecedentes. O montante extremamente elevado do caso acaba por gerar amplo prejuízo à Administração Pública, prejudicando-a economicamente.

Insta esclarecer que o alto montante apontado nos crimes de corrupção e de lavagem de capitais é circunstância que pode configurar o aumento da pena-base de ambos os crimes. Afinal, trata-se de delitos diversos que lesam bens jurídicos diferentes, de forma que não há que se falar em dupla punição pelo mesmo fato – já que são condutas que também não se confundem.

Porém, o supracitado caso também comportou em sua sentença certa confusão quando da utilização das circunstâncias judiciais como elementos de acréscimo da pena-base. Lê-se o seguinte:

“Para os crimes de corrupção passiva: Renato de Souza Duque não tem antecedentes registrados no processo. As provas colacionadas neste mesmo feito indicam que passou a dedicar-se à prática sistemática de crimes no exercício do

⁴⁴² 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal nº 5036528-23.2015.4.04.7000. Magistrado: Sergio Fernando Moro. Data de julgamento: 08/03/2016.

cargo de Diretor da Petrobrás, visando seu próprio enriquecimento ilícito e de terceiros, o que deve ser valorado negativamente a título de personalidade. Culpabilidade, conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A prática dos crimes corrupção envolveu o recebimento de cerca de R\$ 54.404.782,50 pela Diretoria de Serviços e Engenharia da Petrobrás. Um único crime de corrupção envolveu pagamento de mais de vinte milhões em propinas. Mesmo considerando que Renato de Souza Duque recebia uma parcela desses valores, o montante ainda é muito elevado. Consequências também devem ser valoradas negativamente, pois o custo da propina foi repassado à Petrobrás, através da cobrança de preço superior à estimativa, aliás propiciado pela corrupção, com o que a estatal ainda arcou com o prejuízo no valor equivalente. A corrupção com pagamento de propina de dezenas de milhões de reais e tendo por consequência prejuízo equivalente aos cofres públicos merece reprovação especial. Considerando três vetoriais negativas, de especial reprovação, fixo, para o crime de corrupção passiva, pena de cinco anos de reclusão.”

Nota-se no trecho mencionado que as próprias condutas que se visa punir foram utilizadas como elementos para a definição da personalidade do agente. Por óbvio, não se pode admitir que a conduta típica seja usada para punir acima do mínimo, vez que se trata da própria norma penal incriminadora. Ou seja, para que se esteja tratando de dosimetria da pena, tem-se como pressuposto que existiu uma conduta típica, ilícita e culpável, de forma que não é legítima admissão da conduta com a personalidade do agente, por evidente utilização equivocada dessa circunstância judicial.

Tem-se, também, importante análise a ser feita acerca da ação penal de nº 5054932-88.2016.4.04.7000/PR, um desdobramento da “Operação Lava-Jato”, julgada pela mesma 13ª Vara Criminal de Curitiba, pois que demonstrou inexactidão ao utilizar a culpabilidade como circunstância judicial apta a elevar a pena-base do réu, meramente pelo seu alto cargo:

“Crime de corrupção passiva: Antônio Palocci Filho responde a outra ação penal perante este mesmo Juízo, de n.º 506313017.2016.4.04.7000. A outra ação penal ainda não foi julgada, motivo pelo qual será considerado como tendo bons antecedentes. Conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. Circunstâncias devem ser valoradas negativamente. A prática do crime corrupção envolveu o pagamento em favor de terceiro de USD 10.219.691,08, o que é um valor bastante expressivo. Além disso, o crime insere-se em um contexto mais amplo, revelado nestes mesmos autos, de uma conta corrente geral de propinas com acertos de até duzentos milhões de reais. Consequências também devem ser valoradas negativamente, pois os valores serviram, no caso, para remunerar, sem registro, serviços prestados em campanhas eleitorais, o que representa fraude equivalente em prestações de contas eleitorais. A contaminação com recursos do crime do processo político democrático é o elemento mais reprovável do esquema criminoso da Petrobrás. A culpabilidade é elevada. O condenado agiu enquanto Ministro Chefe da Casa Civil, um dos

cargos mais importantes e elevados na Administração Pública Federal. A responsabilidade de um Ministro de Estado é enorme e, por conseguinte, também a sua culpabilidade quando pratica crimes. Isso sem olvidar que o crime se insere em um contexto mais amplo, de uma relação espúria de anos entre o Grupo Odebrecht e o condenado. Agiu, portanto, com culpabilidade extremada, o que também deve ser valorado negativamente. Tal vetorial também poderia ser enquadrada como negativa a título de personalidade. Considerando três vetoriais negativas, de especial reprovação, fixo, para o crime de corrupção passiva, pena de cinco anos de reclusão.”⁴⁴³

O aumento da reprimenda, na primeira fase da dosimetria, por tal perspectiva, significa, uma vez mais, a utilização de aspectos subjetivos em detrimento da análise objetiva do fato. Caso se entenda a culpabilidade prevista no artigo 59 do Código Penal como circunstância ligada à reprovabilidade, deve-se limitar a análise de tal reprovabilidade, apontando-se unicamente para fato, entendido como delituoso, e não para questões pessoais ligadas ao seu autor.

Nota-se, ainda, no trecho mencionado, que o magistrado prolator da sentença visualizou a possibilidade de o alto cargo ocupado pelo agente ser desvalorado não só pela culpabilidade, mas igualmente ante a personalidade do agente, de forma alternativa. Assim, extrai-se da supramencionada decisão a discricionariedade do magistrado imposta na primeira fase, por meio da imposição de suas convicções, refletidas nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código.

Não se pode também deixar de mencionar a Ação Penal 470, conhecida como “mensalão”, um dos mais lembrados casos de crimes políticos e econômicos da história recente do Brasil. No caso, em razão da fixação da competência em razão do foro por prerrogativa de função, os acusados foram julgados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa.

Houve extensa fundamentação na dosimetria das penas impostas, de forma que não há que se falar em qualquer violação ao disposto no artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988. Porém, notou-se a utilização de uma visão ampla, política e social, para fundamentar aumentos de pena. Como os delitos julgados foram cometidos no âmbito da mais alta cúpula política do país, as condutas praticadas foram entendidas como mais gravosa, por violarem a própria democracia. Vejamos o quanto importa:

⁴⁴³ 13º Vara Federal de Curitiba. Ação Penal nº 505493288.2016.4.04.7000, Magistrado: Sergio Fernando Moro. Data de julgamento: 26/06/2017.

“As consequências dos crimes igualmente se mostram extremamente desfavoráveis. Com efeito, a corrupção de um parlamentar em troca de seu voto produz lesões muito mais graves ao ordenamento jurídico do que a mínima prevista para o tipo penal, pois envolve bens jurídicos que vão além da mera administração pública – ou seja, o regime democrático, o pluripartidarismo, a separação e independência entre os poderes, todos inseridos na esfera de previsibilidade do acusado. O crime praticado pelo réu JOSÉ BORBA tem por consequência gravíssima a lesão à democracia, que é caracterizada exatamente pelo diálogo entre opiniões e visões distintas das dos representantes eleitos pelo povo. Foi essa prática dialética e a confiança nela depositada pelos eleitores que lhe outorgaram o mandato eletivo que o réu impediu, em troca de dinheiro.”⁴⁴⁴

Como já trabalhado, as consequências do delito não devem ser objeto de aumento da pena-base quando não se tem claros: (i) a previsibilidade do ato consequente; (ii) o nexo de causalidade direto entre o delito praticado e aquilo por ele gerado; (iii) a incidência da consequência no âmbito de proteção da norma – como proteção ao bem jurídico.

Tem-se lesões efetivas e demonstráveis à Administração Pública e em especial ao erário, sendo a lesão à democracia uma conjectura abstrata e não demonstrável efetivamente, o que não torna possível aplicá-la, sob pena de sua utilização dever exacerbar a pena de ampla maioria dos crimes praticados por agentes envolvidos em atividade político-partidária.

Ocorreu também nesse caso a confusão entre as condutas integrantes do tipo penal e as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal. Tal fundamentação foi utilizada em variadas individualizações feitas ao longo do processo. Vejamos um trecho:

“As circunstâncias, os motivos, as consequências do crime e a culpabilidade do réu, entretanto, revelaram que ele não se esquivou de participar do esquema de recebimento de valores estabelecido por seus superiores hierárquicos, na agremiação política da qual fazia parte, para a prática de crime contra a Administração Pública.”⁴⁴⁵

Por óbvio, se determinado agente se esquivou de participar de fato definido como crime, não há que se falar em imposição de pena. Portanto, o fato de determinado réu ter participado de esquema criminoso é o que fundamenta a condenação, e não o aumento de pena. Afinal, uma vez mais, tal método acarretaria em aumento para todos os delitos, uma

⁴⁴⁴ Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 17/12/2012.

⁴⁴⁵ Idem.

vez que, retirada a conduta, não há que se falar em fato típico e, conseqüentemente, em crime.

CONCLUSÃO

1. Ao elaborarmos a dissertação com o tema proposto da “dosimetria da pena nos crimes econômicos”, subdividimos em três partes centrais: dos crimes econômicos, da dosimetria da pena e da análise jurisprudencial da dosimetria da pena nos crimes econômicos. A partir desta subdivisão temos que, em que pese a importância e a necessidade de tutela penal da ordem econômica, há ainda uma grande discussão acadêmica a respeito dos crimes econômicos, de sua natureza e de sua abrangência, tornando-se um fenômeno penal, fruto de uma clara expansão penal.

2. Vale destacar a enorme influência dos modelos econômicos em relação ao direito penal econômico, desde a promulgação do primeiro texto legal *antitruste*, em 1890, nos Estados Unidos da América, até a proliferação de leis penais.

3. Há, igualmente, uma forte divergência doutrinária acerca do alcance dos crimes econômicos, sendo que por uma análise ampliada, teríamos um direito penal econômico demasiadamente abrangente, situação que pode trazer conflitos em relação a sua aplicação.

4. Já no que tange ao seu objeto criminológico, temos o nascimento de importantes correntes de pensamento, tais como a de Sutherland, com seus *white-collar crimes*, levando a análise do cometimento de crimes para as altas estruturas sociais.

5. As crises financeiras mundiais foram um divisor de águas para o direito penal econômico, fazendo com esse ramo do direito fosse utilizado como ilegítimo instrumento de contenção de crises.

6. A dosimetria penal foi o objeto de estudo que revelou que as etapas de aplicação da pena não são respeitadas judicialmente, existindo, nesse campo, uma larga arbitrariedade.

7. No aspecto da dosimetria, foi identificado que as circunstâncias judiciais são pouco exploradas pelos magistrados em geral, não sendo utilizadas como deveriam e visando uma contenção de danos penais que defendemos.

8. A discussão a respeito da pena mínima traz, como pano de fundo, verdadeira ideia penal, dos fins próprios da pena, tornando-se campo fértil para discussões acadêmicas.

9. A dosimetria da pena nos crimes econômicos se trata de ponto de maior, dentro da dosimetria da pena a gerar conflitos e uma má aplicação das circunstâncias judiciais, levando, por vezes, para um direito penal do autor.

10. Trata-se, por fim, de âmbito jurídico que necessita de maiores cuidados, principalmente de soluções judiciais para orientar a jurisprudência, visando, nesse importante campo de crimes, um direito penal voltado ao fato e com isso mais justo e democrático.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, David Teixeira de. *Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

BAJO-FERNÁNDEZ, Miguel. BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2ª ed., Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, vol. I, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRANDÃO, Claudio. *Curso de direito penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRUNO, Aníbal. *Das penas*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro*. 3ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1991.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. Coleção: Maestros del derecho penal. 2ª Ed. Buenos Aires: B de F. 2001.

_____. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal Parte General*. 8ª ed., revisada y puesta al día, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime*. Portugal: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Penal: Parte Geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2ª ed., Portugal: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Liberdade Culpa Direito Penal*. 3ª ed., Portugal: Coimbra Editora, 1995.

_____. *Sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico*. In *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários Vol. I problemas gerais*. Coimbra Editora, 1998.

_____. *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*. 6ª ed., Portugal: Coimbra Editora, 2009.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2010.

FRANCO, Alberto Silva. LIRA, Rafael. FELIX, Yuri. *Crimes Hediondos*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2011.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico: parte general*. Tomo I. Lima: Grijley, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito Penal Parte Geral Volume 2*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Teoria Geral da Parte Especial do Direito Penal*. São Paulo: Atlas. 2014.

_____. MOLINA, Antonio García-Pablos. *Direito Penal Parte Geral Volume 2*. São Paulo: RT, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2003.

JESCHEK, Hans-Heinrich Jeschek. WEIGEND, Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. 5ª ed., Granada: Comares editorial, 2002.

HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los Cráterios Legales y Judiciales de Individualización de la Pena: gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

LOWE, Norman. *História do mundo contemporâneo*. 4ª ed., Porto Alegre: Penso, 2011.

LUISI, Luis. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. 2ª ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MASSUD, Leonardo. *Da Pena e sua Fixação*. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

MOLINA BLASQUÉZ, Maria Concepción. *La aplicación de la pena*. 3ª, ed., Barcelona: Bosch, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. 8ª ed., revisada y puesta al día, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2011.

_____. *Individualização da Pena*. 6ª ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Curso de Direito Penal: Parte Geral Arts 1 a 120 do Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: parte general*. 3ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2011.

PIMENTEL, Manuel Pedro. *Direito Penal Económico*. São Paulo: RT, 1973.

_____. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à lei 7.492, de 16.6.86.* São Paulo: RT, 1987.

PODVAL, Roberto (org). *Temas de Direito Penal Econômico.* São Paulo: RT, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade, Igualdade: os três caminhos.* Campinas: Bookseller. 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro Parte Geral.* volume I, 6ª ed., São Paulo: RT, 2006.

PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito;* tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PURDY, Sean. *et al. História dos Estados Unidos da América,* 2ª ed., São Paulo: Contexto, 2010.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal Parte Geral,* 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal.* 3ª ed., São Paulo: Veja, 2004.

_____. *Derecho Penal Parte General Tomo I.* 2ª. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

_____. *Derecho Penal Parte General Tomo II.* 1ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2014.

RODRIGUES, Anabela, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade,* Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros.* São Paulo: Saraiva, 2013.

SALINERO ALONSO, Carmen. *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*. Granada: Comares, 2000.

SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Estudos de Direito Penal II*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense.

_____. *Criminologia*, 3ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: RT, 2011.

_____. CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da Pena, finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. 1ª ed., São Paulo: RT, 2002.

SILVA FRANCO, Alberto, *et al. Crimes Hediondos*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*; tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 24, São Paulo: RT, 1998.

_____. *et. al. Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2020.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

_____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito Penal Empresarial: a omissão do empresário como crime*. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol 5. Coordenação: Cláudio Brandão. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: volume 1: parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco: versión completa*. Trad. de Laura Belloqui. Montevideo-Buenos Aires: B de F. 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: V.1.: parte geral*. 7ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.