



**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNA DE BOM DESPACHO**

**ÂNIMA EDUCAÇÃO**

**JOHNATHAN HENRIQUE RIBEIRO**

**JÚLIO OTÁVIO ALVES MOREIRA**

**DOSIMETRIA DA PENA: PREPONDERÂNCIA ENTRE AGRAVANTE DE  
REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA**

Bom Despacho - MG

2022

**JOHNATHAN HENRIQUE RIBEIRO**

**JÚLIO OTÁVIO ALVES MOREIRA**

**PREPONDERÂNCIA ENTRE AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DE  
CONFISSÃO ESPONTÂNEA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de graduação em  
Direito da UNA – Bom Despacho como  
requisito parcial para obtenção do título  
de Bacharel.

Professor Orientador: Prof. Cristian Kiefer da Silva

Bom Despacho/MG

2022

**JOHNATHAN HENRIQUE RIBEIRO**

**JÚLIO OTÁVIO ALVES MOREIRA**

**PREPONDERÂNCIA ENTRE AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DE  
CONFISSÃO ESPONTÂNEA**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de... Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito, da UNA – Bom Despacho.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 20\_\_\_\_.

---

Prof. Cristian Kiefer da Silva

UNA – Bom Despacho

---

Prof.

UNA – Bom Despacho

---

Prof.

UNA – Bom Despacho

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo principal, estudar a consequência na pena quando do concurso entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea na segunda fase da dosimetria, tendo em vista a recorribilidade do tema, a polêmica jurisprudencial envolvendo os tribunais superiores e o impacto que o fato traz ao sistema penal brasileiro. No intuito de se alcançar o escopo argumentativo almejado, buscou-se, em um primeiro momento, discorrer sobre os princípios fundamentais que orbitam a aplicação da pena e as suas três etapas, especialmente a segunda fase, em que são analisadas as circunstâncias de que trata esta monografia. Traçar linhas gerais acerca da dimensão da circunstância atenuante da confissão espontânea, entendendo-a como reflexo de aspectos positivos da personalidade do agente ao qual se impõe a pena. Analisar a incidência desta circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria da pena, quando também estiver presente a circunstância agravante da reincidência. Estudar a possibilidade de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, a partir do entendimento de que ambas se encontram no mesmo patamar axiológico de circunstâncias preponderantes. Ademais, busca-se demonstrar qual o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da questão, evidenciando a divergência jurisprudencial acerca do tema, e destacando o entendimento que reputamos mais consentâneo com o sistema penal.

Palavras-chave: Aplicação da pena. Dosimetria. Reincidência. Confissão espontânea. Compensação. Concurso de atenuantes e agravantes.

## **ABSTRACT**

The main objective of this work is to study the consequence of the penalty when the contest between the aggravating factor of recidivism and the mitigating of spontaneous confession in the second phase of dosimetry, in view of the recorrecitability of the theme, the jurisprudential controversy involving the higher courts and the impact that the fact brings to the Brazilian penal system. In order to achieve the desired argumentative scope, we sought, at first, to discuss the fundamental principles that orbit the application of the penalty and its three stages, especially the second phase, in which the circumstances of this monograph are analyzed. Drawing general lines about the dimension of the attenuating circumstance of spontaneous confession, I understand it as a reflection of positive aspects of the personality of the agent to whom the penalty is imposed. To analyse the incidence of this attenuating circumstance in the second phase of the dosimetry of the penalty, when the aggravating circumstance of recidivism is also present. To study the possibility of compensating the attenuation of spontaneous confession with the aggravating of recidivism, based on the understanding that both are in the same axiological level of preponderant circumstances. Moreover, it seeks to demonstrate the position of the Superior Courts on the issue, evidencing the jurisprudential divergence on the subject, and highlighting the understanding that we repute more in accordance with the criminal system.

Keywords: Application of the pen. Dosimetry. Recidivism. Spontaneous confession. Compensation. Contest of mitigating and aggravating.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>
2	A APLICAÇÃO DE PENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO PENAL .....	8
2.1	A CONTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O PRÍNCIPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	10
2.2	APLICAÇÃO DA PENA E O MODELO TRIFÁSICO .....	15
2.2.1	PRIMEIRA FASE: CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.....	17
2.2.2	SEGUNDA FASE ATENUANTES E AGRAVANTES .....	25
2.2.3	TERCEIRA FASE: CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DE PENA .....	28
3	REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA: CONCEITOS E CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS .....	31
3.1	Confissão espontânea .....	31
3.1.1	Conceito .....	31
3.1.2	Classificação .....	32
3.1.3	Aplicação.....	34
3.2	Reincidência .....	35
3.2.1	Conceito .....	35
3.2.2	Classificação .....	37
3.2.3	Efeitos .....	39
4	CONFRONTO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA no Supremo Tribunal Federal e no Supremo Tribunal de Justiça .....	43
4.1	Supremo Tribunal Federal .....	43
4.2	Superior Tribunal de Justiça .....	45
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
	REFERÊNCIAS .....	52

## 1 INTRODUÇÃO.

Como cediço, o sistema penal, em especial a aplicação da reprimenda a partir da prolação de uma sentença condenatória, é calcado, primordialmente, nos direitos e garantias fundamentais inerentes ao indivíduo, isto é, não há pena legítima sem que sejam respeitados os limites estabelecidos pela lei e pelos princípios fundamentais do Direito.

Neste viés, a pena será aplicada através de três fases, são elas: na primeira fase são analisadas as circunstâncias judiciais, na segunda fase, o juiz irá analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes de pena, e por último, será analisado as causas de aumento e diminuição da pena.

Este trabalho tem como tema, a possibilidade ou não, de preponderância ou a compensação entre a agravante de reincidência e a atenuante de confissão espontânea, presentes na segunda fase da dosimetria de pena. Para isto, serão analisadas as justificativas provenientes dos artigos, pontos de vista dos doutrinadores, a lei e também a jurisprudência, em especial o entendimento das duas principais cortes brasileiras o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, divergentes nesta questão.

Ao ponto, pode-se dizer que, este trabalho será baseado sob o questionamento de ser possível a preponderância entre a agravante de reincidência e a confissão espontânea, à luz do art. 67 do Código Penal.

O objetivo central deste estudo é analisar as diversas interpretações dadas ao art. 67 do CP, com fulcro dos princípios e direitos constitucionais, expor posicionamentos jurisprudenciais, bem como, demonstrar o funcionamento da aplicação da pena no ordenamento jurídico brasileiro e por fim estabelecer qual o posicionamento mais adequado.

O art. 67 do Código Penal dispõe que: “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”.

Neste sentido, o ponto central que envolve a divergência na doutrina e na jurisprudência em relação à preponderância ou a compensação entre a reincidência e a confissão espontânea.

À luz do artigo, se entende que a reincidência deve preponderar sobre a confissão espontânea, porém, parte da doutrina e a jurisprudência, hoje consolidada, do Superior Tribunal de Justiça entendem que a confissão é atenuante de caráter subjetivo, diretamente ligada à personalidade do agente e, conseqüentemente, circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes.

Em contrapartida, alguns doutrinadores e o Supremo Tribunal Federal entendem que a confissão é objetiva, posterior ao crime, ligada ao interesse do acusado em ser objeto de benesse processual e, por isso, não pode ser considerada circunstância preponderante, prevalecendo a reincidência.

Assim, este trabalho monográfico irá balancear todos os argumentos contrários e favoráveis entre as circunstâncias mencionadas, a fim de estabelecer um posicionamento mais condizente com a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, busca-se, primeiramente, demonstrar de forma crítica os aspectos gerais da pena na Constituição e no Código Penal, abordando inicialmente os princípios inerentes à reprimenda, em primeiro lugar, o princípio da individualização da pena, e, posteriormente, a maneira que é aplicada a pena, suas três etapas e principais elementos, fornecendo seus conceitos e classificações.

Após, serão conceituados e destrinchados os elementos que envolvem a reincidência e a confissão espontânea, para, enfim, tratar da possibilidade de compensação ou a preponderância entre as referidas circunstâncias na segunda fase da dosimetria, por meio da análise das opiniões doutrinárias acerca da temática.

Por fim, aplicando os pressupostos estudados nos dois anteriores, será exposta a forma com que o tema vem sendo encarado pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para então, ser posto qual posicionamento mais próximo a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

## **2 A APLICAÇÃO DE PENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CÓDIGO PENAL**

Alguns conceitos se fazem essenciais para o desenvolvimento do tema. Em primeiro lugar, necessário se faz estabelecer um entendimento acerca da própria sociedade e do Estado. Remetendo às ideias contratualistas da gênese do Estado, poderíamos vislumbrar o surgimento do deste ente a partir da união de uma multiplicidade de indivíduos que, decidindo pela união e a constituição de um ente que lhes seja superior e voltado a propiciar o bem comum daquela comunidade, abrem mão de uma parcela da sua liberdade a fim de garantir a realização da finalidade do Estado<sup>1</sup>.

Neste ponto a liberdade no Estado de Direito deixa de ser natural – aquela decorrente do estado natural dos seres, inerente a todos os seres vivos e que não encontra limitação alguma que não aquelas impostas pela própria natureza – passando a um estado de liberdade jurídica – onde se é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíba.

Segundo Queiroz, todo o Direito, do ponto de vista positivado, decorre de normas constitucionais, isto é, nasce e se finda na Carta Magna, fundamento de validade da ordem jurídica (2008, p. 37), uma vez que o sistema jurídico deve ser aplicado de forma lógica, sistemática, hierarquizada e coesa, em que todas as normas estejam vinculadas ao texto constitucional, especialmente aos princípios fundamentais.

No Direito Penal, mormente no que se refere à aplicação da pena, os princípios fundamentais constitucionais explícitos e implícitos possuem especial relevância, haja vista a responsabilidade estatal envolvida e o impacto em todos os âmbitos da vida do condenado.

---

<sup>1</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques; HOBBS, Thomas; LOCKE, John;

Dentre os princípios fundamentais instituídos na Constituição da República, os que diretamente se relacionam à pena e a sua aplicação são: a) princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX), que preconiza a inexistência de crime ou pena sem lei anterior que os defina; b) princípio da transcendência ou da personalidade (art. 5º, XLV), que estabelece a impossibilidade da pena passar da pessoa do condenado; c) princípio da racionalidade (art. 5º, XLVII, alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “e”), que veda as penas de morte em tempo de paz, prisão perpétua, trabalhos forçados, banimento e penas cruéis; d) princípio da humanidade da pena (art. 5º, XLVI), que assegura ao preso o respeito a sua integridade física e moral; e) princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI), o mais emblemático direito fundamental na aplicação da pena institui a vedação de penas genéricas, impondo ao magistrado o direito/dever de analisar cada caso de acordo com suas circunstâncias, aplicando a pena dentro do estipulado em lei (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2015, p. 129).

Seguindo os princípios supramencionados, o Código Penal, do artigo 53 a 76, estabelece os preceitos para a aplicação da pena, definida, segundo Nucci (2015, p. 419), como o método judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal, em que o juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador e valendo-se do seu livre convencimento motivado, elege o quantum ideal. Trata-se da fiel aplicação do princípio norteador do sistema penal, a individualização da pena, vitando-se a padronização vedada pela Constituição da República.

A partir desses e de outros princípios, tais como legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e principalmente o da dignidade da pessoa humana, o julgador deve aplicar a pena ao condenado respeitando as três fases da dosimetria, conforme preconiza o artigo 68 do Código Penal, in verbis:

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 (BRASIL, 1940).

Assim, segundo o texto legal supracitado, a pena é cominada em três fases distintas. A primeira institui a pena-base, que será fixada de acordo com as circunstâncias elencadas no artigo 59 do Código Penal<sup>2</sup>, quais sejam: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, o comportamento da vítima e os motivos, circunstâncias e consequências do crime. A segunda etapa analisa as circunstâncias agravantes e atenuantes, não podendo a pena, por influência dessas, ser fixada acima do máximo ou abaixo do mínimo legal. Por fim, é aferida a existência de causas gerais e especiais de aumento ou diminuição de pena, as quais têm o condão de estabelecer a reprimenda final acima do mínimo ou abaixo do mínimo cominado.

## 2.1 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O PRÍNCIPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A Constituição Federal estabelece tipos de pena para aqueles que forem condenados, e determina que cada crime deve merecer uma pena individualizada à luz de sua gravidade e outras circunstâncias, esta foi uma das maneiras que a assembleia constituinte encontrou para regular o poder punitivo do Estado e, assim, respeitar os direitos humanos.

---

<sup>2</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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

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

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

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

Isto é preconizado, como marco fundante, nos princípios da dignidade da pessoa humana e o devido processo legal, elencados em seus artigos 1º, inciso III<sup>3</sup>, e 5º, inciso LIV<sup>4</sup>, destes princípios deriva o princípio fundamental da individualização da pena.

A individualização da pena consiste em aplicar o direito a cada caso concreto, levando-se em conta suas particularidades, o grau de lesividade do bem jurídico penal tutelado, bem como os pormenores da personalidade do agente.

Guilherme de Souza Nucci afirma que:

“Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim possui o enfoque de, evitando estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto. A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto”<sup>5</sup>

Vinicius de Machado (2010, pp. 41-42), abre nova perspectiva de análise a este princípio, ensinando que, além de que ele se relaciona com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e devido processo legal, a individualização da pena está intimamente ligada aos princípios da

---

<sup>3</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

<sup>4</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988).

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena, pp.29-30.

proporcionalidade e razoabilidade, explícitos na Constituição, sobretudo, quando se fala em aplicação judicial da pena.

Neste sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 104), há três etapas da individualização da pena, sendo imprescindível a conceituação de cada uma delas.

A primeira se refere à individualização legislativa, eis que, depreende-se do texto constitucional, podemos afirmar que o primeiro momento da individualização da pena se dá com a seleção feita pelo legislador, quando escolhe para fazer parte do pequeno âmbito de abrangência do Direito Penal as condutas, positivas ou negativas, que atacam nossos bens mais importantes.

Com efeito, uma vez feita essa seleção, o legislador valora as condutas, cominando-lhes penas que variam de acordo com a importância do bem a ser tutelado.

Segundo Rogério Greco:

A proteção à vida, por exemplo, deve ser feita com uma ameaça de pena mais severa do que aquela prevista para resguardar o patrimônio; um delito praticado a título de dolo terá sua pena maior do que aquele praticado culposamente; um crime consumado deve ser punido mais rigorosamente do que o tentado, etc. A esta fase seletiva, realizada pelos tipos penais no plano abstrato, chamamos de cominação<sup>6</sup>

É na fase da cominação que o legislador, de acordo com um critério político, valora os bens que estão sendo objeto de proteção pelo Direito Penal, onde será individualizada a pena de cada infração penal de acordo com sua importância, grau de lesividade e nocividade social.

Já José Antônio Paganella Boschi (2013, p. 149), diz de uma maneira mais crítica, sob este princípio, do ponto de vista do “condicionalismo” que o legislador fixou, prejudicando o trabalho magistrado:

---

<sup>6</sup> GRECO, Rogério. Curso de direito penal, p. 71.

Consoante Figueiredo Dias, “há uma nítida separação de tarefas e responsabilidades” entre o legislador e o juiz”, incumbindo “ao legislador... estatuir as molduras penais cabidas a cada tipo de fatos que descreve na PE do CP e em legislação extravagante, valorando para o efeito a gravidade máxima e mínima que o ilícito de cada um daqueles tipos de fatos pode presumivelmente assumir. Mas porque o sistema não poderia funcionar de forma justa e eficaz se não fosse dotado a este de casos especiais, podem agravar ou atenuar os limites máximo e (ou) mínimo das molduras penais em princípio previstas para um certo tipo de fatos (circunstâncias modificativas). Com todo esse condicionalismo, assim fixado pelo legislador, tem o juiz de estritamente se conformar”, em sua função de determinar, de um lado, a moldura penal abstrata pertinente ao fato, e, de outro, de “escolher a espécie ou o tipo de pena a aplicar concretamente, sempre que o legislador tenha posto mais de uma “à sua disposição.

Também Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 735), criticam a certa omissão do legislador de sua função específica de determinar, adequadamente, um mínimo e um máximo de pena e, por preguiça ou receio de assumir a devida responsabilidade, estabelece margens exageradamente largas, em meio às quais atua o juiz.

Na visão dos autores, este sistema adotado pelo nosso sistema obriga o magistrado a fundamentar, necessariamente, a individualização da pena que faz em sua sentença, não sendo, absolutamente, suficiente uma mera menção genérica aos artigos do diploma legal

A segunda etapa, refere-se, sob a individualização judiciária, que é realizada pelo juiz ou tribunal, que analisará as peculiaridades do caso concreto e estabelecerão a quantidade da pena a ser aplicada e a forma de seu cumprimento.

Nas palavras de Antônio Luis Chaves Camargo:

A fixação da pena é o marco principal de todo o processo penal, onde se encontram entrelaçadas as garantias da análise crítica das provas, obtidas com apoio nos direitos fundamentais, a valoração do bem jurídico protegido, contido no tipo penal, e a finalidade de reprovação, ou censura da conduta, que causou o dano social relevante<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> CHAVES CAMARGO, Antônio Luis. Culpabilidade e reprovação penal, p. 152.

Não menos importante, Vinicius Machado (2010, pp. 107/108), também traz o seu entendimento sobre o princípio:

“O momento em que o juiz, após detectar provas de autoria e materialidade do delito imputado ao réu, decide condená-lo e aplicar-lhe uma sanção penal legalmente prevista e apta a reprovar e a prevenir a conduta antissocial perpetrada. Para tanto, utiliza-se de uma operação matemática que exige a ponderação das circunstâncias que envolveram o fato criminoso e dos caracteres individuais do condenado.”

A quantificação da pena não é tarefa fácil, afinal, não se resulta de um simples cálculo matemático, não existe uma fórmula para tanto, daí nasce a imprescindibilidade da individualização, para que se dose a pena necessária e adequada à reprovação da infração penal. Esta é a missão do julgador, quantificar, dentro dos limites impostos pelo legislador, a pena mais conveniente à específica conduta em análise, sem afastar a condição pessoal do autor e a função da sanção penal.

Rodrigo Duque Estrada Roig (2015, p. 107), explica que a individualização advém da inevitável inaptidão do arcabouço normativo em abarcar de forma pormenorizada todas as possíveis situações fáticas capazes de influenciar na fixação da pena. É conferido, desta forma, ao sentenciante o poder de atribuir concretude a uma hipótese legal abstrata, evitando-se a imobilização da função judicial pelo legalismo exacerbado, e, concomitantemente, a nefasta discricionariedade judicial abusiva, sem a fixação de contornos democráticos à sua atividade.

Tal inaptidão, apontada por Roig, e as margens exageradamente largas, criticadas por Zaffaroni e Pierangeli (2015, p. 736), fazem com que o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República<sup>8</sup>, que exige a fundamentação das decisões

---

<sup>8</sup> Art. 93º Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

judiciais, sob pena de nulidade, exerça ainda mais força sob o magistrado quando da análise da matéria penal, mormente no que se refere à aplicação da pena.

E por último, a fase da individualização executória, nesta fase, a individualização será determinada pelo juízo da execução criminal, o qual deverá adequar à pena aplicada, possibilitando à progressão de regime, fazendo com que o reeducando seja transferido, de acordo com seu merecimento, de um regime mais gravoso para um mais brando, além de lhe assegurar outros benefícios legais, como o livramento condicional e a remição, a qual será o abatimento da pena pelo trabalho. Esta etapa, está positivada no art. 5º da Lei 7.210/1984<sup>9</sup>.

No entendimento de Roberto Lyra, ele salienta que:

O método de individualização, na fase da execução, deve ser simples desenvolvimento e pormenorização, dependentes, aliás, de aparelhamento prisional, da individualização legal e judicial<sup>10</sup>.

Rodrigo Duque Estrada Roig (2021, p. 59) acrescenta que, a individualização penal não pode ser mais sinônima, de uma mera classificação do preso para fins de tratamento penitenciário, da mesma maneira, não pode ser mais usada como pretexto para o desrespeito ao princípio da isonomia, mascarando a imposição de um tratamento discriminatório a determinados sujeitos.

## 2.2 APLICAÇÃO DA PENA E O MODELO TRIFÁSICO

---

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988).

<sup>9</sup> Art. 5º LEP Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. (BRASIL, 1984).  
<sup>10</sup> LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal, v. II, pp. 177-178.

Desde da promulgação do Código Penal, em 1940, à sua grande reforma realizada pela Lei nº 7.209/84, no tocante às fases, divergia a doutrina quanto quais fases deveriam ser percorridas, tendo como seus protagonistas: Nelson Hungria e Roberto Lyra.

Para Hungria, a dosimetria da pena privativa de liberdade é em três etapas: na primeira, o juiz fixa a pena base, com apoio nas circunstâncias judiciais (art. 59 do CP); em seguida, aplica as atenuantes e agravantes genéricas (artigos 61 ao 66 do Código Penal); e por fim, as causas de diminuição e de aumento de pena.

Lyra, por sua vez, preconizava a adoção do modelo bifásico. Assim, *ab initio*, analisavam-se as circunstâncias judiciais do art. 42 do Código Penal de 1890 (atual 59 do código vigente), com o escopo de se fixar a pena-base. Feito isto, incidiam todas as demais circunstâncias legais: agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição<sup>11</sup>.

A despeito disso, prevaleceu o critério de Nelson Hungria, por ser o mais detalhado. Porque as partes conhecem exatamente o que pensa o magistrado no momento de aplicar a pena. Havendo a separação em três fases distintas, com a necessária fundamentação para cada uma delas, tornando assim, mais clara a fixação da sanção penal. (NUCCI, 2020, p. 671).

Em 1984, a Lei n. 7.209/84 altera a redação original do Código e institui a mecânica idealizada por Nelson Hungria e, sob a égide do artigo 68, estabelece o modelo trifásico para aplicação da pena, o qual é tido como procedimento formal obrigatório, sendo que sua inobservância, conforme sedimentado entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, acarreta em nulidade da sentença e obrigatoriedade de nova aplicação da pena:

---

<sup>11</sup> SHECAIRA. Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR. Alceu. Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 174-175.

EMENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, CUMULATIVAMENTE COM CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. CRITÉRIO TRIFÁSICO (ART. 68 DO CP). INOBSERVÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo e da fundamentação das decisões judiciais. 2. A necessidade de fundamentação dos provimentos judiciais decisórios (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) é garantia que tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Garantia que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 3. A pena-base corresponde à primeira etapa da dosimetria da pena e para a qual importa o exame das chamadas circunstâncias judiciais. Circunstâncias assim listadas pelo art. 59 do Código Penal: "culpabilidade, 17 aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima". 4. Na concreta situação dos autos, o Tribunal de Justiça de São Paulo mesclou o exame das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente e a segunda qualificadora ("meio cruel"). Isso ainda na primeira etapa do trajeto da dosimetria da pena (fixação da pena-base). O que viola o sistema trifásico de fixação da reprimenda (artigo 68 do CP) e impede o acusado de conhecer, em detalhes, os caminhos percorridos pelo julgador para a imposição da reprimenda. 5. Ordem parcialmente concedida apenas para determinar que nova pena-base seja fixada (STF, Habeas Corpus n. 100835, de São Paulo. Primeira Turma. Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 27/04/2010).

### **2.2.1 PRIMEIRA FASE: CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS**

A primeira etapa, como prevê o artigo 59, caput, do Código Penal, é realizada com a análise subjetiva de oito fatores: culpabilidade, antecedentes criminais, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias do crime, consequências e comportamento da vítima. Nesta avaliação, quanto mais circunstâncias desfavoráveis, mais a pena se aproxima do máximo.

As circunstâncias judiciais são compostas por oito fatores, divididos da seguinte forma: a culpabilidade, que representa o conjunto dos demais, acrescida dos antecedentes, da conduta social, da personalidade, dos motivos, das circunstâncias, das consequências do crime e do comportamento da vítima. Logo, se os sete elementos inseridos no quadro da culpabilidade forem favoráveis teremos menor censurabilidade; se forem desfavoráveis, encontraremos maior censurabilidade. Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado,

de modo a individualizá-lo, conforme o que fez e de acordo com seus atributos próprios, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória. (NUCCI, 2020, p. 612).

Rogério Sanches Cunha complementa que: dentro desse espírito, o magistrado sentenciante deve partir da pena mínima para, reconhecendo presente circunstância desfavorável ao réu, dirigir-se na direção da pena máxima. Não havendo circunstâncias judiciais relevantes (ou presente somente circunstâncias favoráveis), a pena base deverá ser fixada no mínimo legal (respeitando, sempre, o limite mínimo trazido pelo preceito punitivo). A pena-base somente se afastará do patamar mínimo se estiverem presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. (CUNHA, 2015, p. 402).

O critério apontado pelo doutrinador como o mais recomendado é o adotado pela imensa maioria da doutrina e da jurisprudência pátria, que fixa a reprimenda acima do mínimo legal apenas em casos de valoração negativa de alguma circunstância. Partindo-se do *quantum* de pena mínimo estabelecido para o tipo penal, o sentenciante passa a analisar cada uma das circunstâncias mencionadas, exasperando ou minorando a pena, segundo a já pacificada jurisprudência, na fração de 1/6 (um sexto) da pena para cada circunstância valorada positiva ou negativamente.

Cezar Roberto Bittencourt (2020, p. 1832/1833), ao analisar o tema, explica:

Não se pode esquecer que os moduladores do art. 59 do CP, todos, constituem apenas — como afirmava Salgado Martins 180 — uma diretriz, traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinquente. Os elementos constantes no art. 59 são denominadas circunstâncias judiciais, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas “circunstâncias do crime”, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base.

Introduzida a mecânica da primeira fase da dosimetria, cumpre conceituar as circunstâncias do agente, do crime e da vítima sopesadas no momento da fixação da pena-base:

#### 2.2.1.1 CULPABILIDADE

Primeiramente, importante diferenciar a culpabilidade instituída no artigo 59, objeto de estudo deste trabalho, da culpabilidade integrante do conceito de crime.

A culpabilidade, enquanto estrutura do crime, é usualmente compreendida como a censurabilidade do autor do injusto, ou seja, o juízo de reprovação sobre aquele que praticou fato típico e antijurídico e poderia e deveria ter agido de acordo com o Direito.

A importância da culpabilidade se alarga no direito penal moderno, e não diminui, de forma que é inconsistente deixá-la fora do conceito de crime. Não fosse assim e poderíamos trivializar totalmente o conceito de delito, lembrando-se que, levado ao extremo esse processo de esvaziamento, até mesmo tipicidade e antijuridicidade – incluem-se nisso as condições objetivas de punibilidade – não deixam de ser pressupostos de aplicação da pena, pois, sem tais elementos não há delito, nem tampouco punição. (NUCCI, 2020, p. 223).

Já a culpabilidade analisada na primeira fase da dosimetria diz respeito, à análise efetuada pelo julgador acerca da maior ou menor exigibilidade de conduta diversa.

Bitencourt (2020, p. 1833/1834) a define como: a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc.

Já Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 397/398) de forma crítica entende que entende que o legislador atuou em equívoco ao ter relacionado a culpabilidade

como circunstância judicial, uma vez que todos os envolvidos em uma infração penal, desde que culpáveis, devem ser punidos. Segundo o autor, a expressão correta deveria ser “grau de culpabilidade” uma vez que a culpabilidade é o conjunto de todas as demais circunstâncias judiciais unidas, antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor.

#### 2.2.1.2 ANTECEDENTES

Os antecedentes criminais tratam de todo e qualquer envolvimento que a pessoa já teve com o Poder Judiciário na esfera penal. A prática forense, entretanto, permite-nos afirmar que os antecedentes, na imensa maioria dos casos, só influenciam na pena-base quando valorados negativamente.

Até alguns anos atrás, era comum que juízes Brasil afora utilizassem, como material de aferição dos antecedentes do acusado, todo e qualquer indício sobre a vida pregressa do acusado.

A partir de 2010, no entanto, foi publicada a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, que, com fulcro no princípio da presunção de inocência, institui a vedação de utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base, restando, portanto, apenas as condenações com trânsito em julgado como elemento fidedigno para agravamento da reprimenda na etapa inicial da dosimetria.

Os maus antecedentes não se confundem, todavia, com a reincidência. No entendimento de Rogério Greco<sup>12</sup>:

---

<sup>12</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Vol. I. 19ª edição. Niterói, RJ: Impetus, 2017. Versão Ebook.

[...] dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal.

### 2.2.1.3 CONDUCTA SOCIAL

Relaciona-se com o comportamento do réu no seu ambiente familiar, de trabalho e na convivência com os outros. É o estilo de vida do réu, correto ou inadequado, perante a sociedade, sua família, ambiente de trabalho, círculo de amizades e vizinhança etc.

Registra-se que a conduta social não se confunde com os antecedentes criminais, como comumente abordado na jurisprudência. Os antecedentes traduzem o passado criminal do agente, a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais. (GRECO, 2016, p. 684)

Cumpra salientar, ainda, que a conduta social, assim como as demais características relacionadas ao agente, são consideradas, na imensa maioria dos casos, apenas quando negativas, a fim de exasperar a pena do acusado. É raríssimo encontrar situação em que o magistrado, ao se deparar com um acusado com conduta social exemplar, minore a sua pena, ou lhe aplique regime inicial de cumprimento de pena mais brando, o que infringe o princípio da individualização da pena, além de fomentar o Direito Penal do autor, prática já abordada e criticada neste trabalho.

---

#### 2.2.1.4 PERSONALIDADE DO AGENTE

A personalidade do agente condiz com suas qualidades morais, com sua boa ou má índole, devendo ser aferida, dentre outras maneiras, através do confronto de seu comportamento com a ordem social.

Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu. (BITENCOURT, 2015, p. 299).

Expostos os conceitos das circunstâncias judiciais relacionadas ao agente, faz-se imperiosa a abertura de parênteses em relação à sua aplicação e (in)constitucionalidade, sob o ponto de vista garantista, no nosso ordenamento.

É cediço que no sistema jurídico brasileiro o julgamento é feito, ou ao menos deveria, em relação à conduta perpetrada, e não à pessoa do réu. No entanto, conforme exposto até aqui, o Código Penal ostenta, em seu artigo 59, diversas circunstâncias que, durante a fixação da pena-base, permitem a avaliação de características intrínsecas ao indivíduo, como sua personalidade, sua conduta social e suas ações criminais pretéritas, desfilando julgamentos morais em que, por vezes, presumem-se conceitos como “periculosidade”, “tendência em praticar delitos”, “desprendimento dos valores morais”, entre outros absurdos jurídicos que nada tem relação com a ação praticada.

O já citado diversas vezes neste trabalho, Cezar Roberto Bittencourt (2020, pp. 1836/1837) faz duras críticas ao modelo vigente de análise da culpabilidade sob o prisma do autor:

Esta circunstância representa resquício de um direito penal autoritário, típico do odioso “direito penal de autor”, segundo o qual o sujeito é julgado pelo o que ele é e não pelo que fez, sendo, por isso, absolutamente incompatível com o direito penal da culpabilidade, que é um direito penal do fato, próprio dos Estados Democráticos de Direito, como é o caso brasileiro. É absolutamente inaplicável, portanto, o exame da *personalidade* para prejudicar ou corroborar a agravação da pena de alguém, beirando, inclusive, a inconstitucionalidade a sua aplicação.

Na verdade, como bem fundamenta Bittencourt, as circunstâncias em comento, sob o ponto de vista garantista e de proteção do indivíduo ante o gigantismo estatal, são inconstitucionais, por violação de princípios como dignidade da pessoa humana, culpabilidade, do direito penal do fato, secularização, etc.

#### 2.2.1.5 MOTIVOS

Os motivos do crime são razões subjetivas que estimularam ou impulsionaram o agente à prática da infração penal. Os motivos podem ser conforme ou em contraste com as exigências de uma sociedade.

Nada mais é do que o 'porquê' da ação delituosa. São as razões que moveram o agente a cometer o crime. Estão ligados à causa que motivou a conduta. Todo crime possui um motivo. É o fator íntimo que desencadeia a ação criminosa (honra, moral, inveja, cobiça, futilidade, torpeza, amor, luxúria, malvadez, gratidão, prepotência etc.). (SCHMITT, 2013, p. 133)

Por fim, é importante ressaltar que os motivos somente são considerados no processo de fixação da pena-base quando não constarem como elementar do tipo penal incriminador ou não constituírem agravante, atenuante, qualificadora ou causa de aumento ou diminuição de pena, a fim de se evitar o *bis in idem*.

#### 2.2.1.6 CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME

As circunstâncias do crime são bastante amplas, pois abarca o tempo, lugar, meio e modo de execução do delito, além de outras características que envolvam a infração. Aqui também é preciso cuidar o *ne bis in idem*, uma vez que elas já podem ter sido elegidas pelo legislador como agravantes, atenuantes,

qualificadoras ou elementares, como ocorre, por exemplo, com o furto cometido durante o repouso noturno.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 634), são os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito. Quando expressamente gravadas na lei, as circunstâncias são chamadas de *legais* (agravantes e atenuantes, por exemplo). Quando genericamente previstas, devendo ser formadas pela análise e pelo discernimento do juiz, são chamadas de *judiciais*. Um crime pode ser praticado, por exemplo, em local ermo, com premeditação, para dificultar a sua descoberta e a apuração do culpado, constituindo circunstância gravosa.

No entanto, quando esses elementos acidentais não fizerem parte do contexto das circunstâncias legais (causas de aumento/diminuição; agravantes/atenuantes) devem ser consideradas residuais, leia-se, são as hipóteses que volteiam o delito e nascem da concepção do magistrado.

#### 2.2.1.7 CONSEQUÊNCIAS DO CRIME

São os efeitos da conduta do agente para a vítima e para a sociedade. Em síntese, as consequências que extrapolam as elementares do crime. Atuando como qualificadora, agravante, atenuante, causa de aumento ou de diminuição, também não serão consideradas como circunstância judicial.

Por exemplo, o juiz não pode considerar aquilo que é consequência natural do delito. Ora, ele não pode dizer que as consequências do homicídio foi grave por conta da vítima ter morrido, pois é óbvio que isso é essencial para que ocorra esse crime; o que se pode falar é que, em consequência da morte, os filhos da vítima ficaram traumatizados porque presenciaram o crime, ou a mulher do *de cujos* estava grávida e, por isso, esse filho jamais verá seu pai ou, no caso do furto, em que a vítima fica sem dinheiro para comprar o remédio de sua mãe que está doente e, por isso, esta acaba falecendo.

Dessa forma, trata-se de circunstâncias que extrapolam as consequências naturais do delito.

#### 2.2.1.8 COMPORTAMENTO DA VÍTIMA

Refere-se à possibilidade da conduta da vítima atuar como motivadora. Ou seja, se a vítima teve parcela de responsabilização no crime, circunstância qual que só pode ser utilizada em benefício do réu.

Estudos de vitimologia demonstram que, muitas vezes, as vítimas contribuem decisivamente na consecução do crime. Esses comportamentos são, não raro, verdadeiros fatores criminógenos, que, embora não justifiquem o crime, nem isentem o réu de pena, podem minorar a censurabilidade do comportamento delituoso, como, por exemplo, “a injusta provocação da vítima”.

A verdade é que o comportamento da vítima pode contribuir para fazer surgir no delinquente o impulso delitivo, podendo, inclusive, falar-se em “vítima totalmente inocente, a vítima menos culpada que o criminoso, a vítima tão culpada quanto o criminoso e a vítima totalmente culpada, como as divide Manzanera”. A rigor, especialmente nos crimes contra a administração pública, como, de resto, na maioria dos crimes, o comportamento da vítima constitui um indiferente penal, sem peso algum na dosimetria penal. (BITENCOURT, 2020, p. 1840).

#### 2.2.2 SEGUNDA FASE ATENUANTES E AGRAVANTES

Ultrapassada a fase inicial da dosimetria e fixada a pena-base, seguindo os ditames estabelecidos pelo artigo 68 da Lei Penal Substantiva, o julgador inicia a segunda fase da dosimetria, com a aferição das circunstâncias agravantes e

atenuantes, previstas nos artigos 61 e 62<sup>13</sup>, e, 65 e 66<sup>14</sup>, respectivamente, do Código Penal.

Agravantes e atenuantes genéricas são de aplicação compulsória pelo magistrado, que não pode deixar de levá-las em conta, quando presentes, na dosimetria da pena. (MASSON, 2013, p. 662)

Além de genéricas e obrigatórias, as agravantes são ainda taxativas, isto é, seguem o princípio da legalidade (artigo 1º do Código Penal e artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República) e só podem ser aplicadas quando expressamente dispostas em lei, por ser vedada a analogia *in malam partem*.

As atenuantes, por outro lado, fazem parte de um rol exemplificativo, haja vista que, mesmo não sendo necessário, tendo em conta que se admite a analogia

<sup>13</sup> 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 (BRASIL, 1940).

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

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 (BRASIL, 1940).

<sup>14</sup> 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 consequências, 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 (BRASIL, 1940).

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei (BRASIL, 1940).

quando em benefício do réu, a Lei Penal Substantiva prevê em seu artigo 66 a possibilidade do magistrado promover a atenuação da pena em razão de circunstância não prevista em lei, desde que relevante (BOSCHI, 2013, p. 201).

No entanto, excepcionando a característica de generalidade das agravantes, conforme dispõe Nucci (2020, p. 639), estão os crimes culposos, sob os quais só recai a agravante da reincidência (artigo 61, inciso I, do Código Penal). Apesar de existirem controvérsias<sup>15</sup>, a imensa maioria da doutrina e da jurisprudência entende que as demais circunstâncias só encontram cenário propício de aplicação quando se tratar de crimes dolosos, uma vez que o resultado do crime culposo é involuntário e por isso absolutamente incompatível com quaisquer agravantes objetivas.

Por outro lado, excepcionando o caráter obrigatório das circunstâncias atenuantes, destaca-se que, apesar do artigo 65 utilizar a expressão “sempre atenuam a pena”, essas devem respeitar os limites mínimo da pena em abstrato. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou em 1999 a Súmula 231, que prevê que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, valendo, por óbvio, o mesmo para as circunstâncias agravantes, ainda que não haja súmula sobre o assunto.

Por fim, ainda em relação à mecânica de aplicação das circunstâncias legais, o Código Penal trata, em seu artigo 67, da hipótese em que houver o concurso de agravantes e atenuantes, tema que será mais profundamente abordado no segundo capítulo deste trabalho.

---

<sup>15</sup> Não obstante a corrente afirmação apodíctica em contrário, além da reincidência, outras circunstâncias agravantes podem incidir na hipótese de crime culposo: assim, as atinentes ao motivo, quando referidas à valoração da conduta, a qual, também nos delitos culposos, é voluntária, independentemente da não voluntariedade do resultado: admissibilidade, no caso, da afirmação do motivo torpe – a obtenção do lucro fácil –, que, segundo o acórdão condenatório, teria induzido os agentes ao comportamento imprudente e negligente de que resultou o sinistro” (STF, Habeas Corpus n. 70362-3, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 05/10/1993).

### 2.2.3 TERCEIRA FASE: CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DE PENA

Concluída a segunda etapa da aplicação da pena, passa-se à terceira e derradeira fase da dosimetria, em que é feita a análise das causas de aumento ou diminuição da reprimenda, as quais são divididas em causas gerais e especiais de aumento e diminuição.

Ao contrário da etapa anterior, aqui, a redução ou aumento podem transpor os limites máximo e mínimo da pena-base, porque há quantificação predeterminada em cada cláusula. Todas as causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição da pena são identificadas porque estabelecem uma referência fracionária ou numeral a uma pena preexistente, por exemplo, um quarto da pena, metade da pena, de um a dois terços, o dobro, o triplo etc. Portanto, elas dependem de que a pena tenha sido já fixada nas etapas anteriores.

As causas gerais, como o próprio nome já diz, estão previstas na parte geral do Código Penal e se aplicam à maioria dos crimes, como é o caso da tentativa, causa geral de diminuição de pena prevista no artigo 14, inciso II e § 2º, da Lei Penal Substantiva<sup>16</sup>, em que a pena é diminuída de um a dois terços, a depender do *iter criminis* percorrido.

Já as causas especiais estão definidas na parte especial do Códex ou na lei penal extravagante, como em crimes de tráfico de drogas em que o agente primário, de bons antecedentes e que não se dedica a atividades criminosas, nem a organização criminosa pode ter sua pena minorada de um sexto a dois terços, de

---

<sup>16</sup> Art. 14 - Diz-se o crime:

I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços (BRASIL, 1940).

acordo com as circunstâncias do caso concreto (artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06)<sup>17</sup>.

Não há distinção ontológica entre qualificadora e causa de aumento de pena; tampouco há distinção essencial entre causa de diminuição de pena e atenuantes genéricas, tanto que determinadas circunstâncias (v.g., motivo torpe, motivo fútil etc.) ora aparecem como qualificadora, ora como causa de aumento; outras tantas circunstâncias (v.g., motivo de relevante valor social ou moral), que ora figuram como simples atenuante genérica, ora como causa de diminuição de pena. Semelhante tratamento, um tanto casuístico, atende a critério de conveniência política puramente.

Com efeito, quando o legislador pretende reprimir mais duramente uma determinada circunstância, trata-a como qualificadora; se não tão severamente, como causa de aumento; se mais brandamente, como circunstância agravante.

No entanto, a distinção é relevante para efeito de aplicação da pena. Sim, porque as qualificadoras, que implicam a fixação de novos limites mínimo e máximo de pena (v.g., o homicídio qualificado por motivo fútil – CP, art. 121, § 2º, II – cuja pena é de doze a trinta anos de reclusão, e não seis a vinte anos de reclusão), devem ser levadas em conta já no momento mesmo da aplicação da pena-base (primeira fase). Diferentemente, as causas de aumento ou de diminuição serão consideradas somente na terceira fase.

No entendimento de Guilherme Souza Nucci (2020, p. 675), as causas de aumento e de diminuição são aplicadas umas sobre as outras. Evita-se a inoportuna pena zero e cria-se um método uniforme para aumentar e diminuir a pena igualmente. Aliás, justamente porque o segundo critério é dominante, não se admite que existam compensações entre causas de aumento e de diminuição. Quando o juiz for aplicar um aumento de 1/3 e uma diminuição de 1/3, por exemplo,

---

17 Art. 33, § 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (BRASIL, 2006).

não poderá compensá-los, anulando-os. Eis o motivo: se a pena extraída da 2ª fase for de 6 anos, aplicando-se um aumento de  $\frac{1}{3}$ , alcança-se a cifra de 8 anos. Em seguida, subtraindo-se  $\frac{1}{3}$ , segue-se para a pena de 5 anos e 4 meses. Portanto, é incabível compensar as duas.

Apresentados os aspectos gerais da dosimetria da pena e a forma com que incidem suas circunstâncias modificativas, analisar-se-á, em sequência, o cerne do presente trabalho: o concurso entre as atenuantes e agravantes na aplicação da reprimenda, especialmente a reincidência e a confissão espontânea, e a preponderância ou compensação de circunstâncias.

### **3 REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA: CONCEITOS E CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS**

#### **3.1 CONFISSÃO ESPONTÂNEA**

##### **3.1.1 Conceito**

Dentre as atenuantes presentes no código Penal no Art.65, temos a confissão espontânea como a mais importante delas sendo considerada a com maior preponderância para a realização da dosimetria. Esta, está especificamente prevista no inciso III, alínea “d”, do Código Penal.

Quando falamos desse instituto entendemos que se trata do arrependimento e a admissão do cometimento de delito, por parte do autor, e uma concordância com as consequências que tal ato gerará.

Na visão de Fernando Capez<sup>18</sup>, a confissão é algo que favorece o processo e gera celeridade ao processo, além de tudo, gera uma garantia de um julgamento justo visto que a autoria está comprovada. Ainda assim, esta atenuante será verificada e validade pelo magistrado para que não haja não uma espécie de vício.

De acordo com a história, a confissão teve papel relevante, vez que ela foi usada pela a Igreja Católica, na época da Inquisição, como método concreto para a obtenção da verdade.

Por essa razão, o processo penal continuo usando tal método, como forma de prova e ainda era considerada a de maior relevância. Porém, ao longo dos anos, a má aceitação da tortura por parte das pessoas fez com que fosse abandonado e a confissão passou a ser um meio probatório não absoluto precisando de outras prosas para a incriminação de um indivíduo, com é feito no ordenamento jurídico

---

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.Vol. 1. P.494

brasileiro no art. 197 do Código de Processo Penal: “Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”

Dessa forma para o reconhecimento da confissão são necessários apenas dois requisitos, que são a espontaneidade e que a mesma seja feita perante uma autoridade judicial, conforme art.65, inciso III, alínea ‘d’, seja ela judicial, policial ou representante do Ministério Público, desde que reduzida a termo

Na visão de Guilherme de Souza Nucci (1999, pp. 156-160) a expressividade e a imputabilidade do agente também são de extrema importância, além dos requisitos acima citados, necessários para caracterização da confissão

O artigo 198 do Código de Processo Penal prevê que o silêncio não importará em confissão, nem será interpretado em prejuízo da defesa, assim sendo, a confissão deverá ser expressa, ou seja, produzida por palavras ou escritos. A mesma só será válida quando feita por indivíduo imputável, tendo em vista que a enfermidade mental pode atuar como fator determinante na narração do réu, além de poder afetar a sua percepção da realidade.

### **3.1.2 Classificação**

#### **a) Confissão judicial**

Tratando-se de confissão judicial consiste em uma confissão prestada ao juiz competente para julgar a ação penal que averigua o fato, respeitando os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Tem -se assim que a confissão judicial não consistir em somente aquela prestada em juízo, tendo em vista que declarações feitas em processos cíveis ou trabalhistas não são tidas como confissão, apenas prova emprestada (ARANHA, 2006, p. 117).

O momento oportuno para apresentação da confissão, de acordo com o Código de Processo Penal, é no interrogatório, último estágio para produção da prova. Porém, que a confissão poderá ser feita posteriormente, fora do

interrogatório, conforme art. 199 <sup>19</sup>, desde que reduzida a termo e respeitados os ditames do artigo 195 <sup>20</sup> da mesma lei.

b) Confissão extrajudicial

Configura-se como toda aquela que não é judicial. Assim sendo, trata-se de algo residual. Essas são as confissões apresentadas ao parlamentar presidente de Comissão Parlamentar de Inquérito, ao delegado de polícia ou a funcionário público que conduz sindicância ou processo administrativo. A narrativa feita à testemunha não pode ser considerada confissão, por respeito ao previsto no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, o qual exige que a confissão seja prestada perante autoridade. Da mesma forma, quando o indivíduo admite a prática do delito através de algum escrito, não é cabível falar em confissão extrajudicial, por se tratar de prova documental (NUCCI, 1999, pp. 89-90).

c) Confissão simples

Uma situação em que o acusado, de forma pura e simples, reconhece a prática do crime conhecendo as consequências jurídicas, sem qualquer aumento.

d) Confissão parcial

Trata da admissão por parte do acusado participado na prática do delito, contudo não engloba todos os elementos constitutivos do crime, como qualificadoras e causas de aumento de pena (MASSON, 2012, p. 666). Neste caso a pena sempre será atenuada (FRAGOSO, 2006, p. 437).

e) Confissão qualificada

Conjectura em que o acusado admite a autoria do crime, todavia exhibe à confissão elementos defensivos discriminantes ou exculpantes, excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, como a legítima defesa ou menoridade penal.

---

<sup>19</sup> Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

<sup>20</sup> Art. 195. Se o interrogado não souber escrever, não puder ou não quiser assinar, tal fato será consignado no termo (BRASIL, 1941).

### 3.1.3 Aplicação

A aplicação na doutrina, é controversa e divergente, uma vez que, temos duas visões quanto ao reconhecimento da confissão qualificada como atenuante na aplicação da pena. Celso Delmanto (2011, p. 303) e Heleno Cláudio Fragoso (2006, p. 437), são favoráveis ao valimento. Já Fernando Capez (2015, p. 494) e Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 255) articulam que o fato de tentar se fugir das consequências penais afasta a aplicação da atenuante, dado que o acusado não estaria contribuindo com a justiça, mas atuando em razão da livre defesa.

Algo que também foi refletido no Superior Tribunal de Justiça que também se dividia quanto à admissão da confissão qualificada como circunstância suscetível de reduzir a pena, situação resolvida pela Súmula 545, que estabelece: “Quando a confissão for utilizada para formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”.

Portanto, independentemente do tipo de confissão utilizada pelo réu, seja, simples, qualificada, parcial ou extrajudicial, deverá reduzir a pena do condenado caso influencie no convencimento do juiz.

Além disso, esta súmula acima citada teve efeito na revogação tácita, da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que vedava a redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria. Isso acontece uma vez que a nova súmula prevê que o réu fará jus à redução sempre que sua confissão servir para a formação do convencimento do juiz, e o enunciado anterior dispunha que circunstância atenuante não tinha o condão de reduzir a pena abaixo do mínimo legal, devendo, portanto, prevalecer o entendimento mais atual.

No artigo 200 do Código de Processo Penal, dispõe que a confissão é divisível e retratável. A confissão é considerada parcial quando a admissão de culpa por parte do réu não engloba todos os elementos do crime, como as qualificadoras, causas de aumento de pena, circunstâncias do crime, etc. conforme dispõe Cleber Masson (2012, p. 666),

Nesses casos, se tratando de confissão parcial, a pena deve ser mitigada, principalmente se for utilizada como fundamento de condenação, desde que espontânea e feita na presença das autoridades. (FRAGOSO, 2006, p. 437).

A retratação, por sua vez, é um direito fundamental do acusado, apoiado na ampla defesa, e ocorre em casos em que o agente confessa o crime em qualquer fase do processo, ou antes dele, mas depois muda de versão, algo que pode ser feito a qualquer momento da fase judicial, removendo o que disse. Nestes casos, a confissão não pode ser utilizada como fundamento de condenação, razão pela qual também não é considerada atenuante da pena aplicável. (NUCCI, 1999, p.130).

## 3.2 REINCIDÊNCIA

### 3.2.1 Conceito

Entende-se de reincidência como prática de novo crime depois do trânsito em julgado de sentença criminal condenatória anterior conforme artigo 63<sup>21</sup> do Código Penal. Sendo assim são elementos para constituir a reincidência a) condenação por crime antecedente, b) transitado em julgado tornando-se, portanto, imutável por esgotamento ou preclusão de recursos, e, por último, c) prática de novo crime (SANTOS, 2012, p. 321), com tanto que, em meio a data do cumprimento ou extinção da pena e a nova condenação não supere cinco anos, conforme o artigo 64, inciso I, do citado código<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (BRASIL, 1940).

<sup>22</sup> Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (BRASIL, 1940).

De acordo com as disposições expressas no artigo 7º da Lei de Contravenções Penais <sup>23</sup>, a reincidência em conexão com uma contravenção é permitida nas condições estabelecidas da seguinte forma: a) crime (antes) – contravenção (depois), b) contravenção (antes) – contravenção (depois). Repelindo-se, assim, por falta de previsão legal, a contravenção (antes) – crime (depois) a título de reincidência (NUCCI, 2015, p. 453).

No entanto, se o delito anterior for de caráter político ou militar, não é permitida a reincidência de acordo com o artigo 64, inciso II, do Código Penal. Para crimes militares, os requisitos são específicos, ou seja, crimes que somente militares podem cometer, e somente no Código Penal Militar tem previsão. No caso de crimes políticos, exige-se que sejam crimes puramente políticos que ataquem especificamente os interesses políticos do Estado (FRAGOSO, 2006, p. 421).

Em nosso ordenamento jurídico, a reincidência é considerada circunstância agravante e sempre será avaliada na segunda etapa da dosimetria para aumento da pena do réu, conforme disposto nos arts. 63 e 64, incisos I e II, do Código Penal, inclusive quando as condenações anteriores ocorreram no exterior.

Nesse sentido temos os dizeres de Heleno Cláudio Fragoso (2006, p. 420):

A reincidência é circunstância agravante subjetiva, que não se transmite aos partícipes. Não há reincidência se no processo anterior houve perdão judicial. A sentença que concede perdão judicial não é condenatória nem absolutória (art. 120, CP; Fragoso, “Jur. Crim.”, nº283). Nesse sentido, há Súmula do STJ (nº 18). Tanto faz que a condenação anterior tenha sido proferida no Brasil ou no estrangeiro. Neste último caso, não se exige a homologação da sentença estrangeira, que funciona como fato jurídico (cf. nº 115, supra).

---

<sup>23</sup> Art. 7º, LCP - Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção (BRASIL, 1941).

Dentre os agravantes constantes do rol taxativo do artigo 67 Código Penal Brasileiro, a reincidência é considerada a mais importante, uma vez que sua composição tem múltiplos efeitos sobre os infratores, algo mais aprofundado no próximo capítulo.

### **3.2.2 Classificação**

A reincidência pode ser considerada como real (própria ou verdadeira), ou seja, agentes condenados por novos crimes após o cumprimento de pena por crimes anteriores, ou reincidência ficta (presumida, imprópria ou falsa), em que um indivíduo foi condenado após uma condenação anterior tornou-se final, mas ele ainda não cumpriu sua sentença. O Código Penal está associado à presunção de reincidência, pois trata como reincidente aquele que comete um novo delito após condenação transitada em julgado por um delito anterior, tendo ou não cumprido a pena.

A reincidência pode ser classificada como real (própria ou verdadeira), quando o agente é condenado pela prática de novo delito após ter cumprido pena por crime anterior, ou como reincidência ficta (presumida, imprópria ou falsa), ocasião em que o indivíduo é condenado por novo crime após trânsito em julgado de condenação anterior, da qual não tenha cumprido a pena. O Código Penal está associado à reincidência presumida, uma vez que trata como reincidente aquele que comete um novo delito após condenação transitada em julgado por um delito anterior, tendo ou não cumprido a pena. (MASSON, 2012, p. 647).

Todavia, a classificação mais comum e polêmica estabelecida pela doutrina e pela legislação é aquela que distingue a reincidência específica da reincidência genérica:

Na legislação comparada, encontramos várias maneiras de considerar a reincidência e seus efeitos. Assim, fala-se em reincidência genérica, que se conceitua como cometimento de um delito, depois de ter sido o agente condenado e submetido à pena por outro delito, enquanto se denomina de reincidência específica a que exige a prática de um novo delito igual, ou da mesma categoria, daquele pelo qual sofreu anterior condenação (ZAFFARONI E PIERANGELI, 2015, p. 746).

Antes da reforma da parte geral do Código Penal de 1940, promovida pela Lei n. 7.209/84, o Código previa que a reincidência fosse caracterizada quando fosse da mesma natureza de crime, levando-se em conta os delitos da mesma natureza previstos no mesmo dispositivo legal, bem como aqueles que, embora previstos em outras disposições, apresentaram, por fatos constitutivos ou motivos determinantes, características básicas comuns. A consequência de uma reincidência específica foi o uso da pena de reclusão acima da metade da soma do mínimo com o máximo e a aplicação, dentre as cominadas alternativamente, da pena mais grave em qualidade (MASSON, 2012, p. 647).

Zaffaroni e Piangeli (2015, p. 746) afirmam que atualmente, em linha com a tendência mundial, o ordenamento jurídico brasileiro decidiu adotar a reincidência genérica, pois geralmente não faz distinção entre reincidência específica e genérica.

No entanto, a heterogeneidade da reincidência continua forte na rotina forense, tanto na jurisprudência quanto na legislação. O Código Penal sofreu duas alterações após a promovida pela Lei n. 7.209/84, com ênfase na reincidência específica. A primeira, realizada em 1990, nos termos do art. 5º da Lei dos Crimes Hediondos, restaurou a reincidência específica como forma de obstrução da liberdade condicional, acrescentando o inciso V ao art. 83 do direito penal, que tem a seguinte redação:

Art. 83 - (...)

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza."

A segunda, implementada pela Lei n. 9.714/98 trata da proibição de substituir a pena privativa por restritiva de direitos em caso de reincidência:

Art. 44 - (...)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Há ainda mais hipóteses na jurisprudência em que uma reincidência específica é valorizada diferentemente da geral, como uma maior severidade da pena. (TJSC, ApCrim. 2015.027772-4, j. em 20/08/2015), fixação de regime mais gravoso (TJSC, ApCrim. 2015.001454-8, j. em 07/04/2015) e vedação da aplicação do princípio da insignificância (TJSC, ApCrim. 2015.017629-5, j. em 19/05/2015).

### 3.2.3 Efeitos

As características da reincidência no direito penal, sejam específicas ou genéricas, fictas ou reais, têm várias implicações para a pena e outros fatores da condenação.

Neste tocante Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 455) nos traz:

a) Existência de uma agravante que prepondera sobre outras circunstâncias legais (art. 67, CP); b) possibilidade de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multas (art. 44, II, e 60, § 2º, CP); c) quando por crime doloso, impedimento à obtenção do *sursis* (art. 77, I, CP); d) possibilidade de impedir o início da pena nos regimes semiaberto e aberto (art. 33, § 2º, b e c, CP), salvo quando se tratar de detenção, porque há polêmica a esse respeito; e) motivo para aumentar o prazo de obtenção do livramento condicional (art. 83, II, CP); f) impedimento ao livramento condicional nos casos de crimes hediondos, tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo, tratando-se de reincidência específica (art. 83, V, CP); g) aumento do prazo de prescrição da pretensão executória em um terço (art. 110, CP); h) causa de interrupção do curso da prescrição (art. 117, VI, CP); i) possibilidade de revogação do *sursis* (art. 81, I, CP); do livramento condicional (art. 86, I, CP) e da reabilitação (neste caso, se não tiver sido aplicada a pena de multa, conforme art. 95, CP); j) aumento de um terço até a metade da pena de quem já foi condenado por violência contra pessoa no caso de porte ilegal de arma (art. 19, § 1º, LCP, para quem sustenta a vigência deste dispositivo); l) integração ao tipo da contravenção de ter consigo material utilizado para furto, por quem já foi condenado por outro furto ou roubo (LCP, art. 25: “Ter alguém em seu poder, depois de condenado por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou

instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima: Pena – prisão simples, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, e multa” [o exemplo é mantido apenas a título de ilustração, pois o referido artigo foi considerado não recepcionado pela CF de 1988 pelo STF, no julgamento do RE 583.523, Pleno, rel. Gilmar Mendes, 03.10.2103, v. u.]; m) não permissão de concessão do furto privilegiado, do estelionato privilegiado e das apropriações privilegiadas (arts. 155, § 2º, 171, § 1º, e 170, CP); n) possibilidade de causar a decretação da prisão preventiva (art. 313, III, CPP); o impedimento aos benefícios da lei 9.099/95 (arts. 76, § 2º, I, e 89, *caput*).

Há ainda o caso da perda da possibilidade de perdão judicial no caso de receptação culposa (art. 180, § 3º, CP), o cancelamento do direito de responder em liberdade (art. 594, CPP) e, por fim, a impossibilidade da determinação de fiança nos crimes cometidos contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 323, III, CPP), segundo Juarez Cirino dos Santos (2012, pp. 323-324).

### 3.3 Concurso de circunstâncias e compensação

Muitas vezes, quando da dosimetria de pena, observamos agravantes e atenuantes presentes no mesmo fato. Nesses eventos, o Código Penal no art. 67 estabeleceu a forma de aplicação das circunstâncias, determinando qual delas deve prevalecer:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência (BRASIL, 1940).

Em apreciação ao artigo 67, vale citar os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 466), que, comentando o dispositivo, explica a forma que deve funcionar a ponderação entre as circunstâncias agravantes e atenuantes:

Confronto entre agravantes e atenuantes (art. 67, CP)

1) agravante simples X atenuante simples: anulam-se = a pena não deve sofrer alterações na 2ª fase.

2) agravante preponderante X atenuante simples: a agravante anula a atenuante = a pena deve ser elevada se possível na 2ª fase.

3) agravante simples X atenuante preponderante: a atenuante anula a agravante = a pena deve ser reduzida se possível 2ª fase.

4) agravante preponderante X atenuante preponderante: anulam-se = a pena não deve sofrer alterações na 2ª fase.

5) duas agravantes simples X uma atenuante preponderante: anulam-se = a pena não deve sofrer alterações na 2ª fase.

6) uma agravante preponderante X duas atenuantes simples: anulam-se = a pena não deve sofrer alterações na 2ª fase.

Quando tratamos do concurso entre agravantes e atenuantes, há uma divisão da visão de uma possível, ou não, compensação em relação confissão espontânea e a reincidência. Esta separação acontece seja na doutrina ou na jurisprudência.

Por um lado, tem-se uma parcela da doutrina que não considera a confissão espontânea como circunstância predominante por não se emoldurar em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 67, outra a trata como parte da personalidade do agente, mencionada nesta norma.

Pertencente à primeira corrente, temos Luiz Regis do Prado (2010, p. 497) que entende que a reparação não é possível, uma vez que a confissão se baseia fundamentalmente em considerações político-criminais (exigências da previsão especial que beneficie a justiça da administração).

Tem-se, também, Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 394), que explicando a mecânica da aplicação da pena na segunda fase, quando há atenuantes e agravantes, ele usa o exemplo do confronto da reincidência com a confissão espontânea e defende a predominância da primeira:

Portanto, na segunda fase da fixação da pena, o magistrado deve fazer preponderar a agravante da reincidência, por exemplo, sobre a atenuante da confissão espontânea. Do mesmo modo, fará sobrepor a atenuante do relevante valor moral à agravante de crime praticado contra enfermo.

No mesmo sentido, existe a entendimento de Rogério Greco (2011, p. 171) e Cleber Masson (2012, p. 669), de que não é cabível alegar que a compensação entre o reincidente e a confissão é viável, pois o entendimento da jurisprudência inclui a confissão como atenuante objetiva, e o réu conspira para reduzir a pena, mas não necessariamente mostrar bons traços de personalidade e arrependimentos.

Outros ainda, como, por exemplo, Alceu Corrêa Júnior e Sérgio Salomão Shecaira (2002, p. 282), entendem que a reincidência supera qualquer atenuante, exceto a menoridade relativa, estabelecendo-a como ordem de dominância: menoridade relativa, reincidência, características subjetivas e características objetivo.

Em contrapartida, o posicionamento de Celso Delmanto (2011, p. 220), em sua revisão do artigo 67 do Código Penal, é de que, determinou que a confissão espontânea se trata de um atenuante de primeira grandeza por demonstrar um ponto de vista positivo da personalidade do acusado.

Assim, juntamente com os excertos recolhidos, a doutrina parece estar dividida quanto à natureza da confissão espontânea, se é circunstância subjetiva ou objetiva e, portanto, sobre a compensação ou não entre atenuantes e reincidência. Observo, o que também tem sido sustentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Federal, algo que será demonstrado no próximo capítulo.

## **4 CONFRONTO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E NO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Pode-se ver que a apresentação doutrinária sobre o tema não é tão profunda quanto deveria ser, e não há muita discussão sobre o tema nos importantíssimos manuais e código comentado. Assim, o maior debate sobre a coexistência de agravantes e atenuantes, em especial reincidência e confissão, ocorre na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, neste terceiro e último capítulo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça será apresentada à luz de acórdãos em que a discussão era sobre a preponderância entre reincidência e a confissão.

É importante perceber que as visões do STF e STJ eram opostas, até o ano de 2022, algo que enriquecia o debate, com uma comparação aprofundada dos argumentos em ambas as câmaras, com metade das câmaras adotando o entendimento do STF, a outra metade adota o entendimento do STJ. Porém em entendimento recente teve uma aproximação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, será feita uma comparação dos processos decididos entre 2010 e 2015, apresentando a ementa e destacando alguns de seus raciocínios para melhor localizar o conteúdo e a embasamento da decisão.

### **4.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Atualmente, tem-se discussão, em ambas as turmas do Supremo, relativo à compensação reincidência e da confissão sendo observado a natureza da confissão como ponto principal para decisão. Desta forma, o Supremo tem tomado decisões com poucas variações em seu teor.

Independentemente, de qualquer das turmas presentes no STF temos decisões muito próximas, em que, em sua maioria, entendem que pela preponderância da agravante de reincidência perante a atenuante de confissão, sendo levado em conta que a última se trata de algo de ordem objetiva e por isso

não tem papel na personalidade e, por conseguinte, não pode ser considerado de maior importância no concurso entre agravante e atenuantes do art. 67 do Código Penal Brasileiro.

A divergência entre as turmas julgadoras do direito, após o 2010, um dos pontos e circunstância atenuante de ordem objetiva, não exercendo influência na personalidade, visto essa linha de pensamento não tem qualquer influência com a personalidade não vindo a ser considerada como agravante de atenuantes baseado no artigo 67 do código penal.

Isto é algo que pode ser observado no HC n.102.486, que teve por relatora a Ministra Carmen Lúcia:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CONCURSO DE ATENUANTE E AGRAVANTE. ALEGAÇÃO DE QUE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA É CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Pedido de compensação, na segunda fase da imposição de pena ao réu, da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. 2. A reincidência é uma circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes. 3. A confissão espontânea é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente. 4. Ordem denegada (STF, Habeas Corpus. n. 102.486, do Mato Grosso do Sul, Rel. Mina. Carmem Lúcia, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010).

#### Da fundamentação:

A confissão é ato posterior ao cometimento do crime e não tem nenhuma relação com ele, mas, tão somente, com o interesse pessoal e a conveniência do réu durante o desenvolvimento do processo penal, motivo pelo qual não se inclui no caráter subjetivo dos motivos determinantes do crime ou na personalidade do agente.

No mesmo teor, temos o HC n.110.727, em que o Ministro Dias Toffoli, considera que a confissão tem natureza objetiva e dessa forma não deverá ser compensada pela reincidência, e sim prevalecer a última:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. Furto simples. Reincidência. Bis in idem. Não ocorrência. Diversidade de condenações definitivas. Majoração justificada e dentro dos limites discricionários do juiz.

Concurso da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea. Pretensão à compensação. Inviabilidade. Ordem denegada. Recurso não provido. 1. Ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, o magistrado sentenciante levou em conta os maus antecedentes ostentados pelo réu e, na etapa seguinte, majorou a pena em virtude da reincidência, considerando a existência de mais de uma condenação definitiva. Não há falar em dupla valoração do mesmo fato, portanto. 2. Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes. 3. Recurso não provido (STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 110.727, do Distrito Federal, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012).

Do corpo do acórdão:

Anoto, ainda, que a situação do paciente não o favorece. Isso porque a reincidência, entre as inúmeras circunstâncias agravantes, já traz em si mesma uma gravidade maior, visto que ela evidencia que o réu persistiu na senda do crime, não obstante condenação anterior.

Esta interpretação persiste até hoje, como mostra um dos últimos julgamentos da citada corte:

EMENTA:RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – PREQUESTIONAMENTO – INADEQUAÇÃO. É IMPRÓPRIO TRANSPORTAR PARA A RECORRIBILIDADE ORDINÁRIA PRESSUPOSTO DE RECURSO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA, O PREQUESTIONAMENTO. PENA – DOSIMETRIA – REINCIDÊNCIA – PREPONDERÂNCIA. A agravante reincidência prevalece sobre a confissão – artigo 67 do Código Penal. PENA – DOSIMETRIA – SOBREPOSIÇÃO – INEXISTÊNCIA. Cabe levar em conta a prática de violência doméstica contra mulher como agravante e para impedir a imposição isolada de multa, inexistindo sobreposição – artigos 61, inciso II, alínea “f”, do Código Penal e 17 da Lei nº 11.340/2006. (STF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.172842, de Santa Catarina, rel. Min. Luís Roberto Barroso. Primeira Turma, Sessão Virtual de 5.2.2021 a 12.2.2021.)

Com base nas decisões acima citadas, é possível perceber que o Supremo tem um alinhamento de que há uma prevalência da reincidência sobre a confissão espontânea, por esta ter caráter objetivo e não se enquadra em nenhum dos requisitos do art. 67 do Código Penal.

#### 4.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Até tempos atrás, a jurisprudência dos Tribunais Cidadãos era contrária com entendimento do Corte Suprema. Hoje, no entanto, houveram algumas mudanças e a compreensão se alinhou com a do Supremo.

Antes de 2012, o Tribunal não tinha posição consistente sobre o confronto entre as agravantes da reincidência e as atenuantes da confissão. A Quinta e Sexta Turmas, tinham entendimentos diversos. O primeiro entende a importância da reincidência, enquanto o segundo tende a compensar está com a confissão.

Relativo a Quarta Turma temos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPÇÃO E ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR, NO CASO, AS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS REFERENTES À PERSONALIDADE DELITIVA. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. Precedentes. 2. É inviável a tese de compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, tendo em vista o entendimento de que a circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 67 do Código Penal. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de, mantendo as condenações, reduzir as majorações das penas-base, fixando as reprimendas em 1 ano e 9 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 18 dias-multa, no piso, pelo crime de receptação; e 2 anos e 3 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 23 dias-multa, no piso, pelo crime de estelionato (STJ, Habeas Corpus n. 178.781, do Distrito Federal, rela. Mina. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/04/2012).

Da fundamentação:

Quanto à compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, cabe ressaltar que "a atenuante do art. 65, inc. III, alínea d, do Código Penal tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos" (REsp 711.026/RS, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 09/08/2005), sendo descabido o fundamento de que a atenuante da confissão espontânea envolveria a personalidade do agente.

Já a Sexta Turma assim decidia:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES TENTADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA REFEITA. ORDEM CONCEDIDA.

1. "A confissão, se levada em conta para a condenação, ainda que juntamente com outras provas, deve incidir como atenuante, sendo desinfluyente se foi parcial ou total, espontânea ou não." (HC 98.931/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 15/08/2011) 2. A Sexta Turma deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser possível, na segunda fase de dosimetria da pena, promover a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, eis que ambas circunstâncias são preponderantes, nos termos do art. 67 do CP: a primeira por se ater diretamente à personalidade do agente (capacidade de assumir erros e suas consequências) e a segunda por expressa previsão legal. 3. Dosimetria da pena refeita. 4. Ordem parcialmente concedida, a fim de compensar a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência e, por conseguinte, redimensionar a sanção penal em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, 9 (nove) dias-multa, mantendo o regime fechado para o início do cumprimento da pena (STJ, Habeas Corpus n. 229.489, do Rio de Janeiro, Rel. Ministro Vasco Della Giustina - Desembargador Convocado do TJ/RS -, Sexta Turma, julgado em 29/03/2012).

Do corpo do texto, extrai-se:

Nessa senda, nota-se que a Sexta Turma deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser possível, na segunda fase de dosimetria da pena, promover a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, eis que ambas circunstâncias são preponderantes, nos termos do art. 67 do CP: a primeira por se ater diretamente à personalidade do agente (capacidade de assumir erros e suas consequências) e a segunda por expressa previsão legal.

Esse confronto de entendimento restou-se pacificado com julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial, pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que tanto a confissão quanto a reincidência têm o mesmo valor no concurso de agravantes e atenuantes, e dessa forma deveriam se compensar.

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes. 2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal. 3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer,

no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local (STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.154.752, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 23/05/2012).

Do voto do relator:

A confissão espontânea demonstra também, em meu modo de ver, personalidade mais ajustada, a ponto de a pessoa reconhecer o erro e assumir suas consequências. O peso entre a confissão e a reincidência deve ser o mesmo, daí a possibilidade de haver a compensação. Não foi outra a opinião do Ministério Público Federal (fls. 283/285):

[...]

11. Assim, o entendimento acima estabelecido, segundo o qual a confissão é um reflexo da personalidade do agente, de índole subjetiva, devendo prevalecer sobre a reincidência, merece ser encampado por esse órgão uniformizador. De fato, se a reincidência sempre preponderasse sobre a confissão espontânea, seria mais vantajoso ao acusado não confessar o crime e, portanto, não auxiliar a justiça, porquanto de nada adiantaria tal conduta, algumas vezes praticada com risco para o próprio acusado.

Desde de tal decisão, o Tribunal Superior, manteve o entendimento unido até agosto 2022, quando ficou decidido que em caso de multirreincidência, haverá, sim, uma valorização desta em relação a confissão:

EMENTA RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TRÁFICO DE DROGAS E DIREÇÃO DE VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006, C/C O ART. 309 DA LEI N. 9.503/1997, NA FORMA DO ART. 69 DO CP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE LAUDOS PERICIAIS VÁLIDOS. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. ALEGAÇÃO DESPROVIDA DE SUSTENTAÇÃO PROBATÓRIA. VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS. CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTRAS PROVAS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DESCABIMENTO. RÉU MULTIRREINCIDENTE. 1. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem expressamente afirmou não ter vislumbrado nenhuma evidência concreta de mácula às provas dos autos, inexistindo qualquer sustentação probatória na alegação da defesa; ressaltou a validade dos atos praticados, tendo-se evidenciado apenas um mero erro material, o qual não se revelou apto a tornar nula a prova produzida, tendo ainda destacado que a defesa, no momento oportuno, sequer impugnou a perícia realizada, sendo certo haver nos autos outras provas da prática delitiva. Dessa maneira, não há como acolher o pleito defensivo, nos moldes postulados, sem o necessário revolvimento fáticoprobatório, vedado nos termos da Súmula n. 7/STJ. 2. A reincidência, ainda que específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não deve ser ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito. Apenas nos casos de multirreincidência deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo

admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Precedentes. 3. No caso em exame, não se mostra possível proceder à compensação integral entre a reincidência e a confissão espontânea, tendo em vista que o recorrente possui múltiplas condenações definitivas, o que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, permite a preponderância da circunstância agravante. 4. Recurso especial desprovido. Acolhida a readequação da Tese n. 585/STJ, nos seguintes termos: “É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade”.

O ministro relator traz o entendimento de que no caso de reincidência múltipla trata-se de um instituto muito mais gravoso e não poderá ser compensado pela confissão:

Ora, se a simples reincidência é, por lei, reprovada com maior intensidade, porque demonstra um presumível desprezo às solenes advertências da lei e da pena, reveladora de especial tendência antissocial, por questão de lógica e de proporcionalidade, e em atendimento ao princípio da individualização da pena, há a necessidade de se conferir um maior agravamento na situação penal do réu nos casos de multirreincidência, em função da frequência da atividade criminosa, a qual evidencia uma maior reprovabilidade da conduta, devendo, assim, prevalecer sobre a confissão.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cerne para o desenvolvimento deste trabalho deu-se a partir do questionamento acerca da possibilidade, ou não, da preponderância ou compensação entre a reincidência e a confissão espontânea na segunda fase da aplicação da pena, a qual é objeto de entendimentos contrários nas duas principais cortes brasileiras, tendo em vista a abertura deixada pelo artigo 67 do Código Penal.

O primeiro capítulo buscou demonstrar de forma crítica os aspectos gerais da pena na Constituição Federal e no Código Penal, abordando inicialmente os princípios fundamentais que a orbitam, especialmente o seu princípio norteador, o da individualização da pena, e, posteriormente, as três etapas da dosagem da reprimenda - mormente a segunda fase, em que são sopesadas as circunstâncias tema deste estudo - e seus elementos, conceituando-os, classificando-os e expondo sua mecânica de aplicação.

Já no segundo capítulo, procurou-se conceituar e destrinchar os elementos que envolvem a reincidência e a confissão espontânea, para, enfim, tratar do foco central deste trabalho: a possibilidade de compensação entre as referidas circunstâncias quando do concurso de agravantes e atenuantes, por meio da análise da doutrina sobre o tema.

No capítulo derradeiro, aplicando os pressupostos estudados nos dois anteriores, procurou-se expor a forma com que o tema vem sendo encarado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir de todo o conjunto teórico apresentado, pudemos formular nosso próprio entendimento acerca da temática, o qual se coaduna com a jurisprudência já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal e pela doutrina mais conservadora, no sentido da possibilidade da preponderância entre a reincidência e a confissão espontânea, quando do confronto das duas circunstâncias na segunda fase da aplicação da pena.

Entendemos também que, é necessário analisar o caso concreto de forma bem específica, por exemplo, um indivíduo que comete uma série de estupros até ser finalmente capturado, representa um risco muito maior para a sociedade que um

reincidente de furtos de galinhas, é um tema polêmico e nós esperamos que com este trabalho, possa contribuir um pouco para que haja uma solução.

Por fim, uma lição que, sem sombra de dúvidas obtivemos com o presente trabalho, a necessidade de repensar e reformular o atual sistema de execução penal brasileiro, a sociedade necessita se sentir protegida e as nossas leis precisam garantir isto, aplicando a pena de forma correta, individual, analisando cada caso, para alcançar um modelo de direito penal democrático.

## REFERÊNCIAS

- ARANHA, A. J. Q. T. C. . **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITENCOURT, C. R. . **Tratado de Direito Penal**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITENCOURT, C. R. . **Tratado de Direito Penal: Parte geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1. 1.072p.
- BOSCHI, J. A. P. . **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 set. 2022.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 27 set. 2022.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688**, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm)>. Acesso em: 27 set. 2022.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 27 set. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 27 set. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 100835/SP**. Sandro Máximo Vilela e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ayres Britto. J. em 27 abril 2010. P. DJe em 28 maio 2010. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611767>>.

Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 703623/RJ**. Álvaro Pereira da Costa, outro e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. J. em 05 outubro 1993. P. DJe em 12 abril 1996. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72382>>.

Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 102486/MS**. Paulo Cesar de Souza e Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Carmem Lúcia. J. em 06 abril 2010. P. DJe em 21 maio 2010. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611563>>.

Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Acórdão em Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 110727/DF**. Deassis Alves da Costa Sobrinho e Ministério Público Federal. Relator Ministro Dias Toffoli. J. em 17 abril 2012. P. DJe em 10 maio 2012. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1979518>>.

Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Acórdão em Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 172842/SC**. Dair Dutra e Ministério Público Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. J. em 17 fevereiro 2021. P. DJe em 26 fevereiro 2021. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5724192>>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 178781/DF**. Luís Roberto Ribeiro e Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Relatora Ministra Laurita Vaz. J. em 17 abril 2012. P. DJe em 27 abril 2012. Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&>

sequencial=1138796&num\_registro=201001264023&data=20120427&formato=PDF  
>. Acesso em 19 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma. **Acórdão em Habeas Corpus n. 229489/RJ**. Milton Júlio da Silva Júnior e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator Ministro Vasco Della Giustina. J. em 29 mar. 2012. P. DJe em 11 abril 2012. Disponível em:  
<[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1135172&num\\_registro=201103108917&data=20120411&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1135172&num_registro=201103108917&data=20120411&formato=PDF)  
>. Acesso em 19 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção. **Acórdão em Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.154.752/RS**. Maichel Andrade e Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. J. em 23 maio 2012. P. DJe em 04 set. 2012. Disponível em:  
<[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1136632&num\\_registro=201001499899&data=20120904&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1136632&num_registro=201001499899&data=20120904&formato=PDF)  
>. Acesso em 22 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Seção. **Acórdão em Recurso Especial n. 1931145/SP**. Claudine Oliveira Carvalho e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. J. em 22 junho 2022. P. DJe em 26 agosto 2022. Disponível em:  
<[https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento\\_tipo=integra&documento\\_sequencial=162788485&registro\\_numero=202100961299&peticao\\_numero=202200588391&publicacao\\_data=20220826&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=162788485&registro_numero=202100961299&peticao_numero=202200588391&publicacao_data=20220826&formato=PDF)  
>. Acesso em 22 out. 2022.

CAMARGO, A. L. C. . **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo/SP: Saraiva - Sugestões Literárias, 1994. v. 1. 258p.

CAPEZ, F. . **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Vol. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Vol. 1.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º ao 120º**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. 539 p.

DELMANTO, Celso. E outros. **Código Penal Comentado**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. ed., rev. Por Fernando Fragoso. – Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5 ed. rev. ampl. Ed atual. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, R. . **Curso de Direito Penal Parte Geral Vol. I**. 18ª. ed. Niterói: Impetus, 2016. v. 1. 945p.

GRECO, R. . **Curso de Direito Penal Parte Geral Vol. I**. 19ª. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 1. 949p.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal: Volume II**. Editora Forense - 1942 - 509 p.

MACHADO, Vinícius. **Individualização da pena: o mito da punição humanizada**. Florianópolis: Modelo, 2010.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado, Volume 3 Parte Especial**. Editora Método 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado Vol. 2 - Parte Especial**. Editora Método 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2ª Edição, revista e atualizada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 11ª Edição, revista, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, G. S. . **Manual de Direito Penal**. 16a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1. 1178p.

PRADO, Luiz Regis do. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral – arts. 1º ao 120**. 9 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal - Parte Geral. 5ª Edição**. Editora Lumen Iuris, 2008.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros. 2ª Edição**, revista e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal 5ª Edição**. Revista dos Tribunais; Nova Edição – São Paulo: Saraiva, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal – Parte Geral – 2. ed.** – Florianópolis; Conceito Editorial, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salmoão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática**. 8. ed. Salvador: Juspodvim, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – 9. ed. rev. e atual.** – Florianópolis; Revista dos Tribunais, 2015