



UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas

MARCOS AURÉLIO PEREIRA BRAYNER

**O Superior Tribunal de Justiça na interpretação e aplicação dos
parâmetros legais de individualização da pena**

Orientador:

Prof. Dr. Reynaldo Soares da Fonseca

**Brasília
2023**

MARCOS AURÉLIO PEREIRA BRAYNER

**O Superior Tribunal de Justiça na interpretação e aplicação dos
parâmetros legais de individualização da pena**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Coordenação do Curso de Direito da
Universidade de Brasília – UnB, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Mestrado Profissional em Direito, Regulação
e Políticas Públicas.

Orientador:
Prof. Dr. Reynaldo Soares da Fonseca

**Brasília-DF
2023**

BRAYNER, Marcos Aurélio Pereira.

Título: O Superior Tribunal de Justiça na interpretação e aplicação dos parâmetros legais de individualização da pena – Brasília, 2022.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade de Brasília – UnB, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas. Orientador: Prof. Dr. Reynaldo Soares da Fonseca.

1. Direito. 2. Direito Penal. Dosimetria da pena. I. O Superior Tribunal de Justiça na interpretação e aplicação dos parâmetros legais de individualização da pena.

CDU

MARCOS AURÉLIO PEREIRA BRAYNER

**O Superior Tribunal de Justiça na interpretação e aplicação dos
parâmetros legais de individualização da pena**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade de Brasília – UnB, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas. Orientador: Prof. Dr. Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 3 de agosto de 2023.

Banca Examinadora

Doutor REYNALDO SOARES DA FONSECA
Universidade de Brasília – UnB

Doutor MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS
Universidade de Brasília – UnB

Doutor ROBERTO CARVALHO VELOSO
Universidade Federal do Maranhão

NOTA: _____

RESUMO

Este trabalho de pesquisa oferece uma compreensão enriquecida do discurso sobre a aparente ausência de normas legais objetivas para a determinação da pena-base. O estudo inicia-se com uma investigação sobre os modelos de intervenção penal, abordando sua natureza multifacetada e possíveis desdobramentos futuros. O papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça, que é o de uniformizar a interpretação e a aplicação das leis federais infraconstitucionais, é analisado no contexto dos obstáculos que enfrenta para cumprir sua função nomofilática – em especial, o grande número de demandas. Os achados desta pesquisa, quando analisados em conjunto com a doutrina, precedentes e jurisprudência referenciadas, acentuam a necessidade premente de se instituir restrições à discricionariedade judicial. Isso garante não só a autonomia do juiz para individualização da pena, como também proporciona um nível razoável de previsibilidade em relação à sanção. Nesse cenário dinâmico, torna-se perceptível o papel instrumental do Superior Tribunal de Justiça na orientação da trajetória das políticas públicas criminais, sobretudo no que diz respeito à definição de diretrizes robustas para a individualização da pena.

Palavras-chave: Parâmetros Legais Objetivos para as Penas. Papel Constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Desafios da Função Nomofilática. Discricionariedade Judicial e Individualização da Pena. Políticas Públicas Criminais e Elaboração de Diretrizes.

ABSTRACT

This research endeavor offers an enriched understanding of the discourse on the apparent absence of objective legal standards for determining base penalties. The study commences with an investigation of penal intervention models, addressing their multifaceted nature and potential future developments. The constitutional role of the Superior Court of Justice, which is to standardize the interpretation and application of infraconstitutional federal laws, is scrutinized in the context of the hurdles it faces in carrying out its nomophylactic function – most notably, the overwhelming number of demands. Findings derived from this research, when analyzed alongside the referenced doctrines, legal precedents, and jurisprudence, accentuate the pressing need to institute constraints on judicial discretion. This not only ensures the judge's autonomy in individualizing the penalty but also provides a reasonable level of predictability concerning the sanction. In this dynamic landscape, the instrumental role of the Superior Court of Justice in guiding the trajectory of criminal public policy becomes discernible, particularly with respect to defining robust guidelines for penalty individualization.

Keywords: Objective Legal Standards for Penalties. Constitutional Role of the Superior Court of Justice. Challenges in Nomophylactic Function. Judicial Discretion and Penalty Individualization. Criminal Public Policy and Guidelines Development.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
AJUFE	Associação dos Juízes Federais do Brasil
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
ARP	Assessoria de Admissibilidade, Recursos Repetitivos e Relevância
CIJDF	Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CONAMP	Associação Nacional dos Membros do Ministério Público
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FGV	Fundação Getúlio Vargas
IPESPE	Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas
NURER	Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos
PSL	Diretório Nacional do Partido Social Liberal
SISDEPEN	Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional
SJR	Secretaria de Jurisprudência
STEMA	Seção de Jurisprudência Temática
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A POLÍTICA CRIMINAL	13
1.1 Insuficiência dos modelos de intervenção penal	13
1.2 O modelo penal da segurança cidadã	15
1.3 O modelo penal e a realidade brasileira	18
1.4 O modelo penal de bem-estar e princípio da fraternidade	24
2. O CONTEXTO DE FUNCIONAMENTO DO STJ	29
2.1 A criação do Superior Tribunal de Justiça	29
2.2 O crescente aumento de demandas para o STJ	31
2.3 O enfrentamento do excesso de demandas	36
2.3.1 Incremento da força de trabalho auxiliar	37
2.3.2 Utilização de ferramentas tecnológicas	38
2.3.3 Alterações legislativas até a instituição do precedente (vinculante)	41
2.3.4 Instituição do requisito de relevância para o recurso especial	54
2.4 A exclusão das ações penais do filtro de relevância	57
2.5 O uso e abuso do <i>habeas corpus</i>	59
3. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	67
3.1 Necessidade de contenção da discricionariedade judicial	69
3.2 Metodologia de fixação da pena	73
3.3 Instituição de Grupo de Trabalho pelo CNJ	78
3.3.1 Relatório do Grupo de Trabalho do CNJ	80
3.4 Nota técnica n. 10/2023 do TJDFT	82
3.5 Circunstâncias judiciais	88
3.5.1 Conceito	89
3.5.2 Lastro probatório	104
3.5.3 Quantificação	105
3.6 Pesquisa da Secretaria de Jurisprudência do STJ	113
3.6.1 Considerações e cruzamento de dados	117
3.7 Precedentes qualificados e informação	121
4. CONCLUSÃO	122
5. REFERÊNCIAS	134

Com a conduta humana estamos diante da mais rica estrutura ôntica, o que permite a sua múltipla consideração por diferentes saberes que se ocupam do homem e suas obras. (NETO, A. L. Machado. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 10.)

INTRODUÇÃO

O estudo que ora se apresenta é centrado na análise de aspectos dogmáticos e pragmáticos relacionados ao papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a interpretação e aplicação da lei federal infraconstitucional, particularmente sobre os parâmetros normativos de individualização da pena, com ênfase sobre os critérios de fixação da pena-base.

O trabalho de pesquisa leva em conta, além da doutrina selecionada e dos precedentes e jurisprudência das Cortes Superiores, o relatório produzido pelo Grupo de Trabalho instituído pelo CNJ para elaborar diretrizes para a dosimetria da pena nos processos criminais, a Nota Técnica expedida pelo TJDFT para apresentar orientações sobre os critérios dosimétricos para fixação da pena-base e a pesquisa realizada pela Secretaria de Jurisprudência do STJ, produzida especialmente com o fim de trazer mais elementos para subsidiar este estudo.

As diretrizes interpretativas do processo dosimétrico estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça têm reflexos imediatos sobre a atuação de magistrados e tribunais das instâncias ordinárias, portanto, com relevante impacto na política criminal, sob o prisma da eficácia e uniformidade da pena concretizada.

Na primeira parte, para contextualização do tema, o estudo traz relevantes aspectos dos modelos que buscam uma intervenção penal eficiente, voltada para a prevenção da delinquência. São destacados os sinais que denotam a insuficiência dos modelos garantista e o ressocializador, incapazes de darem respostas a contento às novas formas de configuração e modelagem do controle social penal, notadamente as relacionadas à sociedade de risco.

Em seguida, sob essa perspectiva, avança em uma análise crítica das características do modelo penal da segurança cidadã, que tenta responder, sem sucesso, os problemas de insegurança pública, com ações imediatistas e pouco eficientes, deixando, ainda, um rastro de degradação do indivíduo.

Ato contínuo, é feita uma provocação à reflexão acerca do modelo penal vigente no Brasil e as dificuldades de se estabelecer rumos, em razão da precariedade, ou mesmo inexistência, de indicadores confiáveis, capazes de apontar, com segurança, os resultados da política pública criminal em andamento ou mesmo uma alternativa viável.

Outrossim, é lançado um fecho de luz sobre a desatualização das normas jurídicas disciplinadoras da persecução penal, em descompasso com a realidade hodierna, além do atabalhado processo legislativo, quase sempre desassistido por especialistas.

Como uma “luz no fim do túnel”, é incorporado ao debate o princípio da fraternidade, resgatado como paradigma que se habilita a contribuir com a instauração do modelo penal de bem-estar, em amadurecimento, e contra a tendência ainda dominante.

Dá-se evidência a uma proposição de política criminal que tem como objetivo a inclusão social e guarda estreitos laços com o princípio da fraternidade. Com a releitura do “princípio esquecido”, em sua vertente política e jurídica, busca-se demonstrar que é viável a concretização de um sistema de justiça inclusiva e fraterna.

Na segunda parte, é percorrido o contexto de criação do Superior Tribunal de Justiça – em plena crise do Supremo Tribunal Federal, sobrecarregado – e seu funcionamento ao longo desses quase trinta e quatro anos, com especial deferência à sua função nomofilática.

É trazido à discussão o progressivo e expressivo aumento do número de processos distribuídos e julgados pelo Tribunal da Cidadania, circunstância que, naturalmente, põe em cheque a sua capacidade de cumprir com eficiência sua missão institucional, repetindo, de certa forma, a mesma situação enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal na década de 80.

Diante do número exagerado de causas submetidas ao Superior Tribunal de Justiça, passou-se ao exame, com brevidade e objetividade, de algumas questões estruturais (administrativas, legislativas e jurisdicionais), que são pertinentes não só ao tema de pesquisa, mas também à compreensão global das dificuldades enfrentadas pelo Tribunal na consecução de sua nobre tarefa de intérprete máximo da legislação infraconstitucional.

Nesse contexto, são mencionados como fatores relevantes: o incremento da força de trabalho auxiliar em áreas estratégicas do Tribunal, notadamente nos

Gabinetes de Ministro; a utilização de ferramentas tecnológicas, como forma de facilitar o trâmite e a realização dos atos processuais, com significativa economia de tempo e custos; as alterações legislativas até a instituição do precedente pelo Código de Processo Civil de 2015, com o nítido propósito de trazer racionalidade à atividade jurisdicional; e a do requisito de relevância das questões de direito federal infraconstitucional, instituído pela Emenda Constitucional n. 125, de 15 de julho de 2022, para a admissibilidade do recurso especial, reforçando a ênfase na função nomofilática do Superior Tribunal de Justiça.

Em contraponto, levantam-se ponderações críticas acerca da exclusão das ações penais do filtro de relevância, questionamento meramente retórico, porque, afinal, o legislador já decidiu que toda e qualquer matéria de direito penal ou processual penal traz ínsita a presunção de relevância.

Em arremate, é feito um panorama retrospectivo, atual e prospectivo do uso (e abuso) do *habeas corpus*, com ênfase na atuação jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça. São examinados dados estatísticos contundentes acerca da extraordinária carga de demandas deduzidas por meio de *habeas corpus* perante o STJ, em detrimento das vias recursais próprias. Os números são um forte indicativo de desequilíbrio do sistema de persecução penal, dentre outros fatores, pela “superdosagem” na administração do “remédio heroico”, a prejudicar a consecução de uma prestação jurisdicional eficiente e em tempo razoável.

Finalmente, a terceira parte se encaminha para as questões intrinsecamente relacionadas à individualização da pena, correlacionando-as com o papel do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a interpretação e aplicação da lei federal infraconstitucional.

É examinada, como ponto de partida, a necessidade de contenção da discricionariedade judicial, na medida em que, quanto maior a liberdade atribuída ao juiz na tarefa de atribuir significado e peso a cada circunstância relevante do caso, menor a previsibilidade de resultado, porque se alarga a margem de subjetividade e, portanto, cresce proporcionalmente a possibilidade de tratamento não-isonômico.

O grande desafio é estabelecer balizas para delimitar a margem de discricionariedade em que o juiz pode se movimentar na difícil tarefa de individualizar a pena, promovendo um equilíbrio entre a liberdade para analisar as peculiaridades do caso concreto e a previsibilidade do resultado sancionatório, com a instituição de parâmetros seguros, o quanto possível, objetivos.

Passa-se, então, ao exame da metodologia de fixação da pena, com a explicitação das etapas que compõem o processo dosimétrico, assentado na vetusta reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, que, além de manter alguns conceitos deteriorados pelo tempo, carrega alguns vazios, que precisam ser preenchidos, o que dificulta sobremaneira a tarefa do operador do Direito.

Na sequência, o estudo se dedica à análise do relatório produzido pelo Grupo de Trabalho criado pelo CNJ,¹ que teve a incumbência de elaborar diretrizes para a dosimetria da pena. A iniciativa, pioneira, se revela como um importante passo para o fortalecimento das políticas públicas criminais e a orientação de medidas de combate à delinquência, além, é claro, de fomentar a reflexão e estimular a aplicação dos critérios definidos pelos Tribunais Superiores.

Na esteira da recomendação do CNJ, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios publicou Nota Técnica,² de cunho informativo e colaborativo, para apresentar estudo sobre a dosimetria da pena, mais precisamente os critérios (ou ausência deles) para fixação da pena-base.

Para prestigiar uma abordagem pragmática – mas cotejada com aspectos dogmáticos –, foram examinados alguns percalços que todo e qualquer magistrado brasileiro enfrenta no processo dosimétrico, notadamente na primeira fase, para, em seguida, analisá-lo sob o prisma dos resultados das pesquisas realizadas.

O percurso metodológico para a análise de cada circunstância judicial começa com a delimitação do conteúdo, depois pela exigência da prova idônea, passando pela sua valoração e, por fim, a determinação da quantidade de aumento.

Em seguida, é apresentada pesquisa inédita, realizada sobre o tema da dosimetria da pena pela Secretaria de Jurisprudência, em acórdãos e decisões monocráticas prolatados no âmbito das Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, publicados no ano de 2022. Outrossim, são cruzados os dados estatísticos gerais do Tribunal com a pesquisa temática.

O trabalho ainda toca em um ponto sensível: a escassez de informação refinada, situação notória, que cria obstáculos para a realização de pesquisa empírica

¹ CNJ. Relatório GT: dosimetria da pena. Brasília: CNJ, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v6.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2023.

² TJDF. Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal. Nota Técnica CIJDF n. 10/2023. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/notas-tecnicas/nota-tecnica-10-criterios-de-fixacao-da-pena-base-publicada-9-5-23.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2023.

sobre a dosimetria da pena (e outros assuntos atinentes à persecução penal) no Brasil.

Ao final, são realçadas as conclusões acerca do relevante papel do Superior Tribunal de Justiça na consecução da missão constitucional que lhe foi atribuída de uniformizar a interpretação e aplicação da lei federal infraconstitucional, estabelecendo balizas e diretrizes limitadoras da discricionariedade judicial no sistema dosimétrico, de forma a garantir, ao mesmo tempo, liberdade ao juiz para individualizar a pena e, também, uma razoável previsibilidade de resultados.

1. A POLÍTICA CRIMINAL

1.1 Insuficiência dos modelos de intervenção penal

Há tempos as sociedades mundo a fora se debruçam sobre a questão de qual seria o modelo de intervenção penal mais eficiente para a prevenção da delinquência. E toda a discussão passa, necessariamente, pela escolha das condutas ofensivas que se pretende inibir e do tipo de pena adequada a cada uma delas, decisões políticas que estão atreladas aos fins que se buscam com as sanções.

Em razão da estreiteza do foco deste trabalho, deixamos apenas entreaberta a porta que adentra na análise dos modelos de persecução penal concebidos e suas bases conceituais e empíricas, para tão somente vislumbrar, nessa pequena brecha, o quão essa instigante matéria – que orienta a escolha legislativa dos tipos delitivos e respectivas penas, bem como as diretrizes do apenamento e execução – é fundamental para nortear os estudos da delicada tarefa de individualização da pena.

O professor espanhol Díez Ripollés – um dos mais proeminentes autores contemporâneos que trata do tema de política criminal – chama a atenção para a incapacidade de os modelos garantista e o ressocializador darem respostas a contento às novas formas de configuração e modelagem do controle social penal.³

Seus estudos apontam erros do garantismo, notadamente sua imobilidade, porquanto agarrado a princípios intocáveis, os quais se apartam das alterações sociais que têm ocorrido, além de desconsiderar o papel da criminologia, que revela certas realidades sociais que contradizem suas orientações político-criminais.

Com efeito, o distanciamento do modelo garantista da realidade lhe retira as condições necessárias para responder a anseios sociais novos, surgidos em um contexto de mudanças aceleradas. Ao distanciar a dogmática das análises empíricas da realidade do delito e do delinquente, o garantismo mantém seu discurso político-criminal desconectado das transformações sociais e das novas demandas.⁴

³ RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Tradução: André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

⁴ “Confinados, conseqüentemente, na torre de marfim da dogmática, desdenhosos das oscilações políticas, deixamos que os encarregados de elaborar as leis operem sem o apoio de elaborações teóricas e sem estarem submetidos a restrições normativas dignas de consideração. Como era de se esperar, no momento de interpretar essas leis, nossos bem-intencionados propósitos tropeçam nos próprios limites por nós traçados: presos no princípio da legalidade, somente nos resta questionar esse princípio, com o que minamos o edifício dogmático trabalhosamente construído, ou esperar tempos melhores, limitando-nos a realizar um insignificante ‘trabalho de sapa’ da lei vigente mediante interpretações forçadas da mesma”. Ibidem, p. 41.

O modelo ressocializador, por sua vez, se deteriora, por trazer como objetivo principal a busca da reintegração do delinquente, deixando todos os demais em segundo plano, o que implica desconsiderar certas cautelas inerentes ao Direito Penal clássico, ainda pulsante.

Nessa toada, mais interessam as condições pessoais e sociais do delinquente do que a conduta delituosa: as penas tendem a assumir um caráter indeterminado, porquanto condicionadas à evolução no processo de reintegração do condenado; a pena de prisão, por trazer em si componentes aflitivos colidentes com os objetivos reeducadores, passaram a ensejar a aplicação de penas alternativas; e a recuperação do delinquente passa a ser uma tarefa de especialistas.

Todavia, não tarda a constatação, na prática, da ineficácia das técnicas de tratamento oferecidas. Ademais, o foco sobre a ressocialização do delinquente acaba por retirar a atenção da responsabilidade de importantes segmentos sociais, inclusive dos próprios órgãos de controle, no surgimento da delinquência.

Por isso, intensificam-se as críticas sobre tamanha ingerência do Estado sobre os direitos e personalidade do delinquente, com diminutos resultados, e ressurge a cobrança por restabelecimento das garantias individuais. O foco é novamente redirecionado para a conduta delituosa, para um movimento de retorno de penas de duração determinada e redução do arbítrio judicial. Assim, recupera o prestígio o pensamento de aplicar a pena como intimidação pessoal e social ou inocuidade do delinquente e, ainda, de forma proporcional ao dano causado, independentemente das características pessoais do autor.⁵

São trazidos para o centro do debate aspectos hodiernos da “sociedade de risco” – expressão utilizada pelo alemão Ulrich Beck⁶ –, relacionados à generalização de novos riscos ampliados, de caráter supraindividual, oriundos essencialmente do acelerado desenvolvimento tecnológico e também, nesse segmento, às dificuldades de se atribuir responsabilidades aos agentes de delitos recém surgidos ou tradicionais com novas roupagens.

Essa inquietante realidade social em transformação é força motriz de um movimento popular (ou populista) de clamor por intensificação da intervenção penal, baseado, em boa parte, na sensação de insegurança do cidadão, induzido

⁵ Ibidem, p. 18-20.

⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2ª ed. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

principalmente pela exploração midiática de casos emblemáticos, sem muita preocupação com a complexidade dos conflitos sociais ou com as análises técnicas de especialistas.

1.2 O modelo penal da segurança cidadã

Instados pelo sentimento coletivo de insegurança cidadã, movidos por interesses pouco republicanos, os legisladores oferecem respostas de pronto, irrefletidas, sem considerar dados empíricos, tampouco estudos sérios da estrutura da delinquência e formas de enfrentamento.

O festejado professor de Málaga lança luz sobre o novo modelo de política criminal que se sucede para responder, ainda que falsamente, os problemas de insegurança pública. Nessa senda, destaca a expansão do Direito Penal, convalidando a tendência de criminalização de condutas no estágio prévio (atos preparatórios), antecipação da tutela penal, predomínio de crimes de perigo abstrato em detrimento dos de perigo concreto, mitigação de garantias individuais penais e processuais penais, com a instauração de uma visão direcionada para o indivíduo delinquente, e não para o ato delituoso em si, que recebe rótulos prévios de uma sociedade excludente e cada vez menos solidária.

A contraposição estabelecida entre indivíduo e cidadão no desenho da política criminal ensejou a degradação de certos tipos de delinquente – considerados danosos à própria estrutura jurídico-normativa que sustenta a sociedade –, para desqualificá-los e retirar-lhes o *status* de cidadão. Dessa maneira, busca-se justificar maior rigorismo na repressão penal, tratando os delinquentes como inimigos da sociedade. Nesse cenário foi desenvolvida a teoria do “direito penal do inimigo”, expressão cunhada pelo alemão Günther Jakobs, dentro da chamada “expansão securitária”.⁷

No mesmo contexto, o espanhol Silva Sánchez acrescenta um metafórico motor no direito penal: o de “primeira velocidade”, ao referir-se ao direito penal “clássico” – com cominação de penas predominantemente de prisão para a tutela de bens jurídicos tradicionais, com rigorosos critérios de imputação e estrita atenção a garantias materiais e processuais; e o de “segunda velocidade”, direcionado à criminalidade “moderna” – maior parte dos bens jurídicos tutelados de caráter coletivo, com estruturas típicas flexíveis, atenuação dos critérios de imputação e flexibilização das garantias individuais. Em contrapartida, renunciar-se-ia a penas de prisão,

⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 6ª ed. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

restando como punição penas pecuniárias e privativa de direitos. Na continuidade da reflexão cinética, alude ao direito penal de “terceira velocidade”, conceito que muito se aproxima com o denominado “direito penal do inimigo” de Jakobs, embora com nuances próprios.⁸

A sensação de insegurança cidadã se origina tanto da preocupação generalizada com a delinquência, quanto do medo de ser vítima, situação que provoca desacredito dos poderes públicos e abalo à confiança da população na capacidade de seus representantes de conterem o problema.

Ademais, percebe-se o (quase) desaparecimento da condescendência em relação à criminalidade tradicional, mesmo a de menor potencial ofensivo, que passa a ser vista como ato de livre vontade do transgressor, movido por interesses egoísticos e imorais, em detrimento dos interesses dos demais cidadãos.

Nesse cenário, há uma revalorização do componente aflitivo da pena, na medida em que o aspecto da ressocialização do delinquente é tido como um favor imerecido. Outrossim, ressurgem o protagonismo da pena de prisão, com ênfase em sua carga intimidatória e retributiva, sobrelevando a inocuização do delinquente para a proteção do meio social.

Os interesses das vítimas, por sua vez, tradicionalmente relegados a segundo plano – com a concepção de que devem se subsumir no interesse público –, deixam o lugar de neutralidade para figurarem como fator relevante a ser considerado na resposta penal.

Curiosa – e preocupante – é a constatação de uma certa despreocupação com eventuais abusos por parte do poder sancionador do Estado. Com efeito, tem-se

⁸ “Que o direito penal da terceira velocidade foi pensado para uma criminalidade se confirma facilmente quando se atende às áreas preferentes de intervenção desse direito penal mais rigoroso: antes de tudo, seu defensor toma especial cuidado ao excluir expressamente a delinquência socioeconômica da influência dessa terceira velocidade punitiva, já que aquela seria um setor da criminalidade que pertenceria à suavizada segunda velocidade ou, antes ainda, à primeira. Neste novo direito penal se integrariam, pelo contrário, a delinquência patrimonial profissional, a delinquência sexual violenta ou reiterada, a criminalidade organizada, o narcotráfico, a criminalidade de Estado e o terrorismo. A segunda ideia relevante tem a ver com o relativo distanciamento da ideia motriz da luta contra a periculosidade do indivíduo que caracteriza o direito penal do inimigo. Sem, claro, renunciar a ela, o direito penal da terceira velocidade introduz, com motivos determinantes se sua existência, por um lado, a conveniência de reagir energicamente frente a condutas especialmente graves por supor negação frontal aos princípios políticos ou sócio-econômicos básicos do nosso modelo de convivência e, por outro lado e em estreita relação, a necessidade de assegurar a efetividade da reação penal a essas condutas, superando as dificuldades adicionais de persecução e prova que apresentam. É, portanto, a destacada lesividade destes comportamentos que explicam que a sociedade, nestes casos, esteja disposta a renunciar a certos níveis de liberdade em troca de reforçar a segurança.” RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Tradução: André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 86-87.

instaurado uma ideia generalizada, em sociedades de tradição democrática, historicamente ciosas de direitos e garantias fundamentais, de que se deve renunciar a cautelas existentes para prevenir excesso do poder público, a fim de buscar maior efetividade na persecução do delito, tarefa dificultada em razão das novas tecnologias e formas inovadoras de delinquir.

Outro fenômeno observado reside no envolvimento direto dos membros da sociedade civil na luta contra a delinquência, o que pode ser constatado com a expansão da segurança privada, reação à ineficiência das autoridades estatais instituídas em conter a criminalidade. O acesso a esse tipo de serviço, a propósito, pode ser considerado como um novo e crescente fator de desigualdade social, uma vez que acessível apenas às camadas sociais mais abastadas.

A dinâmica de transformações sociais tem impulsionado uma transformação do pensamento criminológico. Em meados do século XX, a delinquência era vista, em sua maior parte, como produto da marginalização e privações sociais. Logo, o contraponto era desenvolver instrumentos de bem-estar, integração social e medidas ressocializadoras para os delinquentes. Já no final do mesmo século, há uma profunda alteração de perspectiva, passando o enfoque para a falta de um suficiente controle social e as formas de como incrementá-lo. Os delinquentes seriam, pois, pessoas razoavelmente integradas à sociedade, que agiriam com racionalidade, aproveitando as oportunidades que surgem para cometerem delitos.

O modelo de segurança cidadã, na perspectiva de Diéz Ripollés, se sustenta em “certezas extremamente convenientes”, as quais abraçam as angústias e anseios coletivos, encontrando terreno fértil em um “mundo desregulado e imprevisível”. Agarra-se a valores inestimáveis e caminha no sentido de distinguir cidadãos de delinquentes e, com isso, preconiza o endurecimento da intervenção penal contra não-cidadãos, estranhos e intrusos, ignorando deliberadamente desigualdades sociais.⁹

Essa miopia social induz inércias políticas, favorecidas pelo enfoque volitivo do agente do delito, e não suas causas estruturais, logrando desviar a atenção dos agentes do Estado responsáveis por promover políticas públicas, retirando-se destes qualquer responsabilidade sobre o problema.¹⁰

⁹ Ibidem, p. 49.

¹⁰ “Um enfoque estrutural da delinquência tem o importante inconveniente de colocar o *Poder Executivo*, assim como o *Poder Legislativo* que carece de autonomia, diante de suas próprias responsabilidades: se o delito encontra boa parte de sua explicação em causas sociais, eles são os primeiros responsáveis pela correção das políticas públicas existentes ou pela adoção de novas

A despeito da inegável relevância de o magistrado compreender a dimensão e os contornos do modelo de intervenção penal, somente de forma oblíqua a atividade jurisdicional é capaz de atuar nas causas estruturais da criminalidade e, ainda assim, de maneira limitada, porque é sempre adstrita à pessoa do delinquente. Afinal, é sobre as circunstâncias do delito materializado e o comportamento do seu agente que se debruça o juízo criminal.

Sem embargo, a análise contextualizada da conduta delituosa permite ao juiz sentenciante alcançar uma decisão mais consentânea com a realidade social e, assim, chegar a uma sanção mais alinhada com a proposta de política criminal.

No juízo das execuções penais, por sua vez, se abre maior espaço para a consideração do aspecto estrutural da delinquência e, com isso, melhor direcionar a ação punitiva, o tratamento de reintegração do delinquente e a prevenção especial e geral. Entretanto, a atuação executória penal continua circunscrita à pessoa do apenado e atrelada ao delito pelo qual foi condenado.¹¹

1.3 O modelo penal e a realidade brasileira

A reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984 preservou a noção utilitarista da pena, o que se pode extrair da redação do art. 59, que alude às suas finalidades de “reprovação e prevenção do crime”, alinhando-se à doutrina alemã, que prima pela teoria da prevenção geral, para proteção da ordem jurídica.¹²

O § 5º do art. 121 e o § 8º do art. 129 do Código Penal, ao preverem a possibilidade de o juiz deixar de aplicar a pena, quando as consequências do crime

iniciativas que neutralizem a insatisfatória situação existente. Pelo contrário, uma explicação volitiva do delito permite ao Executivo e ao Legislativo transferir nitidamente a responsabilidade para um terceiro: o delinquente.” Ibidem, p. 49-50.

¹¹ “(...) uma decidida aproximação estrutural à delinquência resulta dificilmente acessível à *jurisdição*, justo o contrário do que sucede com a perspectiva volitiva. Os juízes têm uma limitada capacidade para ativar, mediante suas decisões, medidas de intervenção social centradas nas causas da criminalidade. Mesmo quando se sinta falta, muitas vezes, por sua vez, de uma aposta inequívoca a favor de penas de reintegração social (...), é certo que seu real funcionamento depende dos recursos humanos e materiais que se coloquem à sua disposição pelas administrações competentes na execução das penas. E, em qualquer caso, as decisões judiciais nunca poderão ter incidência direta nos fatores sociais que não estejam imediatamente vinculados à pessoa do delinquente.

Paradoxalmente, o enfoque volitivo permite aos juízes e tribunais compensar de algum modo sua inoperatividade estrutural. De fato, uma aplicação esmerada das categorias que fundamentam a responsabilidade penal no momento de julgar o comportamento do suspeito possibilita desenvolver indiretamente as atitudes de compreensão em relação aos condicionamentos sociais da delinquência. Porém, isso não impede que a atenção siga centrada no comportamento e na pessoa, objetos concretos de julgamento, e que se tenha que forçar uma via, a do garantismo, que tropeça em sérias resistências sociais.” Ibidem, p. 50-51.

¹² BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 105-106.

atingirem o próprio agente de forma tão grave “que a sanção penal se torne desnecessária”, realçam a função retributiva da sanção penal.

O art. 1º da Lei das Execução Penais, por seu turno, exprime como objetivo da execução da pena “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, ou seja, assenta o seu caráter ressocializador.

As teorias que tentam explicar a finalidade da punição, de fato, têm-se mostrado insuficientes diante das sociedades contemporâneas, multifacetárias e complexas. O contexto de grande desigualdade, em países como o Brasil, acrescenta um fator complicador no estabelecimento das políticas públicas criminais, que acabam enfrentando a criminalidade de forma seletiva e excludente.¹³

A notória superlotação do sistema carcerário brasileiro,¹⁴ que oferece condições sub-humanas e degradantes aos detentos, corrobora a impressão de esgotamento e falência do sistema punitivo do país.

De acordo com dados de junho de 2022, disponibilizados pelo Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN,¹⁵ o Brasil possui uma população carcerária de 834.746 detentos, uma das maiores do mundo, com um índice de reincidência que chega a até 42,5%.¹⁶

Diante desse cenário, que possui alta complexidade, por envolver múltiplos e diferentes fatores, importa perquirir como reestruturar um modelo teórico mal definido,

¹³ “Investigar o papel da pena na conjuntura atual implica, em primeiro lugar, inserir a punição nos diferentes contextos geopolíticos dos processos de encarceramento e perceber os distintos impactos das políticas punitivas. No caso brasileiro, requer que o fenômeno (punição) seja confrontado com a função que exerce na gestão da miséria criminalizada nos países do capitalismo periférico, notadamente na América Latina. (...) é possível sustentar que na experiência nacional a punição nunca abandonou uma *função latente de controle violento dos indivíduos e dos grupos inconvenientes*, mesmo nos períodos de predomínio (formal) do correccionalismo. Na atualidade, com o abandono (material) das políticas *pena-welfare* e a resignificação da prisão como mecanismo de exclusão e controle, as violências institucionais acabam sendo potencializadas em níveis indecentes.” CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 155-156.

¹⁴ O índice de ocupação dos estabelecimentos penais do país no segundo semestre de 2021 (não há dados disponíveis de 2022) é, em média, de 138,16%, sendo que, no centro-oeste, chega a 166,10%. Dados do CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Sistema Prisional em Números. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 03 jun 2023.

¹⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional. 12º Ciclo – INFOPEN. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2022-12ciclo.pdf/view>. Acesso em: 3 jun. 2023.

¹⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório Reincidência Criminal do Brasil. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil#:~:text=Conforme%20o%20gr%C3%A1fico%2C%20a%20m%C3%A9dia,significativo%20ao%20longo%20do%20tempo>. Acesso em: 3 jun. 2023.

com baixíssimo grau de eficiência. E mais: como escolher tal ou qual estratégica, sem as respectivas ações no sentido de se concretizar uma política criminal bem-sucedida.

No que diz respeito ao arcabouço normativo, há um evidente descompasso com a realidade atual do país. O Código Penal, concebido nos idos de 1940, sofreu uma reforma no distante ano de 1984, e tem sofrido inúmeras alterações desde então, desfigurando sua sistemática. O Código de Processo Penal, de 1941, da mesma forma, tendo recebido incontáveis remendos ao longo das últimas décadas. A Lei de Execução Penal também é de 1984, com inúmeras alterações desde então.¹⁷

Não faltaram, a propósito, iniciativas de reformas, com a instalação e desinstalação de comissões de notáveis, as quais não lograram êxito em promover as mudanças pretendidas. Assim, ainda vigem no país os mesmos paradigmas erodidos pelo tempo e, pior, desfigurados por sucessivas alterações legislativas, as quais transformaram os Códigos Penal e Processual Penal e a Lei de Execução Penal em colchas de retalho.

O Brasil continua carente de um sistema eficiente de enfrentamento e prevenção da delinquência. Passos legislativos avulsos, ocasionais e, muitos deles, irrefletidos, sem preocupação com a unidade sistêmica, sem uma concepção estratégica definida, são potencialmente fatores de complicação. Que o digam os tribunais, frequentemente instados a se manifestar sobre a constitucionalidade de atos normativos e executivos de políticas públicas em geral, levados a cabo de maneira açodada.

Um exemplo recente, bastante ilustrativo, foi a apresentação, em janeiro de 2019, do denominado “Pacote Anticrime”, encaminhado ao Congresso Nacional pelo Governo recém-eleito, com vistas a endurecer o combate contra a corrupção, o crime organizado e crimes praticados com grave violência à pessoa. Durante a tramitação do projeto de lei, os parlamentares apresentaram um substitutivo, com alterações substanciais, que introduziram vários artigos com viés mais garantista.

¹⁷ “Oliver Wendell Holmes Jr., um dos primeiros pragmatistas, explica o surgimento do Direito, aludindo que os costumes, crenças ou necessidades de um período estabelecem uma regra, e que o transcorrer do tempo, pode ensejar o desaparecimento daqueles e a reminiscência da regra, perquirindo-se ingenuamente razões contemporâneas para a sua imposição, levando a uma reconciliação entre a velha norma e o novo estado das coisas. Assim, ‘a vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência.’” GABRIEL, Anderson de Paiva. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo** - tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoth Editora, 2022. p. 77.

O projeto aprovado foi enviado à sanção da Presidência da República, que, por sua vez, vetou 24 dispositivos, por considerá-los ou inconstitucionais ou contrários ao interesse público. A Lei n. 13.964 foi publicada em 24 de dezembro de 2019, com vigência a partir de 23 de janeiro de 2020.

Ato contínuo, foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal as ADI 6.298 (Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e Associação dos Juizes Federais do Brasil – AJUFE), ADI 6.299 (Podemos e Cidadania), ADI 6300 (Diretório Nacional do Partido Social Liberal – PSL) e ADI 6305 (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP), impugnando vários dispositivos da lei promulgada, especialmente a criação do juiz das garantias.

Em 15 janeiro de 2020, durante o recesso forense, o então presidente do STF, ministro Dias Toffoli, em decisão liminar prolatada nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia de vários dispositivos da referida lei, estabelecendo prazo de 180 dias para implantação do juiz das garantias, além de afastar sua incidência sobre processos de competência originária dos Tribunais, do Tribunal do Júri, de violência doméstica e familiar, e processos criminais da competência da Justiça Eleitoral. Outrossim, foram fixadas regras de transição para processos e investigações em andamento.

No dia 22 de janeiro de 2020, o ministro Luiz Fux, então vice-presidente do STF, na condição de relator das referidas ADIs ajuizadas contra a Lei n. 13.964/2019, proferiu nova decisão, *ad referendum* do Plenário, revogando a anterior do ministro Dias Toffoli, para determinar a suspensão, por tempo indeterminado, da eficácia das normas do Pacote Anticrime que instituem o juiz das garantias e seus consectários, consignando que a medida cautelar determinada não teria o condão de afetar os inquéritos e processos em andamento.

Na decisão do relator, foram apontados, entre outros, os seguintes defeitos: (i) vício de iniciativa, porque os artigos que disciplinam a criação do juiz das garantias alteram normas de organização judiciária, cuja proposta de lei é da incumbência do Poder Judiciário; (ii) ausência de prévia dotação orçamentária, por demandar a implementação do juiz das garantias impacto financeiro relevante ao Poder Judiciário, notadamente com as necessárias reestruturações e redistribuições de recursos humanos e materiais, além de soluções de tecnologia da informação.

Se não bastasse toda essa confusão, os vetos presidenciais a partes da Lei n. 13.964/2019, que foram recebidos no Congresso Nacional em 26 de dezembro de

2019,¹⁸ somente foram apreciados em 19 de abril de 2021 (muito depois do prazo de 30 dias), quando os parlamentares decidiram derrubar 16 dos 24 vetos, todos relacionados à matéria criminal. É curioso observar que a deliberação foi realizada em sessões virtuais (em razão da pandemia) pelas duas Casas Legislativas *separadamente*, contrariando, ao que parecer, a norma constitucional expressa do art. 57, § 3º, inciso IV, c.c. o art. 66, § 4º, que exige a reunião da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em sessão *conjunta* para decidir sobre o veto.¹⁹

Até hoje, passados mais de três anos, essas questões ainda pendem de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Eis, pois, um de vários exemplos de como um processo legislativo atabalhado, sem discussões prévias suficientes, pode gerar mais instabilidade e insegurança jurídica.

A concepção de uma política criminal amadurecida – que é apenas um subconjunto da política pública social, mais abrangente – pressupõe a escolha consciente de objetivos específicos alinhados com a meta almejada, condicionados aos meios materiais disponíveis.

Os passos, o rumo e o destino da política criminal não podem ser frutos do imprevisto, baseados em discursos retóricos, desprovidos de substância, tampouco de açada produção legislativa voltadas a apresentar “soluções imediatas” para resolver uma gota num balde de problemas relacionados à delinquência.

Em face de uma sociedade cada vez mais complexa e multifacetária, as escolhas políticas precisam ser construídas a partir de processos dialógicos e analítico-estratégicos, com a participação efetiva de atores políticos de diferentes vertentes, sem dispensar os especialistas de cada seara.

Em termos singelos: é preciso saber de onde se parte, para onde se pretende ir e, principalmente, *como* chegar lá, o que deve ser determinado por meio de amplo e qualificado debate. Esse “simples” diagnóstico inicial, sem o qual os passos

¹⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Veto parcial aposto ao Projeto de Lei n. 6.341, de 2019 (n. 10.372/2018, na Câmara dos Deputados), que “Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/12945>. Acesso em: 17/04/2023.

¹⁹ “Art. 57. (...) § 3º Além de outros casos previstos nesta Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal reunir-se-ão em sessão conjunta para: (...) IV – conhecer do veto e sobre ele deliberar”; “Art. 66. (...) § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores”. BRASIL. [Constituição (1988)]. Publicada no **Diário Oficial da União** em 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 abr. 2023.

seguintes serão trôpegos, pressupõem detida análise e reflexão sobre dados empíricos capazes de aferir, no mundo real, se as normas jurídicas e os precedentes judiciais conseguem criar condições de estabilidade social por meio de incentivos adequados.²⁰

É bom não perder de vista que política criminal – como, aliás, é qualquer política pública – está inserida em um contexto sócio-econômico-político muito maior, de alta complexidade e volatilidade, com inúmeras variantes, e com recursos limitados, cujos resultados não são aferíveis de pronto, embora perceptíveis pelos cidadãos, em seus distintos grupos sociais, todos os dias dentro de suas rotinas.

Por isso, pensamos que deve estar situado, em maior parte, dentro das chamadas “políticas de Estado”, e não “políticas de governo”, consideradas aquelas os planejamentos estratégicos de longo prazo e estas as ações governamentais, em sentido próprio, de curto ou médio prazo.²¹

Fica evidente, portanto, que o sucesso de uma política criminal – seja ela qual for – depende de interação e apoio recíprocos entre os agentes de Estado responsáveis por cada segmento da política pública, em especial, a social, por serem partes indissociáveis de um único mosaico.

O espaço nesse quadro em que o Judiciário tem a incumbência de agir é menor – posto que relevante –, porque atua, como acima mencionado, essencialmente sobre

²⁰ “Imperioso reconhecer, portanto, o caráter científico do Direito, constituindo, em verdade, ciência social aplicada. Nesse sentido, o pragmatismo pode contribuir sobremaneira para o seu desenvolvimento, sendo o método mais apropriado para dimensionar de forma adequada a permanente evolução que o Direito deve observar para regular as complexas relações jurídicas que envolvem o tecido social, maximizando a sua efetividade enquanto instrumento destinado a possibilitar a Justiça e harmonia.

É preciso ter consciência de que as normas legais e os precedentes judiciais criam incentivos, estabilizando as expectativas sobre as regras do jogo e, assim, fomentam determinadas condutas em detrimento de outras. Incentivos nada mais são do que preços implícitos, e os indivíduos fazem escolhas buscando minimizar seus custos e maximizar seus benefícios, impactando toda a sociedade. (...)

Assim, o exame de qualquer proposição jurídica demanda a investigação dos resultados e repercussões que serão desencadeadas, não só no campo jurídico, mas também os efeitos sociais, econômicos e até políticos, razão pela qual a análise do contexto em que se insere também é essencial.” GABRIEL, Anderson de Paiva. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo** - tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoth Editora, 2022. p. 82-83.

²¹ “A política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas ‘políticas de Estado’ –, e há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas ‘políticas de governo.’” BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19.

o delinquente, depois de concretizada a conduta delitiva, e, portanto, com alcance limitado. Essa constatação, no entanto, não diminui o grau de importância da atividade jurisdicional na consecução dos objetivos e metas da política criminal estabelecida, mas evidencia os limites de sua capacidade de ingerência.

Embora os juízes, no cumprimento de seu ofício, se movimentem em menor espaço – em comparação com outras autoridades públicas no exercício das atividades legislativa e executiva –, mostram-se fundamentais para a conformação da política criminal com os postulados constitucionais e o êxito da proposta estabelecida.

Para a consecução dessa missão, entretanto, não há como prescindir de juiz que, efetivamente, olhe para a sociedade em que vive, conheça a realidade que o cerca, seja, de fato, um juiz-cidadão.²²

Seja qual for a proposta de política pública criminal – que tenha como preocupação central estabelecer critérios e métodos de individualização da pena eficazes –, há de ser erigida, mantida ou reformada a partir estudos empíricos, aptos a produzir um diagnóstico do que tem ou não tem funcionado e, assim, chegar o mais próximo possível de um resultado minimamente satisfatório, de acordo com os fins almejados.²³

1.4 O modelo penal de bem-estar e o princípio da fraternidade

Em meio a atropelos legislativos e ideias contrapostas sobre a correta delimitação do problema e a definição de soluções eficientes, Díez Ripollés propõe um “modelo penal de bem-estar”, em amadurecimento, e contra a tendência dominante, cujo ponto de referência fundamental se situa no estabelecimento de indicadores capazes de metrificar os efeitos socialmente inclusivos ou exclusivos de um determinado sistema penal nacional sobre investigados, réus, apenados e egressos do sistema penitenciário.²⁴

²² “De fato, há de se gizar que o Direito jamais pode se desconectar do mundo fático, sob pena de se tornar mera utopia. George Ripert já afirmava que ‘Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito’.

Nesse sentido, Dinamarco defende que ‘os tempos exigem uma figura de juiz que vivencie os dramas sociais sobre os quais é chamado a atuar no processo’, intitulando-o de juiz-cidadão” GABRIEL, Anderson de Paiva. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo** - tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoth Editora, 2022. p. 86

²³ “(...) o acerto de uma proposição não pode ser apontado em abstrato, de forma que refutamos verdades dogmáticas de cunho ideológico, que não possam ser testadas permanentemente, e que institutos jurídicos que não se mostrarem exitosos em solver os problemas a que se propõem e hábeis a satisfazer as necessidades vitais humanas, devem ser modificados ou substituídos.” Ibidem, p. 84-85.

²⁴ “(...) a alternativa ao modelo de segurança cidadã não é o modelo garantista, mas um *modelo penal de bem-estar*, que antepõe uma aproximação social a uma aproximação repressiva em relação à

O insigne professor espanhol sugere a construção de um instrumento analítico capaz de esquadriñar modelos nacionais, a fim de viabilizar um estudo do direito comparado, contrastando, em extremos opostos, de um lado, o sistema de controle penal dos Estados Unidos da América e, de outro lado, o de países nórdicos europeus (Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia), a partir da maior proximidade destes a resultados socialmente inclusivos e, daqueles, a resultados socialmente excludentes.²⁵

A proposição de uma política criminal que tenha como objetivo a inclusão social vai ao encontro dos estudos desenvolvidos pelo eminente professor e ministro do Superior Tribunal de Justiça Reynaldo Soares da Fonseca, que se empenha em resgatar o princípio da fraternidade, como fator de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade. E, com essa releitura do “princípio esquecido”, busca demonstrar que é viável a concretização de um sistema de justiça inclusiva e fraterna.²⁶

De fato, buscar a construção de uma sociedade baseada no paradigma da fraternidade é buscar uma visão de mundo que enxergue o outro como pessoa, visto com empatia e respeito, para uma convivência harmônica, solidária e cooperativa, valores caros à democracia.

Mais do que um valor religioso ou moral, a fraternidade se revela como categoria política e, ainda, como princípio jurídico. Portanto, deve não só orientar a tomada de decisões em matéria de políticas públicas gerais, como também servir de parâmetro hermenêutico das normas jurídicas.²⁷

delinquência. E os termos do debate se desenvolvem, em consequência, no campo da racionalidade pragmática, isto é, no da efetividade e eficácia das medidas de intervenção social a serem tomadas. A contraposição entre estas duas perspectivas, embora nenhuma renuncie plenamente a conteúdos da outra, reflete o contraste entre um afrontamento ingênuo, tosco, da delinquência, centrado nos sintomas e incapaz de ver além do curto prazo, e uma abordagem da criminalidade especialista, consciente da complexidade do fenômeno, centrada nas causas e disposta a dar seu tempo às modificações sociais”. RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada**. Tradução: André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 51-52.

²⁵ “O sistema de controle penal estadunidense acabaria construindo o modelo político-criminal ocidental mais energicamente inspirado na exclusão social dos suspeitos e delinquentes. Nesse sentido, encabeçaria um significativo grupo de países desenvolvidos, em especial do mundo anglo-saxão. Os sistemas de controle penal dos países nórdicos europeus estariam moldando o modelo político-criminal mais decididamente focado na inclusão social dos suspeitos e delinquentes. Teriam avançado nessa linha de uma maneira significativamente maior que outros países europeus ou algum americano.” Ibidem, p. 120.

²⁶ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio Constitucional da Fraternidade**: seu resgado no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

²⁷ “Sendo assim, à fraternidade abrem-se as possibilidades atuais e futuras, ganhando universalidade perante a humanidade e a própria condição humana. Enfim, esse princípio político tem o potencial de atuar como método e conteúdo da política, ao tornar-se parte constitutiva do processo de tomada de decisões políticas, assim como guia hermenêutico das demais normas em interação dinâmica.

Nesse sentido, preleciona o festejado professor Reynaldo, é a promessa do preâmbulo da Constituição Federal de 1988 de construir uma sociedade fraterna. E a promessa do constituinte originário é reafirmada no inciso I do art. 3º da Carta Política, ao lado dos postulados da liberdade e da igualdade, como objetivo fundamental: construir uma sociedade solidária.

Trata-se de um valor universal, assim reconhecido expressamente no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”²⁸

Longe de figurar como um objetivo utópico e inalcançável, o ideário fraterno pode perfeitamente receber o mesmo tratamento, em linguagem secular e universalizável no corpo social, exatamente como ocorreu com o princípio da dignidade da pessoa humana,²⁹ e, assim, para além do discurso teórico, alcançar utilidade prática, não só filosófico-dogmática.

Na persecução penal, em razão da sensibilidade ínsita aos bens jurídicos tutelados, bem como da carga emocional frequentemente relacionada à conduta delituosa e a suas consequências no meio social, parece mais difícil falar em fraternidade. Entretanto, o delinquente não perde o *status* de detentor de direitos humanos.³⁰

A despeito da dificuldade de se lidar com os sentimentos de rancor, revolta e indignação dos cidadãos em face dos crimes e criminosos – emoções que alimentam a vingança e o revanchismo –, a porta da fraternidade abre espaço para a

Por outro lado, dado que é valor jurídico-político próprio do constitucionalismo, também possui conteúdo no âmbito do Direito cuja estruturação emana da dignidade da pessoa humana. Ao traduzir-se no código jurídico, a fraternidade possui natureza normativa principiológica, servindo para a construção hermenêutica de outras normas, mas impondo comandos deontológicos mediante a soberania estatal. Por conseguinte, considerada a Constituição como o estatuto jurídico do político, a fraternidade possui guarida como princípio explícito ou implícito na Constituição da República de 1988.” Ibidem, p. 55.

²⁸ UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 31 mai. 2023.

²⁹ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio Constitucional da Fraternidade**: seu resgato no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 50-51.

³⁰ “(..) o crime é uma das esferas mais difíceis de lidar numa perspectiva fraterna. A vítima e a sociedade devem ser protegidas pelo Estado, a fim de que possamos continuar a caminhada humana. As regras jurídicas, democraticamente aprovadas pelo Parlamento, devem ser aplicadas pelo Estado–Juiz. Mas o criminoso, seja quem for ele ou a gravidade do ato praticado, é membro também do tecido social e não pode ser afastado do princípio da dignidade da pessoa humana.” Ibidem, p. 132.

reconciliação entre o infrator e a sociedade, o que não significa descurar da verdade e memória dos fatos, tampouco, da justiça.³¹

E essa porta já foi aberta, para se adentrar em um caminho que reconhece o delinquente como parte integrante da sociedade e busca, sempre que possível, recompor, aos poucos, o vínculo que foi quebrado com a prática do delito, bem como prevenir a reincidência.

Esse ideal é concretizado, por exemplo, com a implementação de algumas práticas da chamada justiça restaurativa, notadamente em causas de menor potencial ofensivo (mas não apenas), como acordo de não persecução penal, reparação e ressarcimento do dano, prestação de serviços à comunidade, penas alternativas etc.

O mote da justiça restaurativa não se incompatibiliza com a necessidade de reparação da ordem jurídica violada pela conduta delitiva.³² Ao contrário: busca reparar esse vínculo com o infrator, mas com especial enfoque nos direitos da vítima e da sociedade lesada. Trata-se de um método que pressupõe a adesão das partes envolvidas, ou seja, voluntariedade de participação, que é conduzida com confidencialidade, por uma equipe multidisciplinar. Esse processo de restauração trabalha com as partes e todas as pessoas afetadas pela conduta delituosa, razão pela qual traz em si uma promissora “semente de transformação social”.³³

De fato, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal casos que tiveram como referência o paradigma da

³¹ “(...) o perdão e a fraternidade ultrapassam as exigências da justiça, sem anulação dessas exigências. Querem a verdade e a memória dos fatos. Opõem-se ao rancor e à vingança, não à justiça. Têm uma dimensão social e não é puramente individual, moral ou religiosa. Pressupõem a reconciliação entre o agente do crime e a sociedade, com as condições mínimas para a reeducação e reinserção social do infrator. São, na realidade, instrumento de transformação social; fonte de libertação e de pacificação tanto para o agente como para a vítima e para a sociedade.” Ibidem, p. 134.

³² “Não se pode olvidar ainda que a justiça restaurativa é suplementar e, portanto, não esvazia a tutela penal objeto do processo penal instaurado, razão pela qual não implica em desistência da ação penal ou redução da pena, exceto nos casos da Lei n. 9.099/1995 (art. 74). Resultado imediato da justiça restaurativa é a reparação dos danos sofridos pela vítima, obrigação considerada efeito extrapenal secundário da sentença penal condenatória, previsto na legislação pátria.” CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Guia prático de atuação do Ministério Público na proteção e amparo às vítimas de criminalidade. Brasília: CNMP, 2019. p. 37. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2019/dezembro/Guia_Pr%C3%A1tico_de_Atua%C3%A7%C3%A3o_do_MP_na_Prote%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0s_V%C3%ACtimas_de_Criminalidade_digital.pdf. Acesso em: 04 jun. 2023.

³³ “(...) a justiça restaurativa não ignora as exigências de reparação da ordem violada. Até acentua essas exigências na perspectiva dos direitos da vítima e, especialmente, da vida comunitária (danos sociais), restaurando, por fim, os laços fraternos mesmo com o criminoso. A pena humanizada não é, em rigor, violência destinada a dominar quem é punido. A execução da pena não pode inviabilizar a possibilidade de reconciliação. O princípio da fraternidade é viável no Direito Penal e é semente de transformação social.” Ibidem, p. 157.

fraternidade, em busca de respostas mais construtivas do que o sistema punitivo e supostamente terapêutico.

A título ilustrativo, cita-se decisão acerca dos requisitos para o livramento condicional, em que a Suprema Corte concedeu a ordem de *habeas corpus* ao paciente, justificando a particular interpretação da Lei de Execução Penal porque em consonância com os fundamentos constitucionais da cidadania e da dignidade da pessoa humana (incisos II e III do art. 1º do art. 1º). E mais: com os objetivos fundamentais de erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º), “tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como ‘fraterna.’”³⁴

Na mesma linha, em julgamento paradigmático, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento a recurso ordinário em *habeas corpus*, para determinar o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro-RJ, dando ampla efetividade a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que considerou degradantes e desumanas as condições do cárcere. A interpretação dada às normas internas e internacionais foi, mais uma vez, pautada no princípio da fraternidade, como paradigma que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. “A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça.”³⁵

Portanto, reforçar a fraternidade como categoria jurídica não é fomentar impunidade, mas um direito penal humanizado e mais eficiente do que o modelo predominante, baseado quase que exclusivamente no castigo e exclusão do infrator, cujo resultado já se conhece.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94163. Relator: Ministro Carlos Britto. Primeira Turma. Julgado em 02 de dezembro de 2008. Publicado no DJe de 23 outubro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604586>. Acesso em: 04 jun. 2023.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC n. 136.961/RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 15 junho de 2021. Publicado no DJe de 21 junho de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002844693&dt_publicacao=21/06/2021. Acesso em: 04 jun. 2023.

2. O CONTEXTO DE FUNCIONAMENTO DO STJ

2.1 A criação do Superior Tribunal de Justiça

A Constituição Federal de 1988, concebida depois de mais de vinte anos de governo militar, promoveu um contraponto pendular ao autoritarismo que prevaleceu até aquele momento histórico. A Constituição Cidadã – assim apelidada pelos esforços envidados para salvaguardar direitos e garantias fundamentais do cidadão – assumiu uma forma analítica, como meio de esmiuçar a orientação do processo de redemocratização do país. Outrossim, estabeleceu o constituinte originário, já sob o Título I, “Princípios Fundamentais”, a harmonia e a independência entre os Poderes da República, no melhor estilo do *checks and balances* norte-americano, para indicar o equilíbrio almejado e necessário para estabilidade política.

A extensão do texto constitucional em vigor no trato das matérias de direitos individuais e coletivos deu ensejo a um importante fator de estímulo e massificação de demandas judiciais, movimento facilitado pela criação de novos tribunais, varas e juizados especiais, bem como pela crescente instauração e ampliação das Defensorias Públicas. O Poder Judiciário, assim, passou a figurar como fiel da balança para o tão desejado equilíbrio entre as forças políticas do país. E, desde então, vem ganhando maior projeção, firmando-se como um braço político mais atuante.³⁶

Com efeito, o alargamento da atuação jurisdicional – para alguns referido como “ativismo judicial”³⁷ – parece ocupar um espaço aberto pela incapacidade dos Poderes

³⁶ “O Poder Judiciário, em todo o mundo, vive um momento de ascensão institucional. Este é um fenômeno que tem início após a 2ª Guerra Mundial: boa parte dos países democráticos se deu conta da importância de um Judiciário forte e independente para a garantia dos direitos fundamentais e para a preservação das regras do jogo democrático. Juízes e tribunais, assim, deixam de ser órgãos técnicos especializados do Estado e se convertem, progressivamente, em integrantes de um verdadeiro poder político. Essa ascensão do Poder Judiciário foi, em ampla medida, contemporânea de um certo desencanto com a política majoritária, acossada por múltiplas vicissitudes e distorções. No Brasil pós-1988, o maior prestígio e visibilidade do Poder Judiciário foi potencializado por uma constituição abrangente e detalhada, que em medida significativa estimulou a judicialização da vida.” MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2023.

³⁷ “No Brasil, sob aplausos de uns e críticas de outros, nos deparamos com o STF, a nossa corte constitucional, a criar *direito novo*, embora ainda com a cautela de anunciar que as normas emergentes dos seus julgados não surgiram do nada, antes foram apenas *extraídas* do próprio texto da Constituição, onde estavam insinuadas, latentes ou implícitas, como que à espera do momento oportuno para se mostrarem às claras. Tal foi o caso da sentença em que o tribunal- num *exercício candente de ativismo judiciário*, como disse Elival da Silva Ramos –, assentou o entendimento de que todos os mandatos políticos – no Legislativo ou no Executivo – pertencem aos partidos, razão por que haverão de perdê-los todos os que abandonarem as suas legendas, seja trocando de partido, seja simplesmente desligando-se, sem justa causa, da agremiação pela qual se elegeram.

Executivo e Legislativo de oferecerem respostas, em tempo e modo, às crescentes demandas sociais do mundo contemporâneo ou, não raro, mesmo por inércia deliberada daqueles que, dependentes do voto popular para se manterem nos cargos eletivos, esquivam-se de resolver questões sensíveis para evitar os ônus políticos. Se não bastasse, ainda se soma a essa equação o fato de o Estado, administração direta e indireta, figurar no topo da lista dos maiores litigantes perante a Justiça brasileira.³⁸

Ao direcionar o foco para o Superior Tribunal de Justiça – que ostenta o título de Tribunal da Cidadania pelo alcance social de sua competência jurisdicional –, cumpre destacar sua função precípua, qual seja, a de uniformizar a interpretação e aplicação da legislação federal infraconstitucional. A nobre incumbência, que lhe foi atribuída pelo Legislador Constituinte de 1988, na sua gênese, traduz a obrigação de produzir decisões aptas a servir de farol a juízes e tribunais, como forma de implementar uma justiça mais consentânea com os princípios da celeridade, igualdade, isonomia e, sobretudo, segurança jurídica.

Trata-se da propalada função nomofilática (ou nomofilática) – aludida nos estudos de Piero Calamandrei ao discorrer sobre as características do recurso à *Corte di Cassazioni* italiana, e reestudada pela doutrina de escol –, compreendida como finalidade primária da Corte Superior de buscar a correta aplicação da lei na solução de uma lide, interesse eminentemente público, sendo a satisfação do interesse das partes um aspecto secundário.³⁹

Por *ativismo judicial* – segundo esse jurista –, deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que, institucionalmente, incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo tanto litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) quanto controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos); Saul Tourinho Leal, de sua parte, mesmo destacando que há dificuldade em se fixarem critérios objetivos para uma conceituação sobre o termo *ativismo judicial*, assinala que essa expressão está associada à ideia de *exorbitância de competência* por parte do Poder Judiciário, razão por que – adverte –, chamar-se de ativista a um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional.

Para ambos os autores, portanto, o ativismo judicial significa uma espécie de *mau comportamento* ou de *má consciência* do Judiciário acerca dos limites normativos substanciais do seu papel no sistema de separação de poderes do Estado Constitucional de Direito.

Diversamente do ativismo judicial, que desrespeitaria esses limites, a *criação judicial do Direito* seria o *exercício regular* do poder-dever; que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que outra coisa não é senão *dar cada um o que é seu*, tratando igualmente os iguais e desigualmente dos desiguais, na medida da sua desigualdade.” COELHO, Inocência Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* In: FELLETT, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 475-498.

³⁸ CNJ. Grandes litigantes. Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DATAJUD. Atualizado em: 17 jan. 2023. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em 30 mar. 2023.

³⁹ “A função nomofilática do recurso de cassação foi bastante explorada por Calamandrei em sua obra clássica. Para ele, a aplicação correta da lei na solução de uma lide teria duas finalidades: uma primária,

A propósito, a criação do Superior Tribunal de Justiça veio ao encontro de uma premente necessidade de desafogar o Supremo Tribunal Federal, cujo funcionamento estava em ponto de crise. A quantidade de ingressos de novos processos era consideravelmente superior à capacidade de produção de decisões da Suprema Corte, gerando grande acúmulo e demora.⁴⁰

2.2 O crescente aumento de demandas para o STJ

Ao longo da sua existência, o Superior Tribunal de Justiça vem enfrentando um progressivo aumento do número de processos distribuídos e julgados, ano a ano, circunstância que, naturalmente, põe em cheque a sua capacidade de cumprir com

vinculada ao interesse público, e uma secundária, ligada à satisfação do interesse das partes. Esclarecia que o recurso das partes se convertia em veículo do interesse do Estado em controlar a aplicação do direito objetivo.

A função nomofilática, nesse sentido, pode ser identificada nos efeitos recursais que se destinam a tutelar objetivamente o direito, a ordem jurídica estatal, em detrimento do *ius litigatoris* das partes, que, não obstante romperem a inércia do Estado reclamando tutela para si, inevitavelmente, ao levarem a lide aos tribunais de cúpula, tutelam o direito como um todo.” DANTAS, Bruno Rodrigues; GALLOTTI, Maria Isabel Diniz. **Crise do recurso especial e a função constitucional do STJ**: uma proposta de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/128237>. Acesso em 24 mar. 2023. p. 129-158.

⁴⁰ “A criação do Superior Tribunal de Justiça constitui medida resultante de profundos estudos nos meios forenses. Tais estudos foram feitos para resolver a denominada “crise do Supremo Tribunal Federal”, que passou a atingir, também, a Justiça Federal como um todo. No tocante ao Supremo Tribunal Federal, cabe salientar, em resumo, que desde a Constituição de 1.891 até a de hoje mantém, praticamente, onze Ministros. Houve ligeiras alterações: em 1.891, eram quinze Ministros; em 1934, onze Ministros; em 1937, onze Ministros; em 1946, onze Ministros; em 1967, dezesseis Ministros, e depois, a partir da Emenda Constitucional nº 1 de 1.969, novamente onze Ministros. Acontece que, de 1891 aos nossos dias, a população do Brasil cresceu significativamente. Naquele tempo eram trinta milhões de habitantes; em 1988, quando da promulgação da atual Constituição, cerca de 150 milhões ou mais. Naquela época, era um processo para cada 1 milhão e 600 mil habitantes, posteriormente, essa relação passou a ser, mais ou menos, de um processo para doze milhões de habitantes. O País, que era de índole eminentemente agrária, tornou-se industrial, com um avanço significativo em termos econômicos. Era o Supremo Tribunal Federal quem exercia, antes da instalação do Superior Tribunal de Justiça, além das funções de guardião da constituição, as de zelar pela aplicação e uniformidade de interpretação das leis federais. O volume de causas era muito grande. Jamais teria condições de julgar aquelas que lhe eram submetidas mediante o denominado recurso extraordinário, que, ainda hoje, é um recurso de índole eminentemente federativa. No nosso sistema constitucional, aplicam as leis federais não só a Justiça Federal, mas também as Justiças estaduais; com efeito, estas fazem incidir, diariamente, regras do Código Civil, do Código de Processo Civil e do Código Penal – enfim, aplicam uma gama de leis federais e, ao mesmo tempo, aplicam legislação municipal e estadual. (...)”

A melhor alternativa para solucionar a crise do Supremo Tribunal Federal foi reduzir os feitos da sua competência e, no tocante ao antigo Tribunal Federal de Recursos, desdobrá-lo em vários Tribunais Regionais Federais. Tais medidas, segundo se depreende, estão na consonância da nossa tradição, porque o Tribunal Federal de Recursos surgiu para absorver parte da competência do Supremo Tribunal Federal; cresceu muito, foi subdividido em vários Tribunais Regionais Federais da mesma forma, criou-se um novo Tribunal para absorver novamente outra espécie de competência do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça.” RIBEIRO, Antônio de Pádua. Reflexões Jurídicas. Palestras, artigos e discursos. **O Superior Tribunal de Justiça no contexto do Poder Judiciário**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000. p. 224-231. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/639>. Acesso em: 24 mar. 2023.

eficiência sua missão institucional, repetindo, de certa forma, a mesma situação enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal nos idos da década de 80.⁴¹

Em 1990, portanto, um ano depois da instalação do Superior Tribunal de Justiça, foram distribuídos 14.087 processos entre os seus 33 ministros, que julgaram 11.742, incluídos nestes os agravos internos/regimentais e embargos de declaração; no ano 2000, foram distribuídos 150.738, sendo julgados 154.164; em 2010, 228.981 distribuídos e 330.283 julgados; e, em 2022, estarrecedores 430.991 distribuídos e quase inacreditáveis 588.413 julgados.⁴²

Nesse último ano, em média, cada um dos 33 ministros recebeu 13.060 processos e julgou 17.830, o que equivale a uma média mensal de 1.485 processos julgados, sem se levar em consideração as férias forenses de janeiro e julho, nem o recesso forense de 20 de dezembro a 6 de janeiro. E o acervo total de processos em tramitação no Tribunal ficou em 267.358.⁴³

O hercúleo trabalho desenvolvido pelos incansáveis ministros do Superior Tribunal de Justiça, para fazer frente à avalanche de processos, conta, nos dias de hoje, com o prestimoso auxílio de 1 juiz instrutor⁴⁴ (para os que compõem a Corte Especial); 1 juiz auxiliar;⁴⁵ 1 chefe de gabinete e 13 assessores em cargos em comissão; e 22 servidores em função de confiança; 2 servidores sem função de confiança ou cargos em comissão; além de estagiários e terceirizados.⁴⁶

Coordenar o trabalho desse batalhão de pessoas, que, afora as atribuições administrativas, fazem a análise prévia dos processos e preparam as minutas que serão submetidas ao ministro, é tarefa das mais complexas.

E o que dizer da atuação jurisdicional do Presidente do Superior Tribunal de Justiça?

⁴¹ No início da década de 60, Buzaid já se referia à “crise do Supremo Tribunal Federal”, ao apontar “o desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamento por ele proferidos; sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão, (...) se acumulando os processos não julgados, resultando daí o congestionamento”. BUZAID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 144-147.

⁴² STJ. Boletim Estatístico – Dezembro de 2022. Assessoria de Gestão Estratégica. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo/boletim/2022/Relatorio2022.pdf. Acesso em: 07 mar. 2023. p. 34.

⁴³ Ibidem, p. 12.

⁴⁴ STJ. Regimento Interno. Art. 21-A, § 4º. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em 04 abr. 2023.

⁴⁵ Ibidem, art. 21-C.

⁴⁶ STJ. Portaria n. GP n. 154 de 13 de maio de 2022. Estabelece o contingente de pessoal dos gabinetes de ministro. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/164288/Prt_154_2022_GP.pdf. Acesso em 04 abr. 2023.

Em 2022, foram distribuídos à Presidência nada mais nada menos do que 165.600 processos, tendo sido julgados 196.615, ou seja, 16.384 decisões por mês.⁴⁷ E a pergunta inevitável: como isso é possível? Resposta: com um exército de assessores em cargos em comissão e assistentes em funções comissionadas. Só a Assessoria de Admissibilidade, Recursos Repetitivos e Relevância – ARP, unidade vinculada ao Gabinete do Secretário Executivo da Presidência, a qual conta com 135 servidores, analisou 259.198 processos e produziu 167.888 minutas de decisões terminativas: cerca de 700 por dia.⁴⁸

Os números causam perplexidade e falam por si, dispensam digressões.

A despeito das exitosas iniciativas inovadoras e dos valorosos esforços empreendidos pelo Tribunal para dar conta da excessiva demanda, há ainda mais motivos para preocupações do que para comemorações, infelizmente.

Com efeito, não é admissível que uma Corte Superior, incumbida da relevante missão constitucional de uniformizar a interpretação e aplicação da lei federal em todo país, tenha que lidar com essa absurda quantidade de processos.⁴⁹

A capacidade de trabalho é, evidentemente, limitada. A equação é simples, com grandezas inversamente proporcionais: quanto mais processos, menos tempo para analisá-los em prazo razoável, o que acarreta sobrecarga de trabalho associada ao aumento do risco de inconsistências e impropriedade das decisões, para não dizer injustiças.

⁴⁷ Ibidem, p. 11.

⁴⁸ STJ. Ouvidoria. **Resposta à demanda de solicitação de dados para citação em dissertação de mestrado profissional**. Destinatário: Marcos Aurélio Pereira Brayner. Brasília, 17 mar. 2023. Mensagem eletrônica.

Os dados específicos relacionados às atividades da Assessoria de Admissibilidade, Recursos Repetitivos e Relevância – ARP não se encontram disponíveis na página eletrônica do STJ na internet, nem na intranet, cujo acesso é restrito ao público interno. As informações foram solicitadas à Ouvidoria do STJ, que encaminhou os dados por *e-mail* institucional.

⁴⁹ “O problema da sobrecarga das Cortes Superiores, sejam elas ou não Cortes de Cassação, tem sido tradicionalmente tratado pelo direito comparado. É conhecida a metáfora em relação a possíveis soluções: é como cortar as cabeças de Hydra.

É oportuno recordar-se, aqui, as origens dos Tribunais Superiores e imaginar-se que foram originariamente concebidos – na Europa, tanto no continente quanto no Reino Unido, e nos EUA - em épocas em que o direito não abrangia como abrange hoje, praticamente tudo o que ocorre nas sociedades, no plano civil, penal, trabalhista, ambiental, consumerista etc. O acesso à justiça, ademais, alargou-se sobremaneira ao longo do século XX o que não poderia senão resultar numa invencível sobrecarga, antes inconcebível, das Cortes que ficam no topo da estrutura do Poder Judiciário.” SALOMÃO, Luis Felipe (coord). **A relevância da Questão de direito federal**. Histórico, direito comparado, instrumentos semelhantes, impacto legislativo. FGV Conhecimento. Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário, nov. 2022. Disponível em: https://ciapi.fgv.br/sites/ciapi.fgv.br/files/relatorio_relevancia_da_questao_do_direito_federal.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

A propósito, não se tem notícia da existência, no mundo civilizado, de nenhum outro Tribunal, com atribuições semelhantes, que ostente números sequer perto desse patamar estratosférico do STJ.

Apenas a título ilustrativo, a Corte de Cassação francesa (*Cour de Cassation*) é composta por 240 magistrados, distribuídos em seis Câmaras (três na matéria Civil, uma Comercial e Econômica, uma Trabalhista e uma Criminal), cada uma subdividida em duas a quatro Seções, a depender do número de juízes.

No ano de 2022, as Câmaras Civil, Comercial e Trabalhistas receberam 15.467 casos e julgaram 15.315, e a Câmara Criminal recebeu 7.263 casos e julgou 7.699, perfazendo um total de 23.014 julgados.⁵⁰

Portanto, em 2022, cada um dos 240 magistrados da Corte de Cassação francesa, em média, recebeu 95 processos e julgou 96. No mesmo ano, vale repetir, cada um dos 33 ministros do Superior Tribunal de Justiça, em média, recebeu 13.060 processos e julgou 17.830.

Soa como truísmo, mas a atual conjuntura impõe que certas obviedades sejam ditas de forma clara e direta: com esse tsunami de processos, os eminentes ministros integrantes do Superior Tribunal de Justiça, mesmo imbuídos do mais aguerrido espírito público – o que não lhes falta, diga-se –, não conseguem examinar, com a profundidade e o tempo necessários, as causas relevantes para a sociedade brasileira. São premidos pelo tempo e instados a dar decisões em quantidades cada vez maiores – muitas delas sobre controvérsias há muito pacificadas ou mesmo ordinárias, de interesse exclusivo das partes envolvidas, sem nenhuma repercussão social, econômica, política ou jurídica –, transmutando o STJ em terceira instância revisora,⁵¹ em inequívoco desvirtuamento do papel institucional daquela Corte Superior.

⁵⁰ FRANÇA. *Cour de Cassation*. **Reply to your request** (Resposta à solicitação). Destinatário: Marcos Aurélio Pereira Brayner. Brasília, 30 mai. 2023. Mensagem eletrônica. Os dados mencionados foram solicitados ao *Conseiller à la chambre criminelle* Nicolas Maziau, que os encaminhou por e-mail institucional, acompanhado do link de acesso ao documento *Fascicule rentrée 2023*, disponível em: https://www.courdecassation.fr/files/files/Evenements%20Cour/Rentr%C3%A9e/Fascicule%20rentre%CC%81e%202023_.pdf. Acesso em 30 mai. 2023.

⁵¹ “A triste realidade, porém, é que a criação do STJ não resolveu a crise do recurso extraordinário, embora a Corte tenha contribuído enormemente para a consolidação da cidadania no Brasil, decidindo definitivamente temas fulcrais no campo infraconstitucional, com destaque para a interpretação de leis e decretos regulamentares de novos direitos econômicos, sociais e garantias estabelecidos pela Constituição de 1988.

Em vez de resolver a crise do recurso extraordinário, instalou-se um novo ponto de estrangulamento do sistema. As estatísticas revelam que, se antes tínhamos apenas um tribunal estorvado pelo volume de processos, agora temos dois sofrendo do mesmo mal!

Nesse mar revolto, exsurgem como tábua de salvação o mecanicismo e a automação do exame dos processos para produção de decisões em tempo e quantidades recordes. Não há nenhum mal em se utilizar de fórmulas prontas para situações repetidas. No entanto, o remédio, ministrado em doses excessivas, vira veneno e derruba qualquer expectativa de uma prestação jurisdicional compatível com os princípios da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, malferindo as diretrizes do art. 926 do Código de Processo Civil.⁵²

Nessa incessante e extenuante luta por cumprir metas e entregar um trabalho digno em meio a um sistema tensionado e à beira de um colapso, a saúde de ministros e servidores é desfiada diuturnamente.

A propósito, vale a pena a reflexão sobre a análise de Byung-Chul Han, sul-coreano erradicado na Alemanha, professor da Universidade de Berlin, que fala sobre a mudança de paradigmas em uma sociedade cujos indivíduos sofrem de um esgotamento físico e mental, que dá origem a uma série de doenças, como a depressão, síndrome do pânico, entre outras.⁵³

Sob a óptica da população, a demora na entrega da prestação jurisdicional tem sido um fator de constante insatisfação com o Poder Judiciário. E essa percepção de retardo tem sido cada vez mais aguçada em razão da aceleração da vida contemporânea, com intenso fluxo de informação, disponibilizada de forma quase instantânea, no ritmo do rápido avanço tecnológico.

Isso por que a criação do STJ, em 1988, não foi acompanhada de instrumentos eficazes de controle do número de recursos a ele dirigidos, tornando-o, na prática, uma corte de terceira instância, à qual qualquer pessoa pode submeter seu caso.” DANTAS, Bruno Rodrigues; GALLOTTI, Maria Isabel Diniz. **Crise do recurso especial e a função constitucional do STJ**: uma proposta de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/128237>. Acesso em 24 mar. 2023. p. 129-158.

⁵² “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

⁵³ HAN, Byung-Chul. **A Sociedade do Cansaço**. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.

O Autor distingue o século XX do século XXI, descrevendo o que ele chama de *sociedade disciplinar* do século passado, em que se constrói um aparato repressivo e impositivo; a sociedade atual, contudo, não é primordialmente disciplinar, mas uma *sociedade de desempenho*, que se transveste da noção de liberdade, de autodeterminação. Se antes se impunha sobre o indivíduo um “dever” (na concepção Freudiana ou Kantiana), a de hoje estabelece um “poder” (ser capaz de); o sujeito de desempenho da pós-modernidade não é instado a cumprir um dever, uma obrigação moral ou legal, mas a seguir uma liberdade e boa vontade. Não há uma imposição de fora para dentro, mas, ao revés, de dentro para fora. Há uma busca incessante por um reconhecimento ou gratificação pelo desempenho, nunca alcançados. Assim, o indivíduo nunca descansa, gerando frustração. Esse indivíduo, diz o Autor, “em última instância, está concorrendo consigo mesmo, procura superar a si mesmo até sucumbir.” Sofre um colapso psíquico, que bem se traduz na palavra inglesa *burnout* (esgotamento).

O intitulado “Estudo da Imagem do Poder Judiciário”, encomendado pela Associação de Magistrados do Brasil – AMB à Fundação Getúlio Vargas – FGV, realizado entre agosto de 2018 a novembro de 2019, por meio de pesquisa quantitativa e qualitativa com a população – usuários (demandantes e demandados) e não usuários da Justiça – e com formadores de opinião – advogados e defensores públicos –, constatou que expressiva maioria da sociedade (64%) tem a percepção de que “a justiça é muito lenta e burocrática”.⁵⁴ Na mesma pesquisa, no item acerca da adesão a conceitos negativos sobre o Judiciário, 93% da sociedade concordam totalmente ou em parte com a assertiva de que “a justiça é lenta”.⁵⁵

É intuitivo, e já bradava o reverenciado jurista Rui Barbosa, que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”⁵⁶. A frase, extraída das memoráveis palavras dirigidas aos bacharelandos da Faculdade de Direito de São Paulo em 1920 (lidas pelo professor Reinaldo Porchat, porque o ilustre paraninfo não pôde comparecer pessoalmente à cerimônia por problemas de saúde), transformou-se quase em um clichê, de tanto que tem sido repetida. Sem embargo, o que lhe dá vida perene não é apenas o fato de ter sido escrita por um dos mais insignes polímatas brasileiros, nem de ser replicada aos quatro ventos, mas, sim, de revelar o mais puro sentimento de quem espera por uma justiça que não chega.

Em suma: há inequívoca e expressiva desproporcionalidade entre o número de processos submetidos ao Superior Tribunal de Justiça e a sua capacidade de resposta aos jurisdicionados, que sofrem com as agruras da demora na solução dos conflitos. Como em uma maratona, mas que não tem fim, os ministros, mesmo auxiliados por um batalhão de assessores, trabalham incessantemente, e em ritmo acelerado, sem conseguir entregar uma prestação jurisdicional pautada na razoável duração do processo, prejudicando sobremaneira a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. Despendem descomunal esforço em causas repetidas ou sem expressão, gastando o precioso tempo, que lhes falta para examinar e decidir questões de maior relevância e repercussão nacional.

2.3 O enfrentamento do excesso de demandas

⁵⁴ LAVAREDA, Antonio; MONTENEGRO, Marcela; XAVIER, Roseane. **Estudo da Imagem do Poder Judiciário**. Brasília: AMB, FGV e IPESPE, 2019. Disponível em: https://ciapi.fgv.br/sites/ciapi.fgv.br/files/estudo_da_imagem_do_judiciario_brasileiro.pdf. Acesso em: 24 mar. 2023. p. 27.

⁵⁵ Ibidem, p. 28.

⁵⁶ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços: Discursos aos bacherelands da Faculdade de Direito de São Paulo em 1920**. São Paulo, SP: Martinelli, Passos e Companhia, 1921.

Salta aos olhos o número exagerado de causas submetidas ao Superior Tribunal de Justiça. Nas últimas três décadas, conforme supracitado, o número de processos distribuídos aos 33 ministros do STJ pulou de 14.087 em 1990, para 150.738 em 2000; atingiu o patamar de 228.981 em 2010; e alcançou a vertiginosa quantidade de 430.991 em 2022. O número de decisões prolatadas, na mesma toada, também aumentou: em 1990, foram 11.742 processos julgados; no ano 2000, 154.164; em 2010, 330.283; e, em 2022, 588.413 julgados.⁵⁷

Cumprе ressaltar que, para o escopo deste trabalho, mostra-se despiciendo o exame pormenorizado dos diversos motivos que desagüam no incontestе excesso de demanda para o STJ, independentemente da natureza jurídica do direito material em discussão.

Da mesma forma, não cabe neste seccionado estudo a análise de todos os fatores que estão por trás da vertiginosa escalada de produtividade do Tribunal da Cidadania, nem de todas as vicissitudes envolvidas na estratégia de enfrentamento desse fenômeno, tampouco apontar soluções milagrosas.

Sem embargo, importa trazer a lume, com brevidade e objetividade, algumas questões estruturais (administrativas, legislativas e jurisdicionais), que são pertinentes não só ao tema de pesquisa, mas também à compreensão global das dificuldades enfrentadas pelo Superior Tribunal de Justiça na consecução de sua nobre missão de intérprete máximo da legislação infraconstitucional.

É apenas parte do introito, como um convite à reflexão contextual do tema principal, que ainda será tratado. Como quem olha a paisagem através da janela de um trem em movimento, antes de chegar ao destino, convém apresentar, rapidamente, alguns fatores influentes e pontuais considerações a respeito, cenário que circunda a estação central final.

2.3.1 Incremento da força de trabalho auxiliar

Uma das respostas imediatas ao incontido aumento de demanda – do ponto de vista da organização interna do STJ – foi também aumentar, progressivamente, o número de integrantes do *staff* lotado nos Gabinetes de ministro, bem como em unidades estratégicas do Tribunal.

⁵⁷ STJ. Boletim Estatístico do STJ – Dezembro de 2022. Assessoria de Gestão Estratégica. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo/boletim/2022/Relatorio2022.pdf. Acesso em: 07 mar. 2023. p. 34.

Em 1990, a força de trabalho auxiliar designada para cada Gabinete de Ministro do STJ era composta por apenas 2 assessores (DAS-5) e 1 oficial de gabinete (DAS-4).⁵⁸

No ano 2003, os Gabinetes de Ministro já contavam com 5 assessores (CJ-3), 1 oficial de Gabinete (CJ-2), 10 servidores em função de confiança (1 FC-5, 6 FC-4 e 1 FC-2).⁵⁹

Em 2022, e até os dias de hoje, compõem o quadro de pessoal dos Gabinetes de Ministro do STJ 1 juiz instrutor⁶⁰ (para os que integram a Corte Especial); 1 juiz auxiliar;⁶¹ 1 chefe de gabinete e 13 assessores em cargos em comissão (11 CJ-3 e 3 CJ-2); e 22 servidores em função de confiança (1 FC-5, 14 FC-4 e 7 FC-2); 2 servidores sem função de confiança ou cargos em comissão; além de até 8 estagiários; e 2 mensageiros e 2 secretárias, terceirizados contratados.⁶²

Não é difícil imaginar o esforço que o ministro precisa desprender – mesmo com o laborioso apoio de juízes e assessores e chefe de gabinete – para gerir e orientar o trabalho de até 50 pessoas dentro do Gabinete.

Há muito se critica a falta de iniciativa para aumentar o número de integrantes do Superior Tribunal de Justiça, cuja composição, nos termos do art. 104 da Constituição Federal, é de *no mínimo* 33 ministros.

Seja como for, mesmo com um *staff* altamente qualificado e dedicado a auxiliar na prestação jurisdicional, não há como negar que quanto mais pessoal envolvido nessa nobre tarefa, mais difícil se torna o controle das atividades desenvolvidas.

2.3.2 Utilização de ferramentas tecnológicas em unidades estratégicas

As ferramentas tecnológicas à disposição do Superior Tribunal de Justiça sempre foram de vanguarda, frutos de metódico planejamento estratégico, com o

⁵⁸ STJ. Resolução n. 13, de 16 de abril de 1990. Anexo II. Dispõe sobre a classificação e reestruturação dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, Código STJ-DAS-100, e das funções de chefia de nível intermediário. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8163>. Acesso em: 05 abr. 2023.

⁵⁹ STJ. Resolução n. 10, de 3 de dezembro de 2003. Anexo III. Dispõe sobre a composição e a lotação dos Cargos em Comissão e das Funções Comissionadas do Quadro de Pessoal do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/705/Res_10_2003.pdf. Acesso em: 03 jun. 2023.

⁶⁰ STJ. Regimento Interno. Art. 21-A, § 4º. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em 04 abr. 2023.

⁶¹ Ibidem, Art. 21-C.

⁶² STJ. Portaria n. GP n. 154 de 13 de maio de 2022. Estabelece o contingente de pessoal dos gabinetes de ministro. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/164288/Prt_154_2022_GP.pdf. Acesso em 04 abr. 2023.

aproveitamento de servidores altamente capacitados na Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação – STI.

Em 2001, foi criado no Tribunal o “Sistema Justiça”, solução informatizada de integração entre as atividades desenvolvidas nos Gabinetes de Ministro e os órgãos auxiliares da prestação jurisdicional, que passou a oferecer maior agilidade, segurança e confiabilidade, imprimindo controle e inteligência às rotinas internas processuais.⁶³

Em 2004, o inteiro teor dos acórdãos já podia ser consultado por advogados e o público em geral, antes mesmo da publicação no Diário da Justiça, pela página eletrônica do Tribunal da Cidadania na internet. As decisões monocráticas dos Ministros passaram a ser certificadas *on-line*. Dois anos depois, foi aprimorada a consulta aos acórdãos e decisões monocráticas, antes disponibilizados apenas em formato de imagem, convertidas em texto e validadas como documento eletrônico.⁶⁴

Em 2007, no ano seguinte à entrada em vigor da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial, o Superior Tribunal de Justiça passou a receber petições eletrônicas em *habeas corpus* e feitos da competência da Presidência.⁶⁵

Essa forma de peticionamento por meio digital estabeleceu uma nova etapa no desenvolvimento do processamento eletrônico, permitindo a advogados do país inteiro apresentarem seus arrazoados ao Tribunal da Cidadania, sem a necessidade de se deslocarem de suas cidades, diminuindo custos e poupando tempo.

Em 2009, o Superior Tribunal de Justiça deu início à digitalização de todo seu acervo de processos físicos. O mesmo procedimento passou a ser feito com os processos que chegavam ao Tribunal em papel. Nesse mesmo ano, advogados e demais operadores do Direito passaram a ter acesso aos processos eletrônicos via internet.⁶⁶

O projeto pioneiro de virtualização dos processos mereceu reconhecimento do Banco Mundial como *referência internacional* para transparência e efetividade da

⁶³ STJ. Institucional. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-era-digital#:~:text=Nesse%20ano%2C%20os%20advogados%20e,Tribunal%2C%20em%20grau%20de%20recurso>. Acesso em: 31 mai. 2023.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem.

Justiça, além do prêmio Innovare, que prestigia as melhores práticas de gestão judiciária no país.⁶⁷

Outro projeto de destaque, iniciado em 2015, também agraciado, no ano seguinte, com o prêmio Innovare, foi o de “triagem parametrizada com automação de minutas”, desenvolvido e implementado pelo então Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos – NURER (atual Assessoria de Admissibilidade, Recursos Repetitivos e Relevância – ARP).⁶⁸

A solução tecnológica consiste na triagem prévia – antes da distribuição dos processos para os Gabinetes de Ministro – nas principais classes processuais, com o fim de aferir requisitos básicos de admissibilidade que, se não preenchidos, após a conferência por servidores, geram a confecção “automática” de minutas de decisão, submetidas à Presidência do STJ.

Em 2022, conforme acima mencionado no item 1.2, a ARP analisou 259.198 processos e produziu 167.888 minutas de decisões terminativas,⁶⁹ ou seja, este é o número de processos que deixaram de ser encaminhados diretamente para os Gabinetes de Ministro naquele ano.

Contudo, no caso de interposição de agravo regimental ou interno contra essa decisão de inadmissibilidade, o recurso é distribuído para um dos ministros integrante do correspondente órgão colegiado competente para a matéria (Turma, Seção ou Corte Especial), para julgamento.

Merece uma especial menção a criação e implementação, durante a pandemia do COVID-19, de suporte tecnológico para a realização de sessões de julgamento virtuais, tanto por meio de plataformas de videoconferência – com a participação síncrona dos ministros, membros do ministério público e advogados, transmitida ao vivo pelo canal do STJ no *YouTube* –, como por sessões totalmente virtuais, com participação assíncrona dos atores processuais, ambas com a possibilidade de o advogado fazer sua sustentação oral, sem precisar se deslocar para a sede da Corte.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ STJ. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-12-06_14-41_Projeto-do-STJ-vence-Premio-Innovare.aspx. Acesso em: 31 mai. 2023.

⁶⁹ STJ. Ouvidoria. **Resposta à demanda de solicitação de dados para citação em dissertação de mestrado profissional**. Destinatário: Marcos Aurélio Pereira Brayner. Brasília, 17 mar. 2023. Mensagem eletrônica.

Os dados específicos relacionados às atividades da Assessoria de Admissibilidade, Recursos Repetitivos e Relevância – ARP não se encontram disponíveis na página eletrônica do STJ na internet, nem na intranet, cujo acesso é restrito ao público interno. As informações foram solicitadas à Ouvidoria do STJ, que encaminhou os dados por *e-mail* institucional.

Nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça tem se empenhado no desenvolvimento de projetos de inteligência artificial, a exemplo do sistema Athos, que é capaz de “ler” o inteiro teor dos acórdãos e, a partir de um paradigma, selecionar os julgados que tratam da mesma matéria. A pesquisa é feita por índice (ajustável) de similaridade textual, com comparação semântica dos documentos jurídicos, comparando as peças mais relevantes do processo.⁷⁰

Assim, com o agrupamento automático de demandas semelhantes, o Athos consegue prestar um substancial auxílio à gestão estratégica dos processos, notadamente para aprimorar os procedimentos de triagem, desde a entrada no Tribunal, para autuação, classificação e distribuição pela Secretaria Judiciária; passando pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas, para triagem de temas suscetíveis de afetação e julgamento em recursos especiais repetitivos; e também nos Gabinetes de Ministro, para organização e monitoramento do acervo, e racionalização da distribuição do trabalho da assessoria.

Esse ciclo virtuoso tecnológico, que viabiliza a gestão estratégica dos processos no Superior Tribunal de Justiça, permanece em constante renovação, aprimorando e criando soluções informatizadas para facilitar o trâmite e a realização dos atos processuais, com significativa economia de tempo e custos.

2.3.3 Alterações legislativas até a instituição do precedente (vinculante)

O crescente aumento do número de recursos aos tribunais sobrelevou a importância de se observar a jurisprudência das Cortes Superiores, o que impeliu o legislador a promover seguidas inovações normativas, a fim de reforçar a hierarquia piramidal do sistema judiciário brasileiro e, dessa forma, buscar racionalidade e efetividade da prestação jurisdicional.

Com efeito, o anterior Código de Processo Civil de 1973, ao longo de mais de quatro décadas de vigência, até ser substituído pelo atual de 2015, sofreu uma série de remendos – corroendo a sistemática originalmente estabelecida –, com vistas a adequar as normas deterioradas pelo tempo às necessidades contemporâneas, surgidas com a acelerada alteração da complexa realidade sócio-econômico-político-jurídica do país, em constante movimento.

⁷⁰ FIGUEIREDO, Guilherme Silva. **PROJETO ATHOS**: Um Estudo de Caso sobre a inserção do Superior Tribunal de Justiça na Era da Inteligência Artificial. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/44557/1/2022_GuilhermeSilvaFigueiredo.pdf. Acesso em: 3 jun. 2023.

Nesse sentido, a Lei n. 9.756/1998, que deu nova redação ao art. 557 do CPC/1973, passou a autorizar o relator, *monocraticamente*, a negar seguimento ou dar provimento a recurso, a depender da conformidade ou desconformidade com a orientação firmada em súmula ou jurisprudência das Cortes Superiores.⁷¹ Outrossim, o parágrafo único do art. 481, incluído pela mesma lei, dispensou a submissão da arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial dos tribunais, quando já houvesse pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.⁷²

A Lei n. 10.352/2001, por sua vez, inseriu o § 3º no art. 475 do CPC/73, que excluiu o duplo grau obrigatório de jurisdição em decisões que estivessem em consonância com a jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.⁷³

A Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004 – que ficou conhecida como “Reforma do Judiciário” – ao incluir o art. 103-A no texto da Constituição Federal, criou a súmula vinculante, cujo enunciado expressa entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, de observância compulsória pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública nas três esferas federativas.⁷⁴

⁷¹ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º - A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.” BRASIL. Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 dez. 1998, retificado em 5 jan. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm#art557. Acesso em: 25 mar. 2023.

⁷² “Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.” Ibidem.

⁷³ “Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (...)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.” BRASIL. Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10352.htm#art542. Acesso em: 25 mar. 2023.

⁷⁴ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Outrossim, a Emenda Constitucional n. 45 – inspirada no *writ of certiorari* norte-americano, mas com nuances bem distintas⁷⁵ – acrescentou o § 3º ao art. 102 da Magna Carta, para instituir a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. A matéria foi regulamentada, inicialmente, pela Lei n. 11.418/2006, que incluiu o art. 543-A no Código de Processo Civil de 1973.⁷⁶ Com a

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

Acrescenta, dentre outros, os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

⁷⁵ “A maior parte dos casos que chegam à Suprema Corte está relacionada à sua competência revisional, o que ocorre por meio do *writ of certiorari*, que não é visto no âmbito jurídico americano como um direito recursal do jurisdicionado. As Cortes de Apelação Federais e as Supremas Cortes Estaduais cumprem a função revisional e, em regra, dão a palavra final nos processos judiciais, havendo poucos casos submetidos à Suprema Corte por meio do *writ of certiorari*.”

De acordo com a justificativa desenvolvida no caso *Madison v. Marbury* sobre o *judicial review* e o controle difuso de constitucionalidade, sempre haverá uma instância apta a decidir de maneira definitiva as causas devidamente ajuizadas, apreciando todas as questões de direito envolvidas, inclusive as constitucionais. Mas esta instância não necessariamente deverá ser a Suprema Corte, que não precisa se pronunciar sobre todas as matérias.

(...) O entendimento que prevalece entre os ministros é que o papel da Suprema Corte não é apenas o de resolver os casos que chegam até ela, mas de escolher quais casos merecem ser julgados pela Corte.

Atualmente, a Suprema Corte recebe cerca de 8.000 *certiorari petitions* por termo, mas admite o julgamento apenas de cerca de 1% deles, tendo controle quase absoluto de sua agenda. O *certiorari* passou a ser um instrumento por meio do qual a parte tenta convencer a Suprema Corte de que sua causa deve ser por ela examinada, devendo ser claramente demonstrada na petição a importância e relevância da questão.” SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. A Suprema Corte Americana e o *Writ of Certiorari*. **Publicações da Escola da AGU**, 10(1). (S./I). 2018.

É interessante observar que há absoluta discricionariedade judicial sobre a aceitação ou não da *certiorari petitions*, na medida em que é exercida por meio de decisão secreta e imotivadas, cenário impensável por aqui, notadamente em face do inequívoco comando constitucional do inciso X do art. 93, o qual exige que as decisões judiciais ou administrativas sejam motivadas e em sessão pública.

⁷⁶ “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a matéria foi disciplinada no art. 1.035.

Passou-se, assim, a exigir do recorrente a demonstração da repercussão econômica, política, social ou jurídica da questão constitucional controvertida a ser submetida ao Supremo Tribunal Federal, para além dos interesses subjetivos da causa. E, mais uma vez, foi reforçada a necessidade de observância da jurisprudência dominante na Suprema Corte, com a presunção de repercussão geral no caso de o recurso impugnar decisão em descompasso com esse parâmetro estabelecido em julgamento anterior.

A reforma, à época, deixou de fora o Superior Tribunal de Justiça, omissão proposital, criticada por muitos que defendiam um filtro semelhante para o recurso especial.⁷⁷ Afinal, se se entendeu pela necessidade de restrição do acesso à Suprema Corte por meio da exigência da demonstração de repercussão geral da matéria constitucional arguida, o mesmo, com mais razão, deveria valer para as questões controvertidas suscitadas perante o Superior Tribunal de Justiça com base na vasta legislação federal infraconstitucional.

A mesma Lei n. 11.418/2006 também instituiu procedimento especial para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, impondo a obrigatoriedade de observância do entendimento sufragado pela Suprema Corte no julgamento de mérito do caso paradigma, a ser aplicado às demais causas em andamento.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.” BRASIL. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm#art2. Acesso em: 25 mar. 2023.

⁷⁷ “O que pode causar espécie é que – numa comparação – no plano do direito constitucional brasileiro haja questões constitucionais que não provoquem repercussão geral, ao passo que, no patamar relativo às questões legais de direito federal, todas elas provocam ou provocariam essa repercussão, dado que não resultou instituído – ou, ainda, não resultou instituído – esse sistema, ou análogo, para o STJ. Ao menos pela diversidade de tratamento pelo legislador constitucional, pode-se concluir desta forma”. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional 45/2004. São Paulo: Editora RT, 2005. p. 68.

Em momento posterior, a Lei n. 11.672/2008 passou a prever também para o recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça o rito dos recursos repetitivos nos mesmos moldes.⁷⁸

Essa caminhada legislativa em direção à ratificação da imprescindibilidade de as instâncias ordinárias seguirem a jurisprudência das Cortes Superiores chegou ao Código de Processo Civil de 2015, que, no seu art. 927,⁷⁹ instituiu o dever de juízes e tribunais observarem, em essência, o entendimento jurisprudencial firmado pelas Cortes de Vértice. A novel legislação trouxe dois institutos processuais novos: o incidente de assunção de competência e o de resolução de demanda repetitiva. Num e noutro, o acórdão que soluciona a controvérsia produz efeitos vinculantes, na mesma linha dos demais julgamentos qualificados.

O que fez o Legislador – sem apego à pureza de fórmulas extraídas da experiência anglo-saxão – foi introduzir no ordenamento jurídico o sistema de precedentes (vinculantes), com o nítido propósito de trazer racionalidade à atividade

⁷⁸ “A mesma Lei n. 11.418/2006 criou um procedimento especial para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, que previa que a orientação firmada pela Corte Constitucional sobre o mérito da questão, em um caso paradigma, abriria para o tribunal de origem a possibilidade de declarar prejudicados apelos idênticos nele sobrestados ou de se retratar de suas decisões anteriores, objeto de outros recursos extraordinários que ali se encontrassem, sob pena de, não o fazendo, tê-las liminarmente cassadas ou reformadas no STF. Posteriormente, o procedimento especial para julgamento de recursos repetitivos foi replicado para recursos especiais apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça e para recursos de revista julgados no Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Lei n. 11.672/2008²³ e da Lei n. 13.015/2014²⁴, respectivamente. (...)”

A correção da decisão divergente por meio do sistema recursal tradicional encontrava as dificuldades já conhecidas: morosidade, em virtude do grande volume de recursos pendentes nos tribunais e da necessidade de passar pelas demais instâncias para acessar o STF; e incerteza, tendo em vista os muitos filtros defensivos utilizados pelas cortes para reduzir seu volume de recursos e a necessidade de julgarem um quantitativo muito alto de casos, comprometendo-se a qualidade da tutela jurisdicional que prestavam.

Todos os aludidos avanços, em sede infraconstitucional, indicavam uma persistente inclinação a atribuir às decisões judiciais efeitos para além do caso específico, bem como uma tendência a conferir efeitos expansivos também aos precedentes oriundos do controle difuso da constitucionalidade.” MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2023.

⁷⁹ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.” BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

jurisdicional, iniciativa resultante de uma escalada progressiva de esforços legislativos para enfrentar a multiplicação exponencial de demandas, muitas delas repetitivas.

A lei processual nova tem inspiração na experiência de países que adotam o sistema do *common law*, onde, a despeito de existirem diferenças de concepção e funcionamento em cada um deles, a noção de vinculação ao precedente é uma das principais características, construída ao longo de séculos de tradição, razão pela qual naquelas comunidades jurídicas sequer há necessidade de regramento expresso impingindo a obrigação.

A adoção de um instituto típico do *common law*, cujas peculiaridades não são familiares aos operadores do direito acostumados com o *civil law*, causa natural estranheza e compreensíveis dificuldades de adaptação.

Com efeito, a tradição romano-germânica – solo em que o sistema jurídico brasileiro desenvolveu suas raízes – tem a lei como principal fonte do direito, com conteúdo normativo geral e abstrato, que será a base de um raciocínio *dedutivo*, isto é, a partir de diretrizes gerais chega-se à solução de casos particulares, a qual, em regra, só obriga as partes.

No *common law*, ao revés, as decisões judiciais são a principal fonte do direito e seus efeitos são vinculantes e gerais, formadas a partir da utilização de um raciocínio *indutivo*: a norma de direito é extraída a partir da decisão que resolve um caso concreto, a qual deve orientar a solução de casos semelhantes futuros.

A despeito das diferenças, nota-se um movimento de aproximação entre esses dois sistemas, tendência que ganhou impulso em meados do século XIX e se estende até os dias de hoje, nos dois sentidos. De um lado e de outro, por razões de índole eminentemente pragmática, percebe-se a troca de influências e a quebra de alguns paradigmas, em busca de aprimoramentos e ajustes para atender novas necessidades decorrentes da expansão das relações jurídicas para além das fronteiras dos países.

A Inglaterra, por exemplo, berço do *common law*, precisou fazer adaptações internas para se integrar aos seus parceiros comerciais do continente europeu, como a edição crescente de leis e a reestruturação do sistema judiciário;⁸⁰ o Brasil, de bases no *civil law*, buscou na força da obrigatoriedade dos precedentes uma forma de

⁸⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 378-379.

alcançar estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência dos tribunais, na dicção do art. 926 da novel legislação processual civil.⁸¹

Neste momento de acomodação, uma das preocupações legítimas dos estudiosos do tema é não permitir que a influência positivista converta as Corte Superiores em arautos da revelação exclusiva da norma de direito que deve vigor, em detrimento da contribuição das instâncias ordinárias, que podem ser excluídas do processo de construção do padrão decisório, caso não exista meios eficientes de rediscussão do entendimento fixado nos precedentes obrigatórios.

Cumpra observar que, no sistema do *common law*, a construção do precedente não parte da decisão da Corte Superior com força prospectiva, mas do reconhecimento pelos juízes de piso da subsunção do caso paradigmático já julgado ao caso subsequente em julgamento, momento a partir do qual se valida o precedente.

Em outras palavras: na tradição do *common law*, não se forma o precedente no momento do julgamento paradigmático, mas, sim, no futuro, quando o juiz, diante de uma nova demanda, volta o olhar para trás e, ao vislumbrar a identidade dos casos, reconhece a força vinculante do precedente.⁸²

Esses, em linhas gerais, são aspectos importantes a serem observados, para entender as diferenças e projetar as adaptações necessárias à realidade do sistema

⁸¹ “O art. 926 CPC brasileiro inova ao dispor que ‘os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente’.

Prevê, assim, deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência e súmula), persuasivos e obrigatórios, sendo eles: a) o dever de uniformizar sua jurisprudência; b) o dever de manter essa jurisprudência estável; c) o dever de integridade; e d) o dever de coerência.

Todos eles são decorrência de um conjunto de normas constitucionais: dever de motivação, princípio do contraditório, princípio da igualdade e segurança jurídica.” DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018. v.2. p. 547-548.

⁸² “O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os *atos* do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não

é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar prevaletentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – “cria” o precedente. Além deste aspecto (...) fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é baseada em uma análise *dos fatos*. Se esta análise justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Deve-se notar que, quando se verificam estas condições, *um só precedente* é suficiente para justificar a decisão do caso sucessivo.” TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro. a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica-com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.

jurídico brasileiro. Senão, se partirmos da (falsa) premissa de que o novo Código de Processo Civil importou uma fórmula pura, pronta e acabada, por óbvio, não faria nenhum sentido esperar que o instituto encontrasse condições de prosperar, em razão dos contornos deveras diferentes dos de sua origem.

É inegável que o legislador, ao incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro um instituto com nuances ínsitas ao sistema do *common law*, produziu algumas incongruências epistemológicas que colidem de frente com o modelo original, causando desconforto e certa dose de perplexidade a renomados críticos.⁸³ Nada inconciliável, ousamos afirmar. Direito não é ciência exata, não cabe em fórmulas estanques.

Com efeito, embora se sustente, por exemplo, com argumentação bastante lúcida, que um enunciado de súmula não tem condições de ser erigido à condição de precedente,⁸⁴ no sentido originário do *common law*, há luz no fim do túnel, cuja saída deve ser para nossa terra, não para terras alienígenas.

Importante observar que a edição de verbetes sumulares pelos tribunais não equivalem à produção de normas abstratas, com fazem os legisladores. Há de se considerar que o enunciado de súmula deve corresponder a “sua jurisprudência dominante”, na dicção do § 1º do art. 926 do Código de Processo Civil, condicionado ao comando do § 2º do mesmo artigo, que impinge o dever de os tribunais se aterem às “circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.⁸⁵

⁸³ “A propósito, o ilustre professor Lenio Luiz Streck, dentre outros eminentes juristas, faz asseverada crítica à validade do discurso de utilização do precedente no sistema jurídico brasileiro. Afirma, com veemência: “Mas, afinal, qual é a relação de um *stare decisis* com um sistema de precedentes à brasileira e a elaboração de ‘teses’ vinculantes? O precedente é a tese? A tese é o precedente? Insisto em dizer que no *common law* isso não ocorre e não é assim. Mais: no *common law*, precedentes não são construídos para, a partir de teses, vincular julgamentos futuros. Problema: se o Direito é o que o Judiciário, por suas cortes de vértice, disser que é, a quem reclamar?” STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: O sentido da vinculação no CPC/2015. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Jus Podivm. 2023. p. 22.

⁸⁴ “A palavra ‘precedente’ não tem nada a ver com o ‘precedente’ do *common law*. E, se tivesse, nosso ‘sistema’ viraria de cabeça para baixo. Decisões podem obrigar. Óbvio que sim. Mas por coerência e integridade. O CPC diz: *a jurisprudência deve ser íntegra e coerente*. O CPC não disse que ‘as teses ou ‘teses abstratas e gerais’ devem ser íntegras e coerentes. Jurisprudência é mais do que precedente.” Ibidem, p. 57-58.

⁸⁵ “O art. 926, § 1º, CPC, desdobra o dever de uniformizar, dele extraíndo o dever dos tribunais de sintetizar sua jurisprudência dominante, sumulando-a, ao determinar que, “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”. Esse dever fica condicionado ao cumprimento do disposto no art. 926, § 2º, CPC: “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

O objetivo é esclarecer que o correto exercício deste dever de editar enunciados sumulares pressupõe a fidelidade do tribunal à base fática a partir da qual a jurisprudência sumulada foi construída. Cumpre preservar o caráter de concretude do direto judicial que se constrói. Produz-se norma geral, mas a partir

Portanto, mesmo não se podendo tratar os enunciados de súmula propriamente como precedente – pois aqueles se dirigem a um apanhado de julgados em casos similares, convergindo para uma mesma solução jurídica, e este extraído de uma decisão paradigmática única⁸⁶ –, o extrato normativo-interpretativo deles resultante, por estar vinculado a aspectos fáticos de um conjunto de casos que o ensejaram, pode servir como substrato para o exercício de subsunção a casos futuros, mesmo com um pouco mais de esforço.

Sem embargo, parece evidente que a força vinculante do precedente inspirou a mudança legislativa e, por certo, demandará tempo e esforço para que sua essência possa ajudar a aprimorar o sistema jurídico pátrio. As arestas que hoje espetam e incomodam podem ser polidas, para que possam formar, sem sobressaltos, um quadro mosaico harmônico e funcional.

Como preleciona Dworkin, por meio de interessante metáfora, o direito deve ser construído como um “romance em cadeia” (*chain novel*)⁸⁷, isto é, cada intérprete

de casos concretos. Com isso, o legislador “neutraliza o problema histórico dos enunciados das súmulas criados de forma abstrata, sem referência aos precedentes que levaram à sua conformação” (ref. ZANETI Jr., Hermes. O valor vinculante dos precedentes. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 380.” DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018. v.2.

⁸⁶ O saudoso jurista italiano Michele Taruffo tece importantes considerações ao distinguir precedente de jurisprudência: “Há, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – *quantitativo*. Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a *uma* decisão relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a *uma pluralidade* frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A diferença não é apenas de tipo semântico. O fato é que, nos sistemas fundados tradicional e tipicamente no precedente, geralmente, a decisão que se assume como precedente é uma só; no mais, poucas decisões sucessivas vêm citadas em apoio ao precedente. Deste modo, é fácil identificar qual decisão realmente “faz precedente”. Em vez disso, nos sistemas – como o nosso – em que se evoca a jurisprudência, faz-se referência geralmente a muitas decisões: às vezes, são dezenas ou até mesmo centenas, embora nem todas venham expressamente citadas. Isto implica várias consequências, entre elas a dificuldade – frequentemente de árdua superação – de se estabelecer qual decisão é verdadeiramente relevante (se é que existe uma) ou de decidir quantas decisões são necessárias para que se possa dizer que existe uma jurisprudência relativa a uma determinada interpretação de uma norma.

Além disso, como muitas vezes acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que leva a individuar uma diferença *qualitativa* entre o precedente e a jurisprudência.” TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro. a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civillistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civillistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.

⁸⁷ “Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito ‘subjazem’ a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes *fizeram* coletivamente, da maneira como cada um dos nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.

deve analisar tudo que fora considerado nas decisões paradigmáticas passadas, para escrever um novo capítulo interpretativo da realidade hodierna. Essa perspectiva, a propósito, tirada do contexto da *common law*, não se afigura incompatível com a versão brasileira (em desenvolvimento) do precedente.

O sentido prospectivo dos chamados precedentes qualificados, dada a amplitude do rito, com o chamamento de importantes colaboradores (*amicus curiae*), além das partes diretamente envolvidas no litígio, oportuniza o enriquecimento do debate, com possibilidade de diferentes abordagens da questão jurídica em discussão. Com essa qualificação do julgamento, o precedente tende a ganhar força suficiente para alinhar verticalmente a jurisprudência, promovendo, sobretudo, celeridade, isonomia e igualdade de tratamento.

Não é preciso apelar para o princípio da caridade para exortar uma interpretação da lei nova com melhor aproveitamento do seu substrato, basta simples bom-senso. A racionalidade do sistema depende de uma Justiça que funcione de maneira estruturada e razoavelmente harmoniosa, com indispensável respeito à competência constitucionalmente distribuída entre os juízes e tribunais, construída com mecanismos que garantam efetividade, sem desprezar a realidade posta.

Nessa perspectiva, é relevante o papel que assumem os sujeitos do processo na formação, manutenção e eventual reformulação dos precedentes, sobrelevando-se o princípio da participação, como expressão da possibilidade de os personagens envolvidos contribuir no resultado do julgamento.

Embora seja natural que se passe a exigir dos advogados a apresentação de argumentação jurídica mais elaborada, a fim de reafirmar ou rejeitar a subsunção do seu caso ao precedente, não se pode olvidar que também se espera do juiz idêntica postura, isto é, que sua decisão exponha claramente as razões pelas quais aplica ou deixa de aplicar a orientação firmada pelas Cortes Superiores e os porquês do acolhimento ou rejeição dos argumentos das partes litigantes.

Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos possivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele *deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luiz Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes – Selo Martins, 2019. p. 237-238.

Dessa dinâmica dialógica infere-se o princípio da inércia de Perelman,⁸⁸ como forma de prestígio do que se lhe apresenta “habitual, real e atual” e, sobretudo, estável. Por isso, exige-se maior “carga de argumentação”, na expressão cunhada por Alexy,⁸⁹ para aquele que pretende romper com o direito instituído.

Nesse contexto, em que se exorta com maior vigor o espaço da argumentação jurídica, é inevitável voltar-se a atenção aos estudos dos teóricos dessa árdua tarefa da qual devem-se desincumbir os operadores do Direito. Incontáveis são seus estudiosos e suas teorias, muitas delas colidentes, razão pela qual não haveria como apontar um padrão depurado, porquanto inexistente. Não obstante, traçando uma linha tangencial, que parece tocar todas elas, é possível afirmar que se busca a “justificação de argumentos”, como preleciona Atienza,⁹⁰ tendo como elemento basilar perquirir por “critérios universais”, como idealiza Habermas, desiderato somente alcançável de forma aproximada, como pondera Alexy.⁹¹

Por aqui, o chamado “ônus argumentativo” revela-se como consectário lógico da lei processual civil em vigor, que, embora não o referencie de modo expresso, põe em evidência as consequências prejudiciais à parte que deixa de cumpri-lo, a exemplo do julgamento *ab initio* de improcedência do pedido ou do desprovemento monocrático dos recursos manejados, previstos, respectivamente, nos arts. 332 e 932, inciso IV, ambos do Código de Processo Civil em vigor.⁹²

⁸⁸ “De fato, a inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes. Numerosíssimas argumentações insistem em que nada nesse caso justifica uma mudança (...). É graças à inércia que a técnica da coisa julgada é prolongada, por assim dizer, pela técnica do precedente. A repetição do precedente só difere da continuação de um estado existente porque os fatos são encarados como algo descontínuo.” PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 120-121.

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 270.

⁹⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 134.

⁹¹ Ibidem, p. 121.

⁹² “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.” BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

“Art. 932. Incumbe ao relator: (...) IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos

Por conseguinte, se se exige a apresentação de uma argumentação qualificada para quebrar a tendência de inércia estabelecida com o precedente, mostra-se imprescindível a construção de decisões cuja *ratio decidendi* seja plasmada de forma mais explícita possível, de modo a permitir o exercício substancial da dialeticidade e, assim, o debate jurídico equilibrado.

A *ratio decidendi* é a alma do corpo da decisão. Encontrá-la não é tarefa das mais fáceis nem mesmo no *judge made law*.⁹³ Ela é extraída da análise de um conjunto de elementos que descrevem o entendimento jurídico construído no processo decisório, os quais devem englobar não só os fundamentos da decisão, mas também os fatos relevantes para a contextualização da causa e a delimitação da controvérsia jurídica até a sua solução.

Vale ressaltar que o *obiter dictum* é a parte da argumentação do julgado desnecessária à solução da controvérsia, embora quase sempre circundante. Sendo uma discussão lateral, secundária, não pode integrar a *ratio decidendi* e não produz efeitos vinculantes para julgados futuros.

No entanto, servem para inspirar ou orientar a apreciação de novos casos que apresentem segmentos essenciais convergentes. Por ser um elemento estranho à solução da causa, o pronunciamento judicial “de ofício” sobre matéria fora dos limites da lide, se fosse utilizado com força vinculante, afrontaria princípios constitucionais basilares, notadamente da inércia da jurisdição, da congruência e do devido processo legal, na medida em que não teria sido submetido a prévio contraditório.⁹⁴

repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;” Ibidem.

⁹³ “A noção de *ratio decidendi* ou de *holding* é fundamental para a argumentação jurídica e construção de decisões com base em precedentes. Ainda assim, mesmo nos países da tradição do *common law*, sua delimitação constitui tema tormentoso. A *ratio decidendi* ou o *holding* correspondem justamente ao entendimento jurídico emergente de um precedente que vinculará a decisão dos casos futuros. Há grande divergência na doutrina sobre o método mais adequado para definir a *ratio decidendi* e sobre o alcance ou a abrangência que lhe deve ser conferida.” MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2023.

⁹⁴ “Quando uma determinada discussão é desnecessária à solução do caso concreto ou, ainda, quando certo argumento não foi aprovado pela maioria da corte como justificativa para a solução dada a uma demanda, tais elementos não se prestam a compor a *ratio decidendi* e não produzem efeitos vinculantes para julgados futuros. Diz-se, então, que constituem *obiter dicta* ou considerações marginais estranhas à decisão do caso. Isso ocorre porque o *judge made law* pressupõe a atuação jurisdicional pelo poder Judiciário e encontra limites nas mesmas regras e princípios que regem esta atividade³⁸. Para produzir um precedente vinculante é preciso, antes, respeitar os princípios da inércia da jurisdição e da congruência (o pedido formulado é o limite da decisão).” Ibidem.

Com esses elementos essenciais delineados, embora de inegáveis traços de complexidade, é possível pensar em revisitação do precedente no futuro, a partir da aferição de aspectos diferenciadores ou relevantes do caso sob análise, aptos a justificarem, respectivamente, eventual distinção (*distinguishing*) do paradigma ou mesmo superação (*overruling*) da decisão vinculante quando não mais adequada em razão de modificações profundas na lei ou no contexto social de sua aplicação.

Se, por um lado, é profícuo para a racionalidade do sistema processual recursal brasileiro a adoção de precedentes vinculantes, como meio de se conter a proliferação de demandas repetitivas, recursos infundados ou mesmo de litigâncias de má-fé, por outro lado, há de se viabilizar instrumentos para distinção ou superação dos entendimentos firmados pelas Cortes Superiores, sob pena de comprometimento da própria sobrevivência do recém incorporado instituto, ainda carente de bases sólidas em terreno ainda estranho de suas origens.

A mudança passa, sem dúvida, por uma reformulação do comportamento dos atores processuais, notadamente advogados, acostumados com uma cultura individualista, com um inconformismo desmedido com os julgamentos das instâncias ordinárias, o que tem levado à (falsa) percepção de que “levar o caso a Brasília” seria um direito de todo e qualquer jurisdicionado. Falar, hoje, o contrário soa quase como heresia e tem ensejado apedrejamentos textuais em espaços públicos daqueles que propõem o estreitamento das vias extraordinárias, visto como uma “ameaça” ao Estado Democrático de Direito, o que não é verdade, aliás, muito pelo contrário.

A conclusão inexorável, portanto, é que não se alcança isonomia de tratamento e segurança jurídica sem certa estabilidade das teses fixadas pelas Cortes de Vértice e, naturalmente, sua observância pelos diversos órgãos do Poder Judiciário, o que não implica sugerir engessamento de interpretações, tampouco desatenção a peculiaridades distintivas de cada caso no seu contexto sob exame.

Cumpridas essas diretrizes basilares, criam-se condições aptas a gerar previsibilidade mínima dos julgamentos de casos semelhantes e, assim, inibe-se o ajuizamento de novas demandas e desestimula-se a interposição de recursos temerários, porquanto fadados ao insucesso, desafogando juízes e tribunais pátrios,

assoberbados pelo excesso de litigiosidade, abrindo espaço para uma prestação jurisdicional mais racional, célere, eficiente e igualitária.⁹⁵

2.3.4 Instituição do requisito de relevância para o recurso especial

Vale recordar que, sob a égide da Constituição Federal de 1967, a Emenda Regimental n. 3, de 17 de junho de 1975, instituiu no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal o critério da relevância da questão federal, defendida por Victor Nunes Leal desde 1964.⁹⁶ A Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977,⁹⁷ inseriu no texto da Carta Magna “a relevância da questão federal”.

⁹⁵ BRAYNER, Marcos Aurélio Pereira. **O precedente vinculante e o papel do STJ**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/354162/o-precedente-vinculante-e-o-papel-do-stj>. Acesso em: 25 mar. 2023.

⁹⁶ “Em 1975, pela Emenda Regimental n. 3, de 12 de junho, publicada a 17, o Supremo Tribunal já adotava, defendido por Victor desde 1964, o critério da relevância da questão federal em substituição à cláusula da discrepância manifesta da jurisprudência, de forma que, salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância, não cabia o extraordinário, a que aludia o parágrafo único do art. 119 (item III, alíneas a e d), das decisões proferidas, por exemplo, naqueles processos por crimes ou contravenção, nos *habeas corpus* (quando não trancassem a ação penal), naqueles mandados de segurança, nos litígios decorrentes de acidente do trabalho, da previdência social, da relação estatutária de serviço público, ou nas ações possessórias, nas relativas a locação, nas execuções por título judicial e nas causas de alçada.

Foi em 1977, pela Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril, que se fez, expressamente, no texto maior, referência ao critério da relevância, cabendo então ao Tribunal, rezou-se lá, estabelecer, no regimento, o processo e o julgamento da arguição de relevância da questão federal.

Desde 1975, pelo visto, que se exigia, para o processamento do recurso extraordinário naquelas mencionadas causas, que a questão federal suscitada e discutida fosse relevante (repercussão geral, conforme, hoje, o § 3º do art. 102). Era a adoção, aqui entre nós, da jurisdição discricionária, própria do direito norte-americano, que a exerce, nas hipóteses assemelhadas às inscritas nas antigas alíneas a e d, por meio do *writ of certiorari*. Na Suprema Corte, a sua jurisdição é invocada *by appeal* ou *by certiorari*; no primeiro caso é que ela é obrigatória. Em harmonia, pois, com regras do Regimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, a revisão pelo *writ of certiorari* não é uma questão de direito, mas de descrição judicial (*‘is not a matter of right, but of judicial discretion’*). A petição é deferida apenas por razões urgentes e convincentes (*‘will be granted only for compelling reasons’*), ou nas hipóteses em que seja de relevância pública (*‘the case is of such imperative public importance’*) ou em que se trate de importante questão federal (*‘has decided an important federal question’*), etc. No nosso Supremo, também se estabeleceu, em 1980, que a arguição, no caso da jurisdição discricionária, reputava-se acolhida se em tal sentido

se manifestassem quatro votos.” NAVES, Nilson. Superior Tribunal de Justiça: antecedentes, criação e vocação. Doutrina Edição Comemorativa dos 30 anos do STJ. p. 101-102. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/48392/superior_tribunal_justica_naves_STJ.pdf. Acesso em 27 mar. 2023.

⁹⁷ “Art. 119. (...) Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

§ 1º As causas a que se fere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal. (...)

§ 3º O regimento interno estabelecerá: (...) c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal;” BRASIL. [Constituição (1967)]. Emenda constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. **Diário Oficial da**

Entretanto, a Constituição Federal de 1988, ao criar o Superior Tribunal de Justiça para herdar a competência de interpretar a legislação federal, antes do Supremo Tribunal Federal, deixou de lado o requisito da relevância.

Depois de longos anos e muitos debates, a Emenda Constitucional n. 125, de 15 de julho de 2022, voltou a prever o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional, para a admissibilidade do recurso especial, reforçando a ênfase na função nomofilática (ou nomofilática) do Superior Tribunal de Justiça.

Cumprе anotar que o Projeto de Emenda Constitucional n. 209/2012, em sua redação original, aprovada na Câmara dos Deputados, propunha que a matéria fosse integralmente disciplinada em lei,⁹⁸ assim como foi com a repercussão geral para o Supremo Tribunal Federal.

Todavia, no Senado Federal, foram incorporadas emendas, as quais resultaram na inclusão de hipóteses de presunção (absoluta) de relevância no texto constitucional. Ei-las: (i) ações penais; (ii) ações de improbidade administrativa; (iii) ações com valor da causa maior que quinhentos salários mínimos; (iv) ações que possam gerar inelegibilidade; (v) acórdãos que contrariarem jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Outrossim, a lei que vier a regulamentar o § 2º do art. 105 da Constituição Federal pode prever outras hipóteses de presunção de relevância.⁹⁹

União, Brasília, DF, 13 abr. 1977. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em: 27 mar. 2023.

⁹⁸ “§ 1º No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento.” CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Emenda Constitucional n. 209/2012 (redação original). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1020915. Acesso em: 28 mar. 2023.

⁹⁹ “Art. 105. (...)”

§ 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento.

§ 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: I - ações penais; II - ações de improbidade administrativa; III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; IV - ações que possam gerar inelegibilidade; V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; VI - outras hipóteses previstas em lei.” BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda constitucional n. 125, de 14 de julho de 2022. Altera o art. 105 da Constituição Federal para instituir no recurso especial o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc125.htm#art1. Acesso em: 25 mar. 2023.

A propósito, no dia 5 de dezembro de 2022, o Superior Tribunal de Justiça encaminhou ao Senado Federal sugestão de anteprojeto de lei,¹⁰⁰ com contornos similares aos da repercussão geral, aproveitando a experiência da Suprema Corte nos últimos dezessete anos.

No texto sugerido pelos ministros do STJ, propõe-se a inclusão do art. 1.035-A no Código de Processo Civil, além da alteração na redação de outros sete artigos, impondo-se ao recorrente o dever de demonstrar, em tópico específico e fundamentado, a relevância da questão de direito federal infraconstitucional deduzidas no recurso especial, do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Vale especial menção à proposta de inclusão do inciso III-A no rol art. 927, com previsão de observância obrigatória por juízes e tribunais também de acórdãos proferidos em julgamento de recurso especial submetido ao regime da relevância da questão de direito federal infraconstitucional.

Na mesma linha da disciplina da repercussão geral, também se sugere a possibilidade de suspensão de processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão, após reconhecida sua relevância.

O texto de anteprojeto proposto prevê ainda uma *vacatio legis* de trinta dias, além da possibilidade de o STJ instituir normas procedimentais em seu Regimento Interno, para melhor aplicação da lei.

A Fundação Getúlio Vargas – FGV, por meio do seu Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário, publicou recente estudo intitulado “Relevância da questão de direito federal”, coordenado pelo ministro Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça, que aponta para uma estimativa de redução de processos, que deixarão de ser recebidos pelo STJ em razão da aplicação do filtro da relevância, de cerca de 36%.¹⁰¹

Nessa toada, a tendência é que a relevância seja não só um requisito de admissibilidade do recurso especial, mas principalmente uma importante técnica de

¹⁰⁰ A íntegra da proposta está disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Anteprojeto%20PEC%20Relev%c3%a2ncia%2007122022.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2023.

¹⁰¹ SALOMÃO, Luis Felipe (coord). **A relevância da questão de direito federal**. Histórico, direito comparado, instrumentos semelhantes, impacto legislativo. FGV Conhecimento. Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário, nov. 2022. Disponível em: https://ciapi.fgv.br/sites/ciapi.fgv.br/files/relatorio_relevancia_da_questao_do_direito_federal.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023. p. 49.

formação de precedente, nos moldes em que vem sendo construída na experiência brasileira.

Percebe-se, pois, um inequívoco movimento legislativo no sentido de reafirmar o papel constitucional das Cortes de Vértice, rumo à racionalidade, à eficiência e à previsibilidade do sistema de justiça, condição *sine qua non* para uma economia pujante, eixo do desenvolvimento do país e, por conseguinte, da qualidade de vida de seus cidadãos.

2.4 A exclusão das ações penais do filtro de relevância

A essa altura, ao voltar o olhar para a matéria criminal, a sensação é de ter perdido o trem na estação, vendo ele partir. A frustração se justifica, na medida em que o legislador constituinte derivado reformador, de antemão, estabeleceu a presunção (absoluta) de relevância de matérias relacionadas a ações penais. Portanto, nada muda para os recursos especiais interpostos para deduzirem questões de direito penal ou processual penal.

A pergunta que se segue é se toda e qualquer matéria de direito penal ou processual penal traz ínsita a presunção de relevância. A resposta, possivelmente, é não, mas a pergunta é, evidentemente, retórica, porque o legislador constituinte derivado reformador já a respondeu positivamente.

Sem embargo, entendida a relevância como sendo a questão federal infraconstitucional que possui interesse econômico, político, social ou jurídico que *ultrapassem os interesses subjetivos* envolvidos no processo, podemos imaginar um sem número de situações de direito penal ou processual penal que, definitivamente, não vão além dos interesses das partes na ação penal. E, portanto, se assim quisesse o legislador, poderia ter mantido o filtro da relevância também nas ações penais.

Nem se diga que a ameaça de prisão – consequência principal de uma sentença penal condenatória – seria motivo suficiente, por si só, para tanto. É preciso desfazer a ideia – bastante enraizada na cultura brasileira – de que só há julgamento justo se houver revisão das decisões de juízes e tribunais estaduais e regionais federais pelos Tribunais Superiores.

Como dito acima, as Cortes de Vértice não existem para exercer a função de instância revisora ordinária de tudo o que é decidido pelos juízes e tribunais do país. Isso é irrealizável. O resultado desse anseio desenfreado já sabemos: números absurdos de processos para o STJ, invencíveis. Esse caos na estrutura recursal, sim, gera injustiça, porque a máquina judiciária simplesmente não funciona.

A garantia que todo cidadão tem a um julgamento justo, respeitado o devido processo legal, garantindo-se-lhe a ampla defesa e o contraditório, não pressupõe – repita-se – levar sua causa, necessariamente, para as Cortes Superiores. Não é assim em nenhum lugar do mundo, por motivos óbvios, que dispensam explicações pormenorizadas, notadamente o aspecto pragmático que deve ser observado com bom-senso.

As instâncias ordinárias devem ser prestigiadas. É lá que são produzidas, vistas e revistas todas as provas, para, delimitado o quadro fático, ser aplicado o direito à espécie. O papel das Cortes Superiores – insista-se – é de serem os fiéis guardiães da Constituição e das leis do país. Essa função deve ser cumprida dentro de parâmetros realísticos, balizados na razoabilidade, racionalidade e, sobretudo, exequibilidade.

As ambições fora do alcance, irrealizáveis, não podem servir de obstáculos a busca do que se mostra adequado, bom e tangível. Como afirma Susskind, parafraseando Voltaire, “o ótimo é inimigo do bom”.¹⁰²

Muitas críticas são bradadas (bem ou mal-intencionadas), em tom de indignação (verdadeira ou dissimulada, não se sabe), sempre que se fala no Brasil de implementação de restrições de acesso às Cortes Superiores. Os críticos de plantão desfraldam as bandeiras da cidadania, do Estado Democrático de Direito, do acesso à justiça e outros tantos recursos retóricos, todos apoiados em inestimáveis valores ligados à dignidade da pessoa humana – o que lhes dá ares de legitimidade –, mas sem nenhum compromisso com o equilíbrio entre o suposto ideal e o exequível.

O cenário ideal (o ótimo), imaginado por alguns, seria permitir que todo jurisdicionado tivesse sua causa revista pelo STJ ou pelo STF, com um mínimo de percalços. Basta abrir uma fresta da janela para vislumbrar a realidade inexorável, sem muito esforço: essa perspectiva, despregada das condições existentes no mundo real, despreza as mais mezinhas noções de eficiência e de efetividade necessárias para um sistema de justiça funcionar, notadamente em um país, como o Brasil, de dimensões continentais.

O legislador constituinte derivado reformador – possivelmente motivado por aguçado espírito conservador, perturbado por inquietações acerca das garantias constitucionais do investigado, acusado ou apenado – preferiu a zona de conforto e

¹⁰² SUSSKIND, Richard. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 88-89.

segurança, com a eliminação da necessidade de serem apontados parâmetros para filtrar o que seria relevante ou não em matéria penal e processual penal. A decisão, democraticamente tomada, deve ser respeitada, o que não a imuniza contra críticas.

2.5 O uso e abuso do *habeas corpus*¹⁰³

É noção intuitiva que, depois da vida, a *liberdade* é o bem mais importante do indivíduo. A liberdade do corpo, templo da alma, desde há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual, de uma forma ou de outra, sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades ditas civilizadas.

O *habeas corpus* – expressão latina que significa “tome seu corpo”, braquilogia extraída de uma antiga fórmula processual inglesa utilizada pelo magistrado para ordenar ao carcereiro que se lhe apresentasse o preso¹⁰⁴ – surge como importante meio processual para defender o direito de ir e vir do cidadão. Sua origem justifica os apelidos que hoje lhe são dados: *mandamus* (ordenamos), *ordem*, *writ* (ordem, do inglês). A garantia também é comumente referenciada pela doutrina como “remédio heroico”.

A origem da semente da qual se desenvolveu a frondosa árvore do *habeas corpus*, cuja semente se espraiou e abrigou pessoas mundo afora, remonta ao longínquo período clássico romano (27 a.C. a 284 d.C.), em que o *interdictum de libero homine exhibendo* era a fórmula adequada para exigir a exibição pública do homem livre que estivesse ilegalmente preso, medida efetiva apenas contra ações de particulares, não contra o poder de império do Estado.¹⁰⁵

Na Inglaterra medieval, no reinado de John Lackland, a *Magna Charta Libertatum vel concordia inter regem Johannem et barones*, no ano de 1215, veio a

¹⁰³ Em 7 de setembro de 2012, escrevi um modesto artigo sobre o *habeas corpus*, a seguir referenciado, a fim de trazer à baila as origens e trajetória do importante instrumento de salvaguarda do cidadão contra arbitrariedades dos agentes do Estado e apontar para o uso abusivo dessa garantia constitucional, anomalia que subsiste até hoje. BRAYNER, Marcos Aurélio Pereira. **Origem, desenvolvimento, uso e abuso do habeas corpus**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-07/marcos-brayner-origem-desenvolvimento-uso-abuso-habeas-corpus>. Acesso em: 29 mar. 2023.

¹⁰⁴ “*Praecipimus tibi quod corpus A.B., in custodia vestra detentum, ut dicitur, una cum die et causa captionis et detentionis suae, quocumque nomine idem A.B., censeatur in eadem, habeas coram nobis apud Westminster, ad subjiciendum et recipiendum ea quae curia nostra de eo ordinari continget in hac parte.*” (Ordenamos-vos que o corpo de “fulano”, detido, como se diz, em vossa prisão, juntamente com o dia e a causa de sua captura e detenção, seja sob que nome o mesmo “fulano” tenha sido avaliado naquela, o apresenteis perante nós em Westminster, para o fim de ser submetido à apreciação e receber aquelas que ao nosso Juízo competirá ordenar a respeito dele nesta parte).

¹⁰⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2007. vol. 1.

apaziguar, pelo menos momentaneamente, tensões crescentes entre o rei e os barões, insurgentes contra prisões arbitrárias, excesso de impostos e outros desmandos da coroa. Quatro séculos depois, no reinado de Carlos II, firmou-se o *habeas corpus Act*, de 1679, instrumento contra prisões arbitrárias de pessoas acusadas de cometer crime, criando o chamado direito ao mandado (*right to the writ*)¹⁰⁶. Suas imperfeições foram sanadas com o *habeas corpus Act*, de 1816, mormente para estender sua abrangência a fim de proteger pessoas presas por outros motivos diversos da acusação criminal.¹⁰⁷

Nos Estados Unidos da América, a Constituição de 1789 instituiu o *writ of habeas corpus*,¹⁰⁸ reafirmando a herança inglesa no que se refere à importância da liberdade ambulatorial e do devido processo legal no rol de garantias do cidadão.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 não previa, de forma expressa, o *habeas corpus*, mas instituía certos direitos e garantias, visando à tutela do direito à liberdade.¹⁰⁹

Foi o Código de Processo Criminal de 1832 que, de forma expressa, introduziu o *habeas corpus* no ordenamento jurídico brasileiro, como instrumento de proteção do cidadão contra prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade.¹¹⁰

Com a Lei n. 2.033, de 1871, a tutela do direito à liberdade foi ampliada, a partir da instituição do *habeas corpus* preventivo, como forma de evitar a agressão ao direito de locomoção do cidadão, além de estender seu alcance também a estrangeiros.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 85.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 99.

¹⁰⁸ “Article I, Section 9. (...) The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in case of rebellion or invasion, the safety may require it.” (O Privilégio do habeas corpus não será suspenso, salvo quando em casos de rebelião ou invasão, e a segurança assim o exigir). EUA. [Constituição (1789)]. *Constitution of The United States of America*. Sanate. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1. Acesso em: 30 mar. 2023.

¹⁰⁹ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...) VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações próximas aos logares da residência do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, attenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.” BRASIL. [Constituição Política do Império do Brasil (1824)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 30 mar. 2023.

¹¹⁰ “Art. 340. Todo cidadão que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em, sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor.” BRASIL. Lei n. 127, de 29 de novembro de 1832 (Código de Processo Criminal de primeira instância). Publicada na **Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, e Sellada na Chancellaria do Império** em 5 dez. 1832. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

Passou-se a reconhecer, inclusive, o direito à “justa indenização” de quem viesse a sofrer o constrangimento ilegal por abuso de poder.¹¹¹

A Constituição da República de 1891 incorporou o *habeas corpus* em seu texto, no § 22 do art. 72, elevando o *writ* à categoria de garantia constitucional. Contudo, a redação da norma deixou de fazer alusão expressa ao direito de *liberdade de locomoção*. A garantia instituída fez menção à proteção do indivíduo contra iminente perigo de violência ou coação “por *ilegalidade ou abuso de poder*”.¹¹² A omissão ensejou acalorados debates entre notáveis juristas brasileiros. De um lado, os que defendiam a estreiteza do *habeas corpus*, valendo-se das origens históricas do instituto, para defender seu uso apenas como garantidor do direito de locomoção do indivíduo; e, de outro lado, os que, valendo-se da redação irrestrita da norma constitucional, pugnavam pela aplicação mais abrangente do *writ*, para garantir também outros direitos, além do de locomoção. Esta última posição foi a que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal.

A reforma constitucional de 1926 pôs fim às discussões, ao acrescentar no mesmo § 22 do art. 72 a expressão “liberdade de locomoção”, resgatando a construção histórica do *habeas corpus* para a tutela do direito ambulatorial.¹¹³

A Constituição Federal de 1934, no seu art. 113, inciso 23, manteve a essência do *habeas corpus*. E, para não deixar desprotegidos direitos outros, inovou ao incluir,

¹¹¹ “Art. 18. Os Juizes de Direito poderão expedir ordem de habeas-corpus a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do Chefe de Polícia ou de qualquer outra autoridade administrativa, e sem exclusão dos detidos a título de recrutamento, não estando ainda alistados como praças no exército ou armada. (...)”

§ 1º Tem lugar o pedido e concessão da ordem de habeas-corpus ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se veja d'elle ameaçado. (...)”

§ 6º E' reconhecido e garantido o direito de justa indemnização, e, em todo o caso, das custas contadas em tresdobro, a favor de quem soffrer o constrangimento ilegal, contra o responsável por semelhante abuso de poder. (...)”

§ 8º Não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de habeas-corpus, nos casos em que esta tem lugar.” BRASIL. Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871. Altera diferentes disposições da legislação judiciária. Publicada na Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, em 21 nov. 1871. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

¹¹² “Art 72. (...)”

§ 22 - Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.” BRASIL. [Constituição (1891)]. Publicada no **Diário Oficial da União** em 24 fev. 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

¹¹³ “Art.72 (...)”

§ 22. Dar-se-á o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.” BRASIL. [Constituição (1891)]. Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926. Publicada no **Diário Oficial da União** em 4 set. 1926. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

no mesmo artigo, o inciso 33, que cria o mandado de segurança “para defesa do direito, certo e incontestável”.¹¹⁴

O Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647 sobre o *habeas corpus* para tutela da “liberdade de ir e vir”.¹¹⁵

De lá para cá, as Constituições de 1946,¹¹⁶ 1967¹¹⁷ e 1988¹¹⁸ mantiveram o *habeas corpus* em seus textos, reafirmando sua vocação de garantia do direito à “liberdade de locomoção” contra ilegalidade ou abuso de poder.

Vale lembrar que, durante o governo militar, por meio do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, foi suspensa a garantia do *habeas corpus*,¹¹⁹ o qual somente foi revogado pelo art. 3º da Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978.¹²⁰

¹¹⁴ “Art. 113. (...)

23. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o *habeas corpus*. (...)

33. Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.” BRASIL. [Constituição (1934)]. Publicada no **Diário Oficial da União** em 16 jun. 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

¹¹⁵ “Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.” BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). **Diário Oficial da União** de 13 out. 1941 e retificado em 24 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

¹¹⁶ “Art. 141. (...)

§ 23. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.” BRASIL. [Constituição (1946)]. Publicada no **Diário Oficial da União** em 19 set. 1946, republicada em 25 set. e 15 out. 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

¹¹⁷ “Art. 150. (...)

§ 20. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*.” BRASIL. [Constituição (1967)]. Publicada no **Diário Oficial da União** em 24 jan. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

¹¹⁸ “Art. 5º. (...) LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. BRASIL. [Constituição (1988)]. Publicada no **Diário Oficial da União** em 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

¹¹⁹ “Art. 10. Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.” BRASIL. Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. Publicado no **Diário Oficial da União** em 13 dez. 1968. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

¹²⁰ “Art. 3º. São revogados os Atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com bases neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial.” BRASIL. [Constituição (1967)]. Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978. Publicada no **Diário Oficial da União** em 17 out. 1978. Disponível em:

Como se infere desse breve apanhado histórico, o *habeas corpus* surgiu e se desenvolveu para proteger o direito de liberdade, de ir e vir, do cidadão contra abusos e arbitrariedades do Estado. Nada mais legítimo. Verdadeiro marco civilizatório.

No Brasil, depois de mais de vinte anos de regime militar, a Constituição Cidadã de 1988 foi o alicerce para o processo de redemocratização do país e a instituição de um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, possivelmente como reflexo de tantos anos de repressão e arbitrariedades, no afã de garantir uma efetiva proteção do cidadão contra potenciais desmandos do Estado, o cabimento do *habeas corpus* foi sendo, paulatinamente, ampliado pela jurisprudência dos tribunais pátrios para discutir situações, as quais só indireta ou remotamente refletiriam na liberdade de locomoção do paciente.

Assim, com arrimo na jurisprudência das Cortes Superiores, as Defesas passaram a utilizar o *habeas corpus*, mesmo quando não há ameaça latente de prisão – senão eventual, baseada em suposta e futura condenação criminal –, para impugnar *antecipadamente* ou *concomitantemente* às vias recursais cabíveis, por exemplo, oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, recebimento de denúncia pelo juiz, indeferimento de tal ou qual providência na instrução criminal – esta campo fértil para arguições de supostas nulidades –, sem falar nas penas fixadas em sentença condenatória, cuja dosimetria é corriqueiramente questionada por meio do *habeas corpus*, muito antes de se cogitar a execução.

Mesmo após o trânsito em julgado da ação penal, busca-se a tutela *mandamental* do Estado-Juiz para revisões de condenações ou questionamentos sobre o cumprimento da pena imposta, em detrimento da revisão criminal ou dos recursos cabíveis no processo de execução.

E mais: em qualquer dessas etapas, mesmo iniciais da ação penal (ou, até antes, no inquérito policial), é possível percorrer – tantas vezes quantas forem as insurgências, sem limites – *todas* as instâncias e tribunais, passando pelo Superior Tribunal de Justiça até o Supremo Tribunal Federal.

Por certo, para cada uma dessas situações mencionadas – e outras tantas –, inerentes à persecução penal, há sempre um bom exemplo de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, a endossar o clamor pela manutenção do alargamento da nobre via do *habeas corpus*.

É absolutamente legítima a preocupação de se preservar instrumentos eficazes de proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Contudo, se não há ordem de prisão ou sequer ameaça configurada ao direito de liberdade, senão eventual, incerto e futuro, não é razoável o uso *premature* (e abusivo) do *habeas corpus* em substituição às vias recursais cabíveis, mormente *sem limites*.

Hoje, o *habeas corpus* é a panaceia do processo penal brasileiro: serve como meio de impugnação de quase tudo, desde a instauração de investigação policial, passando pelo ajuizamento de ação penal, pela instrução criminal e eventual sentença penal condenatória, confirmada em grau recursal ou mesmo depois de transitada em julgado a condenação. E, vale repetir, a utilização indiscriminada da via mandamental permite que, numa única ação penal, possam existir dezenas e dezenas de impetrações de *habeas corpus*, perante o tribunal de origem, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

As Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no ano 2000, receberam 3.618 *habeas corpus* e 1.365 recursos ordinários em *habeas corpus*; em 2010, 35.696 *habeas corpus* e 1.972 recursos ordinários em *habeas corpus*; e, em 2022, foram 77.023 *habeas corpus* e 16.047 recursos ordinários em *habeas corpus*.¹²¹

Cumprir observar que, em 2022, essas mesmas Turmas receberam a distribuição de 36.947 agravos em recursos especiais e 10.064 recursos especiais.¹²²

Vale dizer: o número de *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus* distribuídos (93.070) em 2022 para as duas Turmas que julgam matéria criminal no Superior Tribunal de Justiça é praticamente o *dobro* do de agravos em recursos especiais e recursos especiais (47.011).

Diante da enxurrada de *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus* para o Superior Tribunal de Justiça, de uns anos para cá, os ministros integrantes das Quinta e Sexta Turmas passaram a decidir esses processos *monocraticamente* (decisões terminativas), alguns deles *de plano*, dispensando informações da origem e manifestação do Ministério Público Federal.

Para se ter uma ideia, no ano 2000, foram julgados um total de 3.087 *habeas corpus* e 1.050 recursos ordinários em *habeas corpus*; em 2010, 28.037 *habeas corpus*

¹²¹ STJ. Assessoria de Gestão Estratégica. **Solicitação de dados estatísticos**. Destinatário: Marcos Aurélio Pereira Brayner. Brasília, 29 mar. 2023. Mensagem eletrônica. Os dados específicos relacionados às atividades judicantes das Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça foram solicitados à Assessoria de Gestão Estratégica, que os encaminhou por *e-mail* institucional.

¹²² Ibidem.

corpus e 1.896 recursos ordinários em *habeas corpus*; e, em 2022, foram 78.929 *habeas corpus* e 17.393 recursos ordinários em *habeas corpus*.¹²³

Desses julgamentos, em 2010 (não há dados disponíveis do ano 2000), foram decididos *monocraticamente* 17.413 *habeas corpus* e 1.263 recursos ordinários em *habeas corpus*; e, em 2022, 77.971 *habeas corpus* e 10.019 recursos ordinários em *habeas corpus*.¹²⁴

Portanto, no último ano, em 2022, do total de 96.322 julgamentos de *habeas corpus* e do recurso ordinário, 87.990 foram por decisão *monocrática* (ainda que sujeita a agravo regimental para o respectivo colegiado), ou seja, 91,4% dos julgamentos foram prolatados por decisão singular do relator, em substituição à Turma.

Os dados denotam uma das estratégias adotadas para o enfrentamento do número excessivo de *habeas corpus* e de recurso ordinário em *habeas corpus* em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a substituição da deliberação do colegiado pela decisão singular do ministro relator. Há, pois, uma inversão da lógica do exercício da jurisdição pelo tribunal – cuja composição é, por natureza, plural e heterogênea –, com prejuízo à dialogicidade e, por conseguinte, o empobrecimento do debate.

Cumprе ressaltar que esse fenômeno também se repete nos demais órgãos fracionários do Superior Tribunal de Justiça, nas três Seções, em todas as classes processuais. Com efeito, em 2022, foram julgados um total de 441.528, considerados os processos principais (excluídos os agravos internos, regimentais e embargos de declaração). Destes, apenas 3.137 processos foram julgados pelos órgãos colegiados (0,75%); e 438.211 foram por *decisão monocrática* do relator (99,25%).¹²⁵

A torrencial e desmedida utilização de *habeas corpus*, de forma antecipatória ou concomitante com as vias recursais próprias, e em escalada sucessiva pelas instâncias ordinárias e extraordinárias existentes, abarrotа os tribunais e sobrecarrega magistrados com frequentes solicitações de informações para instrução do *writ* nas Cortes Superiores.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ STJ. Página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça na *internet*. Estatísticas – acompanhamento processual – ano 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Inicio>. Acesso em: 05 abr. 2023.

Percebe-se um nítido desequilíbrio do sistema de persecução penal, dentre outros fatores, pela “superdosagem” do remédio heroico nos tribunais, mormente no Superior Tribunal de Justiça, a prejudicar a consecução de uma prestação jurisdicional eficiente e em tempo razoável.

Não é esse o modelo original concebido pela Constituição Federal. Basta ler a competência estabelecida pelo legislador constituinte para cada tribunal julgar, originariamente, o *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário. O desvirtuamento dessa relevante ação constitucional é patente, sem paralelo nos países civilizados.

O *habeas corpus* é instrumento garantido pela Constituição Federal, para evitar ou fazer cessar a violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder. É, portanto, uma importante via assecuratória da dignidade da pessoa humana e, com esse jaez, o *writ* deve ser preservado, desiderato que não dispensa um mínimo de organicidade e racionalidade, contudo.

3. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Na persecução penal, há essencialmente três momentos em que se procura estabelecer uma reprimenda que seja necessária, adequada, proporcional e suficiente para inibir e reprimir o agente do delito e prevenir a ocorrência de outros.

A individualização da pena começa com a cominação em abstrato da sanção mínima e máxima feita pelo legislador, considerada a gravidade escalonada dos delitos; passa pela fixação da pena justa pelo juiz sentenciante, inferida a partir da análise do caso concreto, conforme os parâmetros legais atualmente em vigor, consagrados no sistema trifásico de Nelson Hungria; e, finalmente, se materializa com a efetiva execução da sanção imposta.¹²⁶

Portanto, observa-se que a individualização da pena é matéria central nos processos criminais hodiernos, na medida em que está umbilicalmente relacionada à concepção da justificação da sanção penal a ser aplicada, como método equilibrado de prevenção geral e especial, bem como de reafirmação da ordem jurídica.¹²⁷

Com efeito, é tema recorrente em praticamente todas as sessões de julgamento das Quinta e Sexta Turmas, que integram a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, encarregadas de processar e julgar os feitos relativos à matéria penal.

¹²⁶ “O problema da individualização da pena se desenvolve em três planos distintos, que, no entanto, se interpenetram e se completam: o plano legislativo, o judicial e o executório. (...) A individualização legislativa é a que o legislador estabelece quando discrimina as sanções cabíveis, delimitando as espécies delituosas e formula o preceito sancionador das normas incriminadoras, ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que varia entre um mínimo e um máximo claramente determinados. (...) O que cumpre à lei, portanto, na própria função de individualizar as sanções penais, é possibilitar certo arbítrio ao juiz quando este transformar a vontade abstrata do legislador em atuação concreta dos mandamentos legais. A sentença é, por si, a individualização concreta do comando emergente da norma legal. (...) É fundamental, na individualização da pena, o papel que a lei outorgou ao juiz. De sua clarividência e equilíbrio em saber usá-lo, depende em grande parte a eficiência das medidas e providências que a legislação adotou. (...) A individualização executória da pena é a que se opera na fase de cumprimento da sanção penal imposta pelo juiz. Ela se realiza através do tratamento penitenciário adotado pelo legislador e das providências complementares que sucedem muitas vezes à sentença de condenação.” MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. vol. 3. Campinas: Millennium, 2002. p. 271-277.

No mesmo sentido, v.g.: BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 144-146; GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 23ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2021. p. 119-121; e CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 114-115.

¹²⁷ “(...) a justificação da pena envolve a prevenção geral e especial, bem como a reafirmação da ordem jurídica, sem exclusivismos. Não importa exatamente a ordem de sucessão ou de importância. O que deve ficar patente é que a pena é uma necessidade social – *ultima ratio legis*, mas também indispensável para a real proteção de bens jurídicos, missão primordial do direito penal. De igual modo, deve ser a pena, sobretudo em um Estado constitucional e democrático, sempre justa e necessária, inarredavelmente adstrita à culpabilidade (princípio e categoria dogmática) do autor do fato punível.” PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. **Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais**, [s.l.], v. 1, n. 00, 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/89334>. Acesso em: 24 mar. 2023.

O desejo de encontrar um sistema de individualização de pena eficiente para o fim a que se destina¹²⁸ e, assim, seja capaz de atingir e manter a pacificação social, é assunto que nunca saiu da ordem do dia nos países civilizados nos últimos séculos e, em especial, nas últimas décadas.

Nessa senda, é importante analisar o tamanho da margem de liberdade conferida pela norma ao juiz no momento da fixação da sanção penal na sentença condenatória, bem como a consistência das balizas normativas existentes para o cálculo dosimétrico.¹²⁹ A conjugação desses dois principais fatores – sem desmerecer outros – irá indicar a maior ou menor propensão a um resultado *previsível*, elemento essencial para se garantir segurança jurídica.

Esse ideal de eficiência e justiça tem sido buscado, o quanto possível, a partir das premissas estabelecidas pelos princípios civilizatórios contemporâneos, com a construção de padrões metodológicos pré-determinados e critérios normativos precisos, capazes de orientar o juiz prolator da sentença penal condenatória, sem olvidar da necessidade de garantir certa margem de discricionariedade, essencial para a árdua tarefa de adequar a sanção às particularidades do agente e às circunstâncias do crime.

Sob essa perspectiva, cumpre perquirir se os parâmetros legais de individualização da pena erigidos pelo legislador ordinário pátrio, sujeitos ao processo de compatibilização com as normas constitucionais em vigor, conseguem instituir um sistema normativo penal em que haja um equilíbrio entre a discricionariedade – que permite ao julgador, com maior margem de liberdade, estabelecer a sanção mais

¹²⁸ “O objetivo *declarado* do Direito Penal nas sociedades contemporâneas é a proteção dos bens jurídicos – ou seja, a proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena.” Por outro lado, adverte o ilustre professor: “A definição dos objetivos *reais* do Direito Penal permite compreender o significado político desse setor do ordenamento jurídico, como centro da estratégia de controle social nas sociedades contemporâneas. (...) Bee. Essa aparência de *neutralidade* do Direito Penal é dissolvida pelo estudo das *fontes materiais* do ordenamento jurídico, enraizadas no *modo de produção* da vida material, que fundamentam os interesses, necessidades e valores das *classes sociais* dominantes das relações de produção e hegemônicas do poder político do Estado, como indicam as teorias conflituais da Sociologia do Direito.” SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 8.^a ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 4-7.

¹²⁹ “(...) a discricionariedade judicial é necessária por permitir aplicação de normas legais genéricas e abstratas a casos concretos. No direito comparado, há grande variedade de abordagens para o problema de como limitar a discricionariedade dos juízes e reduzir a disparidade na aplicação da pena. No Brasil infelizmente não é dada a devida atenção ao problema da falta de previsibilidade de resultados das sentenças criminais. Por aqui, parece que a discricionariedade judicial e a individualização – e não a consistência – são vistas como as maiores virtudes da atividade de aplicação da pena, relegando para segundo plano preocupações com as disparidades que decorrem da dosimetria penal.” CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **A Aplicação da Pena e o problema da discricionariedade judicial**: Breve Estudo Comparativo entre a Dosimetria Penal Brasileira e o Modelo de *Sentencing Guidelines* Norte-Americano e Inglês. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 36.

apropriada no caso concreto – e a previsibilidade – direta e proporcionalmente vinculada a elementos objetivos, requisito indispensável para a consolidação dos princípios da isonomia e da igualdade. E, nesse particular, examinar as dificuldades enfrentadas pelo Tribunal da Cidadania em seu mister de intérprete máximo da lei federal infraconstitucional. Eis o busílis deste trabalho.

3.1 Necessidade de contenção da discricionariedade judicial

No atual estágio civilizatório, a imposição de *pena* – medida drástica, utilizada como *ultima ratio* – é a principal consequência decorrente da sentença condenatória prolatada em desfavor de quem viola a norma penal, um mal ainda necessário para a manutenção da paz social.¹³⁰

O Direito Penal, expressão mais contundente de ingerência do Estado contemporâneo sobre o indivíduo, porque se volta contra a sua liberdade, precisa erigir critérios legais para evitar o *decisionismo*,¹³¹ categoria da qual se valem juristas e criminólogos para se referirem a decisões tomadas sem a devida observância de garantias penais e processuais, fruto de um juízo de cognição potestativo, autoritário, característico de sistemas inquisitoriais.

Em um Estado Democrático de Direito, pautado no respeito aos direitos e garantias individuais, o juízo condenatório criminal, tanto na aferição da prova quanto na imposição da pena, deve basear-se em parâmetros legais *determinados* e *precisos*, descritos com clareza e objetividade. Essas balizas delimitam o espaço no

¹³⁰ “Mantemo-nos convencidos de ser a pena indispensável, ainda que se possa falar em *mal necessário*, mas de suma importância no atual estágio imperfeito da humanidade, nada justificando, portanto, a adoção de teorias abolicionistas.

O Estado, monopolizando a aplicação da punição em matéria penal, busca a paz social acima de tudo, pois, do contrário, vítimas e seus familiares sentir-se-iam levados a fazer ‘justiça pelas próprias mãos’, retornando-se à época da barbárie, com nítido descontrole social e exageros de toda ordem.” NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 75-76.

¹³¹ “(...) O decisionismo é o feito da falta de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social. Esta subjetividade se manifesta em duas direções: por um lado, no caráter subjetivo do tema processual, consistente em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a ‘tipos normativos do autor’ ou sua congênita natureza criminal ou periculosidade social; por outro lado, manifesta-se também no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato. O primeiro fator de subjetivação gera uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo- não no sentido da comprovação de fatos objetivos (ou para além dela), mas no sentido da análise da interioridade da pessoa julgada. O segundo degrada a verdade processual, de verdade empírica, pública e intersubjetivamente controlável, em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Frauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 46-47.

qual o juiz sentenciante desenvolve seu raciocínio jurídico para, assim, cumprir com seu indeclinável dever de fundamentação, consoante o comando do inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.

Com efeito, somente com a explicitação do caminho lógico percorrido pelo julgador para chegar à sua conclusão, as partes têm condições de apontar eventuais equívocos, exageros ou incorreções ou qualquer outra espécie de defeito passível de reforma pelas vias de impugnação.¹³²

A busca por determinação e precisão normativas – ideal perseguido que esbarra na própria limitação da linguagem, mas que, nem por isso, deve ser relegado –, bem como por fundamentação substancial da sentença condenatória – consentânea com as balizas legais e vinculada a elementos de concretos –, visa ao estabelecimento de mecanismos de controle do ato jurisdicional, indispensáveis para se conduzir a persecução penal por uma via assentada em terreno seguro, de onde se possa enxergar, com razoável clareza, a largura da faixa de discricionariedade atribuível ao juiz.

O percurso trilhado por terreno instável, sem parâmetros seguros, pode facilmente conduzir a discricionariedade do julgador ao obscuro arbítrio, gerando, por conseguinte, disparates em resultados de julgamentos de casos similares,¹³³ situação

¹³² “A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode-se facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.” CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução: Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013. E-book. p. 903.

¹³³ “As análises empíricas encontram campo fértil na seara criminal. Na década de 1930, Frederick Gaudet, George Harris e Charles St. John observaram, pesquisando a jurisprudência americana, que processos iguais ou semelhantes poderiam ter desfechos distintos de acordo com o juiz atribuído ao processo. Em outras palavras, a probabilidade de haver uma punição e do quão severa esta será dependerá, entre outras coisas, de um componente aleatório, isto é, do juiz para o qual o processo foi distribuído.

Kahneman, Sibony e Sunstein, na obra *‘Noise: A Flaw in Human Judgment’*, destacam que, quando uma pessoa pratica um crime, a provável sentença e pena imposta não devem depender de quem é o juiz para o qual o caso foi distribuído, nem da temperatura que está fazendo no dia do julgamento ou ser influenciada pela conquista de um campeonato pelo time local. Nesse sentido, sustentam ser ultrajante que três pessoas em situações similares, condenadas por um mesmo crime, praticado nas mesmas circunstâncias, recebam três penas completamente díspares, mas que infelizmente isso acontece em muitos países.

Prosseguem os célebres autores enfatizando que, ao redor do mundo, juízes têm tido grande margem de discricionariedade na fixação das penas, o que é inclusive celebrado em muitas nações e visto por alguns especialistas como justo e humano.” GABRIEL, Anderson de Paiva. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo** - tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoht Editora, 2022. p. 111-112.

que corrói os princípios da igualdade e da isonomia, além de sepultar a pretendida coerência e integridade das decisões.

O método dosimétrico, nessa perspectiva, deve oferecer um caminho o mais preciso possível para que a individualização da pena seja estabelecida a partir de parâmetros conhecidos, claros e acurados, condição imprescindível para a concretização do devido processo legal, consubstanciado pela ampla defesa e contraditório, a fim de também assegurar a isonomia e igualdade de tratamento ao jurisdicionado, observadas as particularidades de cada caso, e, assim, promover segurança jurídica.

No Brasil, outro aspecto importante a ser considerado na persecução penal é que, sem uma razoável previsibilidade da pena a ser eventualmente imposta em caso de condenação, a tarefa do Ministério Público de negociar o acordo de não persecução penal ou de colaboração premiada se torna bastante dificultada, na medida em que, sem a noção da provável pena, a proposta ministerial, por assim dizer, fica “sem lastro”. Por outro lado, o acusado também não tem condições de avaliar, objetivamente, o custo-benefício de eventual proposta.

Cumprе reiterar que, na fixação da sanção, a discricionariedade judicial é uma ferramenta necessária para que a pena abstratamente cominada pelo legislador seja ajustada, adequada, personalizada como resposta penal ao réu condenado, guardando correspondência e proporcionalidade com a gravidade do crime cometido.¹³⁴

Sem embargo, observa-se que, quanto maior a discricionariedade atribuída ao juiz na tarefa de atribuir significado e peso a cada fator relevante do caso, menor a previsibilidade de resultado, na medida em que se alarga a margem de subjetividade e, portanto, cresce proporcionalmente a possibilidade de tratamento não-isonômico.

¹³⁴ “A aplicação da pena é uma tarefa essencialmente discricionária. É costume dizer que cada caso deve ser decidido pelo juiz de acordo com suas peculiaridades, afinal nenhum caso é exatamente igual a outro. A discricionariedade é necessária para uma correta individualização da pena, que, no Brasil, tem *status* de princípio constitucional (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Todavia, a discricionariedade judicial pode levar à disparidade e falta de consistência na aplicação da pena, convertendo-se em arbítrio. Reprimendas penais muito distintas aplicadas em casos semelhantes violam a própria ideia de justiça e minam a credibilidade do Poder Judiciário. Soluções legais e práticas judiciais voltadas a limitar e controlar a discricionariedade no momento de aplicação da pena variam de país a país. Cada jurisdição tem – ou deveria ter – seu próprio método de alcançar maior consistência na aplicação da pena, prestigiando o princípio da igualdade e controlando a discricionariedade judicial.” CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **A Aplicação da Pena e o problema da discricionariedade judicial**: Breve Estudo Comparativo entre a Dosimetria Penal Brasileira e o Modelo de *Sentencing Guidelines* Norte-Americano e Inglês. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 33.

Se, por um lado, o excesso de discricionariedade conduz, inevitavelmente, a resultados diferentes, a penas díspares, mesmo em hipóteses fático-jurídicas muito parecidas, produzindo insegurança jurídica, por outro lado, um sistema engessado, tarifado, com critérios matemáticos rígidos, amarra de tal maneira o processo dosimétrico que a figura do juiz seria até mesmo dispensável. Bastaria, nesse caso, a utilização de um *software* para aferição dos vetores exclusivamente objetivos para o estabelecimento da pena aplicável, em detrimento da particularização da pena justa para o caso sob análise.

Se, por razões óbvias, nem um extremo nem outro é desejável, o caminho do meio se apresenta como uma opção mais adequada para os fins almejados.¹³⁵

Nesse cenário, o grande desafio é estabelecer balizas para delimitar a margem de discricionariedade em que o juiz pode se movimentar na difícil tarefa de individualizar a pena, promovendo um equilíbrio entre a liberdade para analisar as peculiaridades do caso concreto – com incontáveis possibilidades, insuscetíveis de serem relacionadas pelo legislador – e a previsibilidade do resultado sancionatório, com a instituição de parâmetros seguros, o quanto possível, objetivos.

Há, de fato, uma constante e inevitável tensão entre a necessidade de individualização da pena, ajustada às peculiaridades do caso concreto, e a pretendida consistência.¹³⁶

¹³⁵ Em breve, mas consistente, histórico sobre os sistemas de individualização da pena, o professor Cezar Bitencourt, ao abordar a experiência francesa, anota que “logo se percebeu que, se a *indeterminação absoluta* não era conveniente, também a *absoluta determinação* não era menos inconveniente. Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.

Essa constatação determinou a evolução para uma indeterminação relativa: nem determinação absoluta, nem absoluta indeterminação. Finalmente, abriu-se um grande crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o Código Penal francês de 1810 limites mínimo e máximo, entre os quais pode variar a mensuração da pena. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentro dos quais o juiz deve – pelo princípio do livre convencimento – estabelecer fundamentadamente a pena aplicável ao caso concreto.” BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. p. 831-832. v. 1.

¹³⁶ “Nos estudos oriundos dos países da *common law*, fala-se em dois tipos de consistência. A chamada *consistency of approach* (consistência de abordagem), também denominada *consistency of treatment* (consistência de tratamento), é definida como ‘mecanismo procedimental que obriga o juiz a seguir uma sequência de etapas pré-determinada, ou a considerar fatores e circunstâncias pré-estabelecidos antes de chegar a uma conclusão ao sentenciar’. *Consistency of outcomes* (consistência de resultados), por sua vez, é conceituada como ‘uniformidade de tipo de sentença ou quantidade de pena’. Enquanto a consistência de abordagem exige apenas que um mesmo método de aplicação da pena prescrito em lei seja aplicada por todos os juízes e tribunais – no Brasil, tal metodologia é conhecida como dosimetria penal –, a consistência de resultado vai além, exigindo que casos substancialmente semelhantes recebam sentenças similares.” CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **A Aplicação da Pena e o problema da discricionariedade judicial**: Breve Estudo Comparativo entre a Dosimetria Penal

A busca por um ponto ideal entre oferecer maior ou menor liberdade para o magistrado tem movido países em diferentes direções na concepção de seus sistemas de fixação de pena.¹³⁷

Outrossim, mesmo com uma metodologia bem assentada, constitui-se fator de extrema relevância a adesão de juízes e tribunais às diretrizes limitadoras da discricionariedade delineadas pelas Cortes de Vértice.¹³⁸

Com efeito, o esforço dos Tribunais de estabelecerem o conteúdo e contornos do processo dosimétrico, de modo a garantir-lhe uma razoável consistência de resultados, torna-se em vão, se não há uma compreensão da magistratura acerca da imprescindibilidade de seguirem todos na mesma direção.

Nesse contexto, põe-se em evidência o papel do Superior Tribunal de Justiça – incumbido de uniformizar a interpretação e aplicação da lei federal infraconstitucional – de destrinchar os contornos normativos e estabelecer os *limites* da discricionariedade dos juízes para a individualização da pena.

3.2 Metodologia de fixação da pena

No Brasil, o juiz que profere uma sentença condenatória em uma ação criminal precisa observar o comando constitucional que aponta para a necessidade de *individualização* da pena (art. 5º, inciso XLVI), cujos parâmetros a Constituição Federal remete para a lei regulamentar.

O debate sobre qual sistema de individualização da pena deveria prevalecer, no entanto, vem de longa data, antes mesmo da vigência da atual constituição.

Ao longo das décadas seguintes à entrada em vigor do Código Penal de 1940, muito se discutiu sobre o método de fixação da pena mais adequado: o *bifásico*,

Brasileira e o Modelo de *Sentencing Guidelines* Norte-Americano e Inglês. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 37.

¹³⁷ “A título de exemplo, as penas obrigatórias (*mandatory* e *mandatory minimum sentences*) encontradas em países como Estados Unidos da América, Canadá e Inglaterra, ao impor sanções pré-fixadas para determinados delitos, eliminam qualquer discricionariedade, tornando fortemente mecânica a aplicação da sanção. Já o modelo de diretrizes de sentença (*sentencing guidelines*) permite maior flexibilidade na individualização da pena, todavia em graus variados – na jurisdição federal dos EUA, *e.g.*, os juízes federais gozam de pouca liberdade, em contraposição à maior margem de atuação conferida no estado norte-americano de Minnesota e também na Inglaterra e no País de Gales.” Ibidem, p. 33-34.

¹³⁸ “Ao contrário do que pode parecer, a existência de uma metodologia própria à aplicação de pena, por si só, não garante previsibilidade. O grau de liberdade conferido aos juízes na sentença assume um papel central nessa equação, o que explica a importância de se analisar a metodologia de individualização da pena em cada sistema legal. Também é necessário ter em mente que as sentenças podem, em tese, variar em decorrência de outros fatores, tais como a capacidade do sistema de obter a adesão de juízes às suas regras de aplicação da pena e a força das decisões dos tribunais em sede recursal.” Ibidem, p. 37.

defendido por Roberto Lyra, que reunia na *primeira fase* a avaliação das circunstâncias judiciais (hoje previstas no art. 59 do Código Penal) e também das circunstâncias legais agravantes e atenuantes (atualmente listadas nos arts. 61 a 67 do Código Penal); e, na *segunda fase*, a aferição das causas de aumento e diminuição.¹³⁹

Em contraposição, Nelson Hungria sustentava uma sutil, mas relevante, distinção dessa proposta, apresentando um método *trifásico*: na *primeira fase* seriam avaliadas as circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base; na *segunda fase*, incidiriam as agravantes e atenuantes para a fixação da pena provisória; e, na *terceira fase*, as causas de aumento e diminuição para o estabelecimento da pena definitiva.¹⁴⁰ Essa última foi a escolhida e constou do Código Penal de 1969 (arts. 52, 56, 62 e 63 do Decreto-Lei n. 1.004/1969) que, no entanto, após longa *vacatio legis*, foi revogado (Lei n. 6.578/78) sem nunca ter entrado em vigor.¹⁴¹

Foi somente com a publicação da Lei n. 7.209/84 que a proposta de Nelson Hungria foi incorporada ao ordenamento jurídico, ao promover a reforma da Parte Geral do Código Penal, consoante a nova redação dada ao art. 68,¹⁴² alinhada com a posição do Supremo Tribunal Federal, conforme ficou consignado na Exposição de Motivos da reforma.¹⁴³

¹³⁹ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 146-147.

¹⁴⁰ Ibidem. p. 147-148.

¹⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal). **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 21 dez 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del1004.htm. Acesso em: 02 mai 2023.

¹⁴² “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. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 13 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

¹⁴³ “51. Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no artigo 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o *quantum* da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude da garantia constitucional da ampla defesa.” BRASIL. Exposição de Motivos n. 211, de 9 de maio de 1983 (ref. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). **Diário do Congresso Nacional** - Seção 1 - Suplemento A, Brasília-DF, 1 jul. 1983. p. 14. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>. Acesso em: 03 mai. 2023.

Embora a lei reformadora não tenha adotado em seu texto a expressão “método trifásico” ou “sistema trifásico”, a designação ficou assim consagrada na doutrina e na jurisprudência pátrias. Curioso observar que, a despeito da menção a *três* fases, o roteiro de individualização da pena exige a passagem por mais etapas. Na verdade, a *quantificação* da pena é que se desenvolve em três etapas, mas há outras para a completa entrega da prestação jurisdicional penal.

Com efeito, em alguns casos, há uma *primeira etapa*, em que o juiz, fundamentadamente, deve optar por uma das penas aplicáveis dentre as cominadas, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na dicção do *caput* e inciso I do art. 59 do Código Penal.¹⁴⁴

Exemplo: o crime de constrangimento ilegal, tipificado no art. 146 do Código Penal, prevê pena de detenção, de três meses a um ano, *ou multa*.¹⁴⁵ Portanto, sendo o réu condenado por esse delito, o juiz, de antemão, precisa escolher entre a pena privativa de liberdade (detenção) ou a pecuniária (multa), tarefa que exige decisão *motivada*, lastreada em elementos *concretos* do caso, observada a *proporcionalidade* entre o dano produzido e a sanção a ser aplicada pelo crime.

Sendo o caso de imposição de pena de prisão (com ou sem pena de multa cumulativa), prossegue-se para a *segunda etapa* – esta, sim, subdividida em três fases – para a *quantificação* da pena, de acordo com o sistema trifásico de Nelson Hungria, conforme a sequência disposta no art. 68 do Código Penal, acima referido.

Em seguida, tendo sido fixada a quantidade de pena, a *terceira etapa* é para estabelecer o *regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade*, em

¹⁴⁴ “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: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (...)” *Ibidem*.

¹⁴⁵ “Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.” BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

Outros exemplos de crimes previstos no Código Penal que abrem a possibilidade de escolha entre a pena privativa de liberdade e a pecuniária: arts. 130, 135, 136, 137, 140, 147, 150, 151, 153, 154, 156, 163, 164, 166, 169, 175, 176, 179, 180, § 3º, 184, 205, 208, 209, 233, 234, 246, 247, IV, 248, 249, parágrafo único, 280, 286, 287, 292, 293, § 4º, 307, 315, 317, § 2º, 320, 321, 323, 324, 325, 331, 335, 336, 340, 341, 345, 351, § 4º, 358 e 359.

atenção ao inciso III do art. 59, combinado com o art. 33, ambos do Código Penal,¹⁴⁶ e o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.¹⁴⁷

A *quarta etapa* atende ao comando do inciso IV do art. 59, combinado com o art. 44 e 60, § 2º, todos do Código Penal, os quais impõem ao magistrado verificar a *possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena* (restritivas de direitos ou multa substitutiva).¹⁴⁸

¹⁴⁶ “Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)” (...)

“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: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.” BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 13 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

¹⁴⁷ “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (...) § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.” BRASIL. Lei n. 12.736, de 30 de novembro de 2012. Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para a detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 3 dez. 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12736.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

¹⁴⁸ Inciso IV do art. 59: vide nota 111.

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 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.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar

Por fim, a *quinta etapa* do roteiro de individualização da pena impõe ao magistrado que, não sendo indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos (art. 44 do Código Penal), verifique a possibilidade de *suspensão condicional da pena*, também conhecida pelo verbete francês *sursis*, consoante disposto no inciso III do art. 77 do Código Penal.¹⁴⁹ Vale ressaltar que, nessa etapa derradeira, se avalia o cabimento um *benefício* que, cumpridas determinadas condições, leva à extinção da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 82 do Código Penal.¹⁵⁰

Eis, em breves linhas, o caminho que o juiz percorre para realizar a operação de individualização da pena na sentença condenatória.

Descrito o método dosimétrico, que pode ser comparado a uma estrada, resta perquirir se há pavimentação adequada e limites laterais claramente sinalizados, de modo a garantir uma trajetória segura para um destino esperado.

será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.”

BRASIL. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 26 nov. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm#art44. Acesso em: 02 mai. 2023.

“Art. 60. (...) § 2º - A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código” BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 13 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

¹⁴⁹ “Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.” BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 13 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

“Art. 77. (...) § 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.” BRASIL. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 26 nov. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm#art44. Acesso em: 02 mai. 2023.

¹⁵⁰ “Art. 82 - Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade.” BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 13 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

A pergunta metafórica, e retórica, esbarra na constatação da notória dificuldade que têm juízes e tribunais de, mesmo seguindo o roteiro dosimétrico preestabelecido, alcançar lugares comuns. Não raro, dois juízes, partindo de situações fático-jurídicas muito parecidas, chegam a resultados bem diferentes ou, ao revés, chegam a resultados iguais em casos muito diferentes, justamente em razão de exagerado subjetivismo, que encontra campo fértil quando não se observa limites e diretrizes.

A metodologia adotada para a fixação da pena, trazida pela vetusta reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, além de manter alguns conceitos deteriorados pelo tempo, carrega alguns vazios – revelados ao logo de quase 40 anos de aplicação – que precisam ser preenchidos, tarefa da qual têm se desincumbido os juristas, mas com vertentes ocasionalmente desencontradas.

Se, com diz o adágio, “mente vazia, oficina do diabo”, poder-se-ia parafrasear dizendo o seguinte: “norma vazia, oficina do jurista”, isto é, onde falta regra expressa e objetiva, sobra criatividade.

Não se pode perder de vista, contudo, que a opção do legislador foi a de conferir ao juiz discricionariedade para a análise das circunstâncias judiciais e fixação da pena-base, espaço necessário para a adequada particularização da resposta penal para o caso concreto.

Assim, importa saber *como* erigir balizas limitadoras da discricionariedade judicial no sistema dosimétrico, de forma a garantir, ao mesmo tempo, liberdade ao juiz para individualizar a pena e, também, uma razoável previsibilidade de resultados.

3.3 Instituição de Grupo de Trabalho pelo CNJ

Atento à importância do tema e ao protagonismo do Tribunal da Cidadania, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Portaria n. 207, de 31 de agosto de 2021,¹⁵¹ instituiu um Grupo de Trabalho, integrado por desembargadores e juízes oriundos de diferentes Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais, sob a coordenação da Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura e dos Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Rogerio Schietti Machado Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, a fim de elaborar diretrizes para a dosimetria da pena nos processos criminais.

¹⁵¹ CNJ. Portaria n. 207, de 31 de agosto de 2021. Institui Grupo de Trabalho para elaboração de diretrizes para a dosimetria da pena nos processos criminais. Disponível em: [Microsoft Word - 207-K-31 agosto GT - Diretrizes para a dosimetria da pena vr \(1\).docx \(cnj.jus.br\)](#). Acesso em: 20 abr. 2023.

Com efeito, o Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (§ 4º do art. 103-B, da Constituição Federal), contribui para o aprimoramento da prestação jurisdicional, ao lançar luz sobre uma matéria de extrema relevância – como é o caso da dosimetria da pena –, a qual tem sido objeto de enorme preocupação no meio jurídico justamente em razão dos diversos fatores que induzem a discrepância de tratamento por juízes e tribunais pátrios.

O então Presidente do CNJ, o Ministro Luiz Fux, ao motivar o ato de criação do Grupo de Trabalho, destacou ser a individualização da pena uma garantia constitucional insculpida no art. 5º, inciso XLVI, a qual é pautada pelos parâmetros e etapas disciplinados nos arts. 59 e 68 do Código Penal, além de outros elencados em leis especiais.

Foi mencionada, ainda, a importância da jurisprudência no delineamento da matéria, com alusão ao dever dos tribunais de uniformizá-la e conservá-la estável, íntegra e coerente, como preconiza o art. 926 do Código de Processo Civil.

Ademais, foi ressaltado que a disparidade de penas – aplicadas pelo mesmo delito e em circunstâncias idênticas –, somente em razão da “adoção injustificada de critérios distintos”, pode “vilipendiar o direito fundamental de igualdade substancial”.

Ao final, foi considerado que a recomendação de padronização da metodologia e dos critérios dosimétricos contribuem para a segurança jurídica e para a realização dos valores constitucionais.

De fato, todas as premissas estabelecidas pelo CNJ para a criação do Grupo de Trabalho dão a dimensão das questões que envolvem a individualização da pena e preocupam a comunidade jurídica.

A tarefa da qual o Grupo de Trabalho se debruçou foi realizada por uma plêiade de magistrados, com a apresentação de percuciente relatório, a seguir analisado. O exitoso trabalho, que contou com primorosa coordenação de proeminentes ministros do Superior Tribunal da Justiça, examinou de forma minudente os precedentes e a jurisprudência das Cortes Superiores, além de realizar uma série de debates com juristas brasileiros de escol, e insígnies professores e magistrados estrangeiros.¹⁵²

¹⁵² CNJ. Relatório GT: dosimetria da pena. Brasília: CNJ, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v6.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2023. 136 p.

Esse trabalho pioneiro se revela como um importante passo para o fortalecimento das políticas públicas criminais e a orientação de medidas de combate à delinquência, além, é claro, de fomentar a reflexão e estimular a aplicação dos critérios definidos pelos Tribunais Superiores.

3.3.1 Relatório do Grupo de Trabalho do CNJ

Em dezembro de 2022, foi entregue o relatório conclusivo do referido Grupo de Trabalho, cujos resultados foram depurados com a análise de formulários eletrônicos (com 12 perguntas acerca da dosimetria da pena) respondidos por 1.732 magistrados dentre os 6.115 que atuam em varas com competência criminal (exclusiva ou cumulada), ou seja, 28,3% de respondentes do total, sendo destes 85,9% de magistrados estaduais e os demais juízes federais.¹⁵³

O primeiro questionamento feito aos magistrados respondentes foi em relação à *forma* de cálculo da pena-base, mais especificamente, com que frequência utilizam *frações* para valorar cada uma das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (culpabilidade; antecedentes criminais; conduta social; personalidade do agente; motivos; circunstâncias do crime; consequências; e comportamento da vítima).

Conforme apurado na pesquisa, a absoluta maioria dos magistrados utiliza *frações* para valorar cada uma das circunstâncias judiciais: 56% afirma sempre fazê-lo e 25%, frequentemente, totalizando 81% dos respondentes.

Dos que responderam *nunca* usar *frações* para avaliar as circunstâncias judiciais (12,4%), grande parte se valeu da ausência de previsão expressa de um critério matemático, para justificar uma “total discricionariedade” nessa tarefa.¹⁵⁴

A indagação seguinte foi justamente sobre o *quantum* da fração empregada. Pouco mais da metade (50,3%) utiliza 1/8 e quase a terça parte (28,2%) dos respondentes usa 1/6. Uma minoria (16,5%), mas significativa, respondeu não usar nenhuma fração como referência.¹⁵⁵

¹⁵³ CNJ. Relatório GT: dosimetria da pena. Brasília: CNJ, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v6.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2023. p. 10.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 16.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 16-17.

A *frequência* com que essas frações são utilizadas também foi objeto de questionamento. O grupo que faz uso da fração 1/8 é aquele que, em maior porcentagem (45,3%), afirmou sempre aplicar essa mesma fração.¹⁵⁶

Na sequência, os magistrados foram questionados sobre *qual patamar* entendiam que a fração deve recair. Aqui, dividiram-se praticamente em dois grandes grupos: 50,7% fazem incidir a fração sobre a *pena mínima* cominada; e 44,6% sobre o *intervalo entra a pena mínima e máxima* cominadas em abstrato. Apenas 3,7% entendem que deve incidir sobre o intervalo entre a pena mínima cominada e o termo médio.¹⁵⁷

A pesquisa também estabeleceu uma correlação entre a fração utilizada e a base de sua incidência. Foi apurado que os aqueles que adotam a fração de 1/8 a fazem incidir, frequentemente, sobre o intervalo entre a pena mínima e a máxima cominada. Já os que utilizam a fração de 1/6, usualmente, a fazem incidir sobre a pena mínima cominada.¹⁵⁸

Outra pergunta importante foi se discriminavam o aumento *para cada circunstância judicial negativada* ou se indicavam as circunstâncias judiciais negativadas e fixavam *um só aumento* ao final da primeira fase da dosimetria. Novamente, os juízes respondentes se dividiram: 53,2% apenas fixam um único aumento ao final da primeira fase, sem discriminar o montante por circunstância judicial; e 46,8% indicam o aumento implementado para cada vetor negativado.¹⁵⁹

O relatório ainda analisou, uma a uma, as oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, cotejando-as com precedentes e jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, a fim de indicar o conteúdo válido para cada fator, bem como ilustrar, casuisticamente, as hipóteses de sua incidência, em consonância com a interpretação que esses Tribunais têm dado.¹⁶⁰

Ao final, além de consignar a importância do permanente estudo e pesquisa da temática, com a recomendação de realização anual de cursos de aprimoramento de magistrados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM e pelas Escolas da Magistratura locais sobre dosimetria da pena, fomentou a instituição de grupos de trabalho nos tribunais, sugerindo “permanente esforço de

¹⁵⁶ Ibidem, p. 17.

¹⁵⁷ Ibidem, p. 19.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 21-22.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 22-23.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 43-126.

compilação dos precedentes e da jurisprudência envolvendo as circunstâncias judiciais e sua valoração.”¹⁶¹ Professores e especialistas de renome também foram ouvidos, prestando valorosa contribuição para o diagnóstico dos problemas e a direção dos avanços no processo dosimétrico.

Enfatizou o relatório que o esforço é salutar, não só para produção de material que possa auxiliar os magistrados no exercício da jurisdição criminal, apto a servir de consulta e orientação para elaboração de sentenças e votos, mas também para identificar pontos controvertidos e induzir sua pacificação, contribuindo para uma maior segurança jurídica.

Ressaltou, ainda, ser imperiosa a interlocução com o Congresso Nacional, a fim de aperfeiçoar os diplomas legais que tratam da dosimetria da pena.

Por fim, aludiu à necessidade de maior estudo sobre a dosimetria da pena de multa e possível revisão das balizas estabelecidas.

Esse oportuno estudo promovido pelo CNJ deixou em evidência alguns fatores – que serão explorados mais adiante – potencialmente geradores de dificuldades para o trabalho de individualização da pena feito por juízes e tribunais, em especial, a vagueza, imprecisão ou ausência de normas de regência.

A indeterminação legislativa, associada à inobservância de parâmetros estabelecidos pelas Cortes Superiores, desagua em larga margem de subjetividade do magistrado, abrindo caminho para resultados díspares e imprevisíveis, justamente o que se pretende evitar.

3.4 Nota técnica n. 10/2023 do TJDF

Após a divulgação do relatório do Grupo de Trabalho do CNJ, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, por meio do Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal – CIJDF, publicou a Nota Técnica n. 10/2023,¹⁶² de cunho informativo e colaborativo, para apresentar estudo cujo objeto foi a dosimetria da pena, mais precisamente os critérios (ou ausência deles) para fixação da pena-base.

A iniciativa da pesquisa partiu de relatos de magistrados da área criminal acerca da *falta de uniformidade* sobre o tema, bem como da percepção de *alta taxa de reversibilidade* de suas decisões pelas Turmas Criminais do TJDF.

¹⁶¹ Ibidem, p. 127-132.

¹⁶² TJDF. Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal. Nota Técnica CIJDF n. 10/2023. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/notas-tecnicas/nota-tecnica-10-criterios-de-fixacao-da-pena-base-publicada-9-5-23.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2023.

A hipótese levantada foi a de que a *elevada probabilidade de reversão* dos julgados sobre a matéria fosse um dos fatores da *alta taxa de recorribilidade* das sentenças condenatórias com penas-base fixadas acima do mínimo legal.

A princípio, o estudo constatou a verossimilhança das hipóteses levantadas, na medida em que 43% das apelações criminais, em que o apelado era o Ministério Público, foram providas, índice de reversibilidade elevado. Esse indicador, a propósito, é normalmente utilizado pelo CIJDF para a análise do perfil de litigância e da eficiência da gestão judiciária. A Nota Técnica produzida, contudo, explora o dado sob outro enfoque.

A reforçar a mesma linha de raciocínio, foi considerada uma pesquisa feita em 2022 pela juíza Luciana Yuki F. Sorrentino nos três Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Brasília, a qual apurou que 30,87% do total de recursos interpostos pela defesa foram providos, sendo que, destes, 66% tratavam da dosimetria da pena.¹⁶³

O trabalho de investigação empírica promovido pelo TJDF, portanto, dirigiu o seu foco sobre os critérios de fixação da pena-base e questões subjacentes na primeira fase da dosimetria, na linha da recomendação feita pelo relatório do Grupo de Trabalho do CNJ.

Para tanto, fez um levantamento dos entendimentos exarados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e na sua própria, e apresentou os resultados da pesquisa realizada nos acórdãos das suas Turmas Criminais sobre os critérios matemáticos de fixação da pena-base. Com isso, se propôs a instigar reflexões e indicar diretrizes para auxiliar os magistrados na prolação de suas decisões e, assim, contribuir para maior segurança jurídica.

Ao incursionar no exame dos parâmetros quantitativos de fixação da pena-base, a Nota Técnica aludiu ao fato de os Tribunais Superiores terem sedimentado basicamente dois critérios aritméticos de aumento por circunstância judicial valorada desfavoravelmente, referindo-se às frações de $\frac{1}{6}$ e $\frac{1}{8}$, aplicadas, frequente e respectivamente, sobre a pena mínima cominada em abstrato e sobre a diferença entre as penas máxima e mínima cominadas ao tipo penal. Foi constatado que, assim como apurado no relatório do CNJ, também no âmbito do TJDF predomina a utilização desses dois critérios.

¹⁶³ Ibidem, p. 3.

A partir de dados sobre a quantidade de presos por tipo penal no período de janeiro a junho de 2022, extraídos do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, foi examinada a repercussão de um ou outro critério (1/6 ou 1/8) aplicado aos três grupos de crimes responsáveis pelos maiores índices de encarceramento no Distrito Federal. São eles: crimes contra o patrimônio (49,49% dos presos); crimes da Lei Antidrogas (19,46%); e crimes contra pessoa (15,92%). Somados, totalizam 84,87% do universo de encarcerados, os quais refletem, em boa medida, as grandes demandas processuais no TJDF. ¹⁶⁴

A primeira constatação que chama a atenção nesse recorte é a de que a utilização do critério de 1/8 para o *aumento por circunstância judicial desfavorável* é, em geral, maior do que o resultante do critério de 1/6.

Isso porque, embora a fração de 1/8 seja menor, ela frequentemente é aplicada, como mencionado, sobre a *diferença entre as penas mínima e máxima* cominadas. Assim, quanto maior for o intervalo, maior é o aumento, e vice-versa. Já a fração de 1/6 incide costuma incidir sobre a *pena mínima* cominada, por isso, com esse critério, não faz diferença a pena máxima prevista para o tipo penal. ¹⁶⁵

No primeiro grupo, o aumento por circunstância judicial desfavorável nos crimes contra o patrimônio apresentou uma diferença de resultado entre 1 mês (no roubo circunstanciado, roubo simples e extorsão) a 2 anos e 1 mês (no crime de latrocínio).

No segundo grupo, o aumento por circunstância judicial desfavorável nos crimes da Lei n. 11.343/2006 teve uma diferença de resultado entre 4 meses e 15 dias (na associação para o tráfico – art. 35) e 5 meses (no tráfico – art. 33).

No terceiro grupo, o aumento por circunstância judicial desfavorável nos crimes contra a pessoa variou entre 1 mês (no sequestro e cárcere privado) e 9 meses (no homicídio simples).

O trabalho produzido pelo TJDF, com propriedade, destaca a importância de serem observados os entendimentos das Cortes Superiores, sobretudo, do Superior

¹⁶⁴ Ibidem, p. 12-13.

¹⁶⁵ “(...) diante dessa amostra de dezenove tipos penais, nos quais incidiram mais de 80% das pessoas que se encontravam presas no Distrito Federal, segundo relatório Infopen de junho de 2022, apenas no latrocínio o aumento por circunstância judicial desfavorável decorrente da utilização do critério de 1/6 é superior ao do critério de 1/8. Em números absolutos, de 21.653 crimes tentados/consumados verificados no relatório, foram identificados 241 latrocínios, que representam 1,1%. Essa amostragem confirma o que na prática é frequentemente experienciado, ou seja, em virtude dos parâmetros utilizados conjuntamente com as frações 1/6 e 1/8, os aumentos decorrentes desta última tendem a ser mais elevados (BRASIL, Sisdepen 12º Ciclo Infopen – Distrito Federal, 2022, p.13/14).” Ibidem, p. 14.

Tribunal de Justiça – em razão de ser o responsável por uniformizar a interpretação da lei federal no Brasil –, pela função norteadora das instâncias ordinárias.

Nessa senda, quanto aos critérios de fixação da pena-base, a pesquisa enfatiza que o Superior Tribunal de Justiça, reafirmando a discricionariedade vinculada do juiz e o princípio da proporcionalidade, tem decidido em julgamentos mais recentes que (i) o aumento da pena-base, por circunstância judicial desfavorável, pode ser implementando tanto com a utilização da fração de 1/8 incidente sobre o intervalo entre o mínimo e o máximo da pena em abstrato, quanto 1/6 sobre a pena mínima em abstrato; (ii) inexistente critério matemático obrigatório, desde que seja declinada fundamentação idônea e concreta; (iii) o réu não possui direito subjetivo à adoção de alguma fração específica de exasperação para cada circunstância judicial desfavorável.¹⁶⁶

A Nota Técnica observa que, não obstante a evolução de entendimento, a existência de decisões do STJ, datadas de 2021 e dos anos anteriores, indicando como parâmetro para a majoração da pena-base a fração de 1/6 sobre a pena mínima, tem motivado advogados de defesa a pleitearem sua aplicação, tanto em alegações finais, quanto em razões recursais.¹⁶⁷

A propósito, foi feita alusão ao julgamento, em 2021, dos Embargos Infringentes e de Nulidade n. 02172760820118070001 pela Câmara Criminal do TJDF, que se pronunciou, por maioria, no sentido de que prevalece naquele Tribunal o critério de 1/8 da diferença entre a pena máxima e mínima cominada ao tipo penal.

Naquela oportunidade, os desembargadores manifestaram a necessidade de “amadurecimento” da discussão e externaram preocupação “quanto aos reflexos que, ora decisões em um sentido, ora decisões em outro, poderiam provocar no primeiro grau de jurisdição.”¹⁶⁸

Esse cenário justificou a realização de uma pesquisa empírica em acórdãos das Turmas Criminais, Turmas Recursais e Câmara Criminal, publicados entre

¹⁶⁶ Ibidem, p. 15-17.

¹⁶⁷ “Desse modo, neste Tribunal de Justiça a problemática acerca da fração de aumento para cada circunstância judicial negativa passou a ser tema recorrente gerando divergências de entendimentos quanto ao critério mais adequado para a fixação da pena-base. (...) O entendimento anterior do STJ contribuiu para que, neste TJDF, o tema da fração de fixação da pena-base em decorrência da avaliação negativa das circunstâncias judiciais não seja uníssono entre as turmas e inclusive na própria Câmara Criminal.” Ibidem, p. 18-19.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 20.

01/01/2021 e 30/06/2022, para identificar o entendimento predominante na jurisprudência do TJDF, em relação aos critérios de fixação da pena-base.

O resultado do estudo confirmou a tendência mostrada na pesquisa feita com os principais grupos de crimes entre os encarcerados no Distrito Federal de que o critério de 1/8 sobre o intervalo das penas mínima e máxima em abstrato normalmente resulta em aumentos mais altos do que com a utilização do critério de 1/6 sobre a pena mínima.

A análise feita em 922 acórdãos, de onde se extraiu 957 registros de utilização de diferentes critérios (no caso de multiplicidade de réus e crimes, com circunstâncias diferenciadas, no mesmo processo), identificou 321 registros (33,5%) que se referem a redução de pena para aplicação do critério de 1/6 (grande parte dos recursos eram exclusivos da defesa, em busca de critério mais benéfico ao réu); 186 registros (19,4%) em que foi mantido o critério de 1/8 fixado na sentença; e 181 registros (18,9%) em que a pena-base foi mantida em patamar inferior ao critério de 1/8.¹⁶⁹

Sobre esse último percentual, anotou-se a frequente ressalva de entendimento dos desembargadores quanto à adoção do critério de 1/8, contudo, por se tratar de recurso exclusivo da defesa, foi mantido o patamar de aumento inferior determinado na sentença. Nessa perspectiva, o critério de 1/8 é predominante, não obstante a nítida polarização de entendimentos sufragados nos julgamentos sobre a matéria pelo TJDF.¹⁷⁰

A análise da amostra revelou interessante dado: a maior parte (56%) dos acórdãos que se valeram do critério de 1/8 *manteve* as penas-base fixadas no primeiro grau; a maioria (87%) dos acórdãos que adotaram do critério de 1/6, ao revés, *reformou* as decisões de primeiro grau para reduzir as penas-base.¹⁷¹

Mereceu ainda destaque a constatação de que, tanto na análise do critério de 1/6 quanto do de 1/8, são significativamente menores os percentuais de recursos para *aumentar* a pena-base (respectivamente, 4% e 13%), o que evidencia amplo predomínio de recursos da defesa em comparação com os da acusação.¹⁷²

Outro aspecto relevante levantado pela pesquisa diz respeito aos registros que adotaram critério *diverso* de 1/6 e de 1/8, para a *manutenção* da pena-base fixada na

¹⁶⁹ Ibidem, p. 25-26.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 26.

¹⁷¹ Ibidem, p. 26-27.

¹⁷² Ibidem, p. 27-28.

sentença: 71% o fizeram com critério *inferior* a 1/8; 11% com critério *superior* a 1/8; e 11% com critério *inferior* a 1/6.¹⁷³

Dentre os registros analisados, verificou-se que 48% mantiveram a pena-base fixada pelo juiz de primeiro grau, 46% reduziram a pena-base e 6% aumentaram a pena-base, o que indica uma *taxa de reversibilidade* de 52%, ou seja, mais da metade dos recursos foram providos para reformar as penas fixadas em primeiro grau.¹⁷⁴

Por um lado, a partir da análise da taxa de manutenção, constatou-se que 40,8% das sentenças que aplicaram o critério de 1/8 para fixação da pena-base foram mantidas em segundo grau, maior índice de confirmação. Por outro lado, pela taxa de reversibilidade, apurou-se que, considerando os acórdãos em que houve redução de pena (46%), as maiores ocorrências no índice de reforma foram para aplicação do critério de 1/6: 72,6%.¹⁷⁵

Em conclusão, a Nota Técnica destacou a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há critério matemático absoluto a determinar o quantitativo de aumento a ser implementado na pena base – sendo válido o critério de 1/8 sobre o intervalo entre o mínimo e o máximo da pena em abstrato, o critério de 1/6 sobre a pena mínima, ou ainda a adoção de outro critério que não utilize uma fórmula aritmética exata. Em qualquer caso, é imprescindível que o juiz decline a fundamentação concreta e idônea.

Aduziu que, no entanto, a adoção, de forma absoluta, de um ou outro critério pode gerar “decisões díspares em casos similares ou decisões similares em casos díspares”, situação que produz “insegurança jurídica na tutela de um direito extremamente sensível que é a liberdade.”¹⁷⁶

Apontou a divergência de entendimentos entre a Câmara, Primeira e Terceira Turmas Criminais, as quais, prioritariamente, aplicam o critério de 1/8 sobre o intervalo da pena mínima (predominante), enquanto a Segunda Turma Criminal, majoritariamente, adota o de 1/6 da pena mínima em abstrato.¹⁷⁷

Ao final, em busca de uniformidade e, por conseguinte, segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais, sugeriu a adoção prioritária do critério de 1/8

¹⁷³ Ibidem, p. 28.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 28-29.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 29-30.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 31.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 31.

sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima em abstrato para valoração de cada uma das circunstâncias judiciais, “resguardadas a discricionariedade dos magistrados e a excepcionalidade de casos peculiares”.¹⁷⁸

Outrossim, além indicar a sua ampla divulgação, a Nota Técnica sugeriu (i) a formação de grupo de trabalho no âmbito do TJDF, para acompanhamento dos precedentes e jurisprudência envolvendo circunstâncias judiciais e sua valoração, consoante recomendação do relatório do Grupo de Trabalho do CNJ; e (ii) o encaminhamento do resultado da pesquisa ao Comitê do PJe, para a verificação da viabilidade de criação de complementos para o andamento processual, sentença/procedência/parcial procedência, “a fim de que se proceda ao levantamento dos critérios utilizados para fixação da dosimetria da pena”, sugerindo-se a inclusão das informações acerca da “quantidade de pena aplicada” e o “critério para fixação da pena-base” (1/8 sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima; 1/6 sobre a pena mínima; e outro).¹⁷⁹

Percebe-se que o TJDF se esmerou em rapidamente atender à recomendação feita pelo CNJ de desenvolver estudos e pesquisa acerca da dosimetria da pena, bem como de envidar esforços de compilação dos precedentes e da jurisprudência sobre as circunstâncias judiciais e sua valoração.

Sem sombra de dúvidas, o estudo desenvolvido pelo TJDF – realizado com o levantamento de dados coletados em pesquisa empírica – põe em evidência pontos críticos enfrentados pelos magistrados distritais na escolha dos critérios para fixação da pena-base, bem como as consequências práticas da adoção de uma ou outra diretriz titubeante, informações de extrema importância para subsidiar reflexões e novos estudos em busca de soluções para os problemas encontrados.

3.5 Circunstâncias judiciais

O ponto de partida para a fixação da quantidade de pena aplicável ao réu condenado se perfaz com o exame das chamadas *circunstâncias judiciais*, elencadas no art. 59 do Código Penal: culpabilidade; antecedentes criminais; conduta social; personalidade do agente; motivos; circunstâncias do crime; consequências; e comportamento da vítima.

A primeira etapa, para fixação da pena-base – sobre a qual incidirá eventuais aumentos ou diminuições na consideração de agravantes e atenuantes na fase

¹⁷⁸ Ibidem, p. 32.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 32-33.

seguinte –, é onde reside a maior parte das incertezas, em razão da ausência ou insuficiência de critérios determinados, com efeitos decisivos no processo dosimétrico.¹⁸⁰

Não é por outra razão que o Grupo de Trabalho do CNJ, acima referido, concentrou seus esforços justamente nas circunstâncias judiciais, campo fértil para dúvidas e dissensos.

Para prestigiar uma abordagem pragmática – mas cotejada com aspectos dogmáticos –, importa trazer à tona alguns percalços que todo e qualquer magistrado brasileiro enfrenta no processo dosimétrico, para, em seguida, analisá-lo sob o prisma dos resultados das pesquisas realizadas.

O percurso metodológico para a análise de cada circunstância judicial começa com a delimitação do conteúdo, depois pela definição da prova idônea, passando pela sua valoração e, por fim, a determinação da quantidade de aumento.¹⁸¹

3.5.1 Conceito

De início, surge uma dificuldade, que é exatamente saber o *conceito* de cada uma das circunstâncias judiciais, para a sua correta aferição. Dar significado, atribuir conteúdo aos oito fatores circunstanciais relacionados ao delinquente (circunstâncias subjetivas) e ao fato criminoso (circunstâncias objetivas)¹⁸² não é tarefa das mais

¹⁸⁰ “Como é que se desenvolve e se materializa o procedimento destinado à individualização da pena-base? De que variáveis o juiz se utilizará para poder *concretizar o ideal de pena-base necessária e suficiente* à reprovação e prevenção do crime, como dimana dos artigos 68 e 59 do Código Penal? Enfim, quais os caminhos a percorrer, quais as regras e princípios a respeitar, sabendo-se que o juiz detém certa *margem de escolha* e que tem o dever de se explicar perante o seu auditório, isto é, que precisará externar a ele os *motivos* para as suas escolhas?”

Tais indagações são relevantíssimas porque, como bem advertem Zaffaroni & Pierangeli, uma abordagem incompleta ou superficial em torno do tema, haja vista os reflexos posteriores de uma imperfeita medição da pena-base, pode conduzir o aplicador da lei ao terreno onde vicejam abusos, já que as ‘margens penais’ possibilitam acentuada amplitude e podem eventualmente converter o arbítrio judicial em arbitrariedade.” BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 156.

¹⁸¹ O professor Salo de Carvalho apresenta o seguinte roteiro, didaticamente enumerado, que vamos seguir em parte: “(...) a técnica dogmática que permitirá a análise das circunstâncias será composta das seguintes etapas: (1º) delimitação do conteúdo da circunstância (atribuição de sentido dogmaticamente aceitável); (2º) definição do tipo de informação processual válida (prova idônea); (3ª) valoração positiva ou negativa de cada circunstância; (4ª) determinação de quantidade de aumento e de diminuição atribuível a cada circunstância; e (5º) estabelecimento dos critérios de preponderância entre as circunstâncias favoráveis e desfavoráveis.” CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 378-379.

¹⁸² “As circunstâncias judiciais classificam-se em *subjetivas* e *objetivas*.

Integram o primeiro grupo a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos, pois dizem com as qualidades do *sujeito ativo* e às razões que o levaram ao crime.

Integram o segundo grupo, as circunstâncias propriamente ditas do fato típico, as consequências dele decorrentes e o comportamento da vítima no momento da prática infracional.” BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 157.

singelas, na medida em que se cuida de norma aberta, sujeita, portanto, a intempéries interpretativas dos operadores do direito e da academia.

A intuição sugere que as circunstâncias judiciais que demandam o exame de *aspectos intrínsecos ao delinquente* abrem maior margem de subjetivismo e as relacionadas ao *fato delituoso*, menor. A prática, de certa forma, endossa essa ideia, mas também apresenta situações que a refutam.

A despeito da classificação doutrinária, ao contrário do que possa parecer, não é a distinção estabelecida entre circunstância “objetiva” ou “subjetiva” que vai determinar maior ou menor facilidade de sua aferição.¹⁸³

Com efeito, quando se trata de conceitos com *contornos* objetivos (independentemente se se referem ao autor, ao fato delituoso ou ao comportamento da vítima), a verificação é facilitada, a exemplo dos *antecedentes* (circunstância subjetiva). Segundo os parâmetros estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça – sobejamente descritos no relatório do Grupo de Trabalho do CNJ¹⁸⁴ –, a aferição dos antecedentes se perfaz com a análise dos registros criminais pregressos, que não forem utilizados como reincidência, elemento descritível que oferece pouquíssimo grau de complexidade.

Não obstante o caráter objetivo da análise dos antecedentes, certamente ela não está imune a controvérsias. É claro que várias questões suscitam (ou suscitaram) dúvidas sobre a caracterização dos antecedentes, *v.g.*: inquéritos e ações penais em andamento; atos infracionais; condenação por crimes anteriores transitada em julgado no curso da respectiva ação penal; condenação transitada em julgado, mas com extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória; etc.

Todas essas questões exemplificativas, a propósito, foram oportunamente examinadas e decididas pelas Cortes Superiores, tornando o trabalho de aplicação da

¹⁸³ “O problema, portanto, não é o da *natureza (jurídica)* da circunstância. O simples fato de uma circunstância ser relativa ao fato não garante que tenha um maior nível descritivo e, conseqüentemente, apresente maiores garantias contra o arbítrio e o decisionismo judicial. A questão a ser trabalhada pelos atores jurídicos é a de como identificar o nível de porosidade e estabelecer, por meio de interpretação conforme a Constituição, limites de tolerabilidade (razoabilidade interpretativa). Os limites de tolerabilidade implicam (a) definir o que é aceitável (razoável) como critério de valoração da circunstância e (b) indicar quais os elementos idôneos para sua demonstração (prova processual). A tarefa é, pois, reduzir ao máximo os horizontes de interpretação, o que significa reduzir o arbítrio judicial (decisionismo).” CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 365-366.

¹⁸⁴ CNJ. Relatório GT: dosimetria da pena. Brasília: CNJ, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v6.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2023. p. 56-71.

norma bastante facilitado para juízes e tribunais pátrios, desde que observadas as diretrizes estabelecidas.¹⁸⁵

Por sua vez, a análise das *consequências do crime* (circunstância objetiva), com frequência, suscita dúvidas, porque depende da valoração de variados fatos da vida, os quais não estão previamente metrificados.

Ademais, os fatos que decorrem do crime, passíveis de serem negativados para recrudescimento da pena-base, devem extrapolar o que se pode considerar ínsito ao resultado típico. Caso contrário, estar-se-ia valorando duas vezes o mesmo elemento, incorrendo em inequívoca ofensa ao princípio da proibição de dupla incriminação (*ne bis in idem*) na operação de quantificação da sanção penal.

Nesse ponto, vale repisar, é fundamental o papel desempenhado pelo Superior Tribunal de Justiça, que precisa ser o farol a orientar juízes e tribunais na avaliação do que se pode considerar como *conteúdo válido* para caracterizar determinada circunstância judicial, estabelecendo balizas a serem observadas.

Ultrapassa os objetivos traçados para este trabalho esmiuçar o significado e os limites de incidência de cada uma das circunstâncias judiciais, tarefa da qual, aliás, se desincumbiu, com elogiável resultado, o relatório do Grupo de Trabalho do CNJ, que produziu um primoroso roteiro de compreensão dos vetores a serem valorados para fixação da pena-base.¹⁸⁶

Sem embargo, convém apresentar algumas considerações acerca dos limites conceituais prevalentes, firmados na esteira do entendimento das Cortes Superiores, os quais, ocasionalmente, oferecem áreas de sobreposição, exigindo especial atenção do aplicador do Direito.

A princípio, a *culpabilidade* se mostra como uma relevantíssima circunstância a ser considerada para a particularização da pena a ser imposta ao delinquente. Nos termos em que a jurisprudência uníssona das Cortes Superiores a definem, tem-se que diz respeito ao *grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta delituosa* praticada pelo agente.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Ibidem, p. 56-71.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 43-123.

¹⁸⁷ “O conceito de culpabilidade, envolto em intensos debates doutrinários, costuma ser utilizado em três sentidos no Direito Penal pátrio, que aqui sintetizo apenas para compreensão do julgado: a) como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; b) como limite à sanção estatal, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; c) como pressuposto da aplicação da pena ou, para os que adotam a teoria tripartida do delito, como elemento analítico do crime. Para a análise da dosimetria e da aventada violação do art. 59 do CP, interessa-nos a culpabilidade como limite à sanção estatal, circunstância judicial introduzida no art. 59 do CP pela reforma penal de

A pergunta que se segue é saber exatamente *como* aferir esse grau de desvalor da conduta. Sobre isso, as Cortes Superiores já determinaram que a valoração da culpabilidade deve ser extraída a partir de *elementos concretos* dos autos – o que, aliás, se aplica a todas as demais circunstâncias judiciais –, relacionados a *peculiaridades fáticas do delito*, associadas a *condições pessoais do agente*,¹⁸⁸ que *extrapolem* a reprovabilidade ínsita ao tipo penal em análise.¹⁸⁹

Aqui se percebe, com bastante nitidez, o quão aberto é o conceito, dependente de um contraste entre um imensurável número de hipóteses fáticas relacionadas a diferentes formas de se perpetrar um crime e as também incontáveis condições pessoais de cada delinquente.

Ao mesmo tempo em que a culpabilidade expressa um importante vetor de aferição para dosar a pena justa e adequada ao caso sob análise, ela também se apresenta vazia de substância, que deve ser formatada pelo juiz, mas, vale repetir, dentro dos parâmetros estabelecidos pelas Cortes Superiores. É como colorir um desenho cujas bordas já estão previamente riscadas.

A conduta delituosa, por si, *já é reprovável*, senão nem seria capitulada como crime. Então, a dificuldade começa justamente em separar o que é normal à espécie

1984, em substituição ao critério da intensidade do dolo ou do grau de culpa, que permite a mensuração da reprovabilidade que recai sobre o agente, ante o bem jurídico ofendido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 482.345/SP. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em 17 de setembro de 2019. Publicado no DJe de 23 de setembro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201803240277&dt_publicacao=23/09/2019. Acesso em: 24 mai. 2023.

¹⁸⁸ “A culpabilidade, para fins do art. 59 do Código Penal, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu.

Nesse compasso, para a sua adequada valoração devem ser levadas em consideração as especificidades fáticas do delito, bem como as condições pessoais do agente no contexto em que praticado o crime.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 796.034/RJ. Relator: Ministro Messod Azulay Neto. Quinta Turma. Julgado em 24 de abril de 2023. Publicado no DJe de 28 de abril de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300022819&dt_publicacao=28/04/2023. Acesso em: 24 mai. 2023.

¹⁸⁹ “A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censura do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito. No caso, os pacientes extrapolam o razoável, uma vez que na conduta da subtração houve agressividade empregada contra criança de colo, filho da vítima, da qual retiraram a chupeta para apavorar ainda mais a mãe. Trata-se de fator que representa especial reprovabilidade e grande desvalor social.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 613.196/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgado em 14 de setembro de 2021. Publicado no DJe de 20 de setembro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002393551&dt_publicacao=20/09/2021. Acesso em: 24 mai. 2023.

e o que a extrapola. Essa aferição dependerá, em boa medida, da vivência do magistrado, de sua sensibilidade, de modo a declinar uma motivação que encontre ressonância na percepção predominante em determinado tempo e lugar.

Daí outra questão: o Brasil é um país de dimensões continentais, de mais de 5.500 municípios, com populações muito diferentes, culturas regionais distintas.

É bem possível, por exemplo, que um juiz de uma comarca de interior, cuja economia dependa essencialmente da agropecuária, seja “mais sensível” quando julgar o abigeato (§ 6º do art. 155 do Código Penal), do que seu par da comarca da capital, distante da realidade dos ruralistas.

Qual seria a tendência de um juiz que condena um réu por tráfico de drogas, por vender 100 gramas da chamada maconha, em uma pequena e pacata cidade, sem registro frequente de tráfico? E o Juiz da comarca fronteiriça com a Bolívia ou Paraguai, onde são apreendidas regularmente toneladas de drogas, teria o mesmo sentimento num caso de tráfico parecido?

Essas singelas provocações são apenas para ilustrar o quanto a tarefa de dar peso à culpabilidade do agente depende de uma série de fatores, os quais podem variar significativamente de um lugar para outro.

As instâncias ordinárias, soberanas na análise de fatos e provas, por estarem mais próximas da realidade que os cerca, devem ter sempre a preocupação de consignar em suas decisões, de modo expresso, todas as *peculiaridades fáticas do delito*, associadas às *condições pessoais do agente*, aptas a mensurar o maior grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta, elementos sem os quais eventual aumento da pena-base cai no vazio do arbítrio.

O papel de juízes de primeiro grau e tribunais de segunda instância é, portanto, o de preencher substancialmente a culpabilidade (e as demais circunstâncias judiciais), dentro das balizas estabelecidas pelos Tribunais Superiores, com elementos concretos e aptos a justificar maior censurabilidade da conduta.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, ao exercer a sua atividade jurisdicional, caso a caso, atribui a esses limites um contorno cada vez mais robusto, convalidando (ou não) situações fáticas para considerá-las idôneas.

O levantamento feito pelo CNJ listou, em rol exemplificativo, estas hipóteses tidas como justificadoras do maior grau de reprovabilidade da conduta delituosa e, portanto, maior desvalor da culpabilidade: premeditação no estelionato, posição hierárquica em organização criminosa, *modus operandi* no homicídio, violência

exacerbada no homicídio, emprego de arma branca no roubo, qualidade funcional do agente na concussão, idade da vítima no estupro de vulnerável, mau uso do conhecimento técnico de advogado para o crime de estelionato, violência contra vítima acompanhada do filho menor, etc.¹⁹⁰

Assim, as diretrizes fluidas adquirem maior consistência, tornando-se mais densas, com a reafirmação das balizas dentro das quais o conceito de culpabilidade deve estar adstrito, a fim de legitimar o recrudescimento da pena-base em razão da culpabilidade.

Se não bastasse a natural dificuldade de se avaliar a conduta delituosa do agente para sopesar a culpabilidade, há outra circunstância judicial que ostenta certa aproximação conceitual, potencializando as dificuldades, qual seja, a *personalidade*.

A jurisprudência das Cortes Superiores converge para identificar a *personalidade* como sendo uma expressão psicológica comportamental derivada do temperamento e do caráter externado, cuja aferição prescinde de laudo técnico-pericial de um especialista.¹⁹¹

Portanto, é o juiz quem terá a incumbência de – a partir de elementos concretos dos autos – dizer sobre o desvalor da personalidade do réu condenado, em análise leiga e rasa, com base em escassas informações, sobre um aspecto extremamente complexo da natureza humana.¹⁹²

¹⁹⁰ Ibidem, p. 44-55.

¹⁹¹ “A negatização da personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatórios dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia (HC n. 443.678/PE, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 21/3/2019, DJe 26/3/2019).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 2.096.050/SE. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 4 de outubro de 2022. Publicado no DJe de 10 de outubro de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200901554&dt_publicacao=10/10/2022. Acesso em: 24 mai. 2023.

¹⁹² “A personalidade, todavia, é mais complexa do que essas simples manifestações de caráter ou de temperamento, não sendo fácil determinar-lhe o conteúdo, também porque aqueles que se dispõem a realizá-lo tendem a racionar com base nos próprios atributos da personalidade, que elegem, não raro, como paradigmas. (...)”

Duvida-se, pois, da própria possibilidade de conhecimento da personalidade, porque, afora a inexistência de um *padrão* para comparações, se reconhece que ela é dinâmica, nasce e se constrói, permanentemente, com o indivíduo, sempre à mercê dos estímulos e dos traumas de toda ordem.

Como poderia então um juiz anunciar a personalidade do réu com base nos escassos elementos informativos que os autos de um processo fornecem aos operadores do direito penal? (...)

Mas, mesmo eu todas essas dificuldades pudessem ser superadas, e os peritos das áreas da psicologia ou da psiquiatria ou mesmo o juiz sem o concurso destes pudessem conhecer a personalidade do acusado para apontar, com um mínimo de segurança, a existência de determinado transtorno (suponhamos, o de personalidade antissocial, que afeta 75% da população carcerária norte-americana, segundo pesquisas realizadas por Kaplan e Sadock), ainda assim precisaríamos contornar

O relatório do CNJ, reafirmando lições doutrinárias e jurisprudenciais¹⁹³ que buscam indicar características da personalidade, elenca, em rol exemplificativo, fatores positivos a serem considerados: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade. Apontam como fatores negativos da personalidade: maldade, agressividade, impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo.

Positivos ou negativos, todos esses são fatores que, para uma análise judicial leiga, dependem da demonstração – dentro da instrução criminal, garantida a ampla defesa e o contraditório – de um ou mais comportamentos exteriorizados pelo agente, capazes de justificar, minimamente, a conclusão sobre sua personalidade.

Salvo hipóteses (incomuns) em que se consegue trazer aos autos fatos pretéritos, estranhos ao crime, relacionados ao modo de ser do réu, aptos a indicarem o desvalor da personalidade – o que já suscita questionamentos, porque, nesse caso, estar-se-ia aumentando a pena pelo o que ele é (ou foi), não pelo o que ele fez, pelo fato criminoso –, tem-se recorrido ao *modo de agir do agente no crime* para inferir os indicadores negativos da personalidade.

Em outras palavras, é comum que a aferição do desvalor da *personalidade* seja extraída da *conduta delituosa* externada pelo agente, fator que, entretanto, como acima mencionado, também serve de subsídio para a análise da *culpabilidade*, que deve expressar o grau de reprovabilidade ou censurabilidade justamente da *conduta delituosa* praticada pelo agente.

outra dificuldade, qual seja, a de encontrar uma justificativa filosófica para a maior punição ao indivíduo não pelo que ele possa ter feito, e sim, pelo seu modo de ser, pelo que é. (...)

Em última análise, com é que se justificaria a invasão discricionária pelo Estado-penal na esfera de interioridade da pessoa?

Ora, os indivíduos devem ser punidos pelos *atos ilegais que praticarem*, e não pelo que eles *são* ou *pensam que são*, para não termos que renegar a evolução do direito penal e retornarmos ao medievo, cujos tribunais os executavam porque *pensavam*, e não porque havia *feito algo*. (...)

É complexa a questão. Muito complexa. Por isso, seria mais recomendável que, no momento da valoração das circunstâncias judiciais, o juiz se declarasse, simplesmente, sem condições de emitir juízo crítico sobre a personalidade do acusado.” BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 168-172.

¹⁹³ CNJ. Relatório GT: dosimetria da pena. Brasília: CNJ, 2022. E-book. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v6.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2023. p. 80-88.

Nessa mesma senda, encontram-se fatores que, eventualmente, tanto podem servir para negatar a *culpabilidade* como a *personalidade*, situação que deve inspirar atenção do juiz na fixação da pena-base, para evitar o *bis in idem*.

Embora haja uma área de intersecção no foco empírico, são conceitos que a doutrina e jurisprudência diferenciam. Podem, contudo, facilmente causar confusão. Isso porque tanto a valoração da culpabilidade quanto a da personalidade podem ser justificadas a partir da *conduta delituosa* do agente.

E, se não bastasse, a intersecção ainda tem mais uma sombra: as *circunstâncias do crime*, como circunstância judicial, estão relacionadas a fatores circundantes ao crime, desde que não integrantes do tipo penal, suas qualificadoras, agravantes ou causas de aumento.

Também a aferição das *circunstâncias do crime* pressupõe um olhar para a mesma cena em que o agente foi o ator principal, o que pode levar o observador a identificar os mesmos elementos extraídos do mesmo substrato fático que serve para adjetivar a culpabilidade e personalidade.

A compilação da pesquisa de jurisprudência das Cortes Superiores e da doutrina apresentada no relatório do CNJ trouxe como exemplos de *circunstâncias do crime* passíveis de serem consideradas para majoração da pena-base, dentre outros: lugar do crime, tempo de sua duração, atitude assumida pelo agente no *iter criminis*, mecânica delitiva empregada, instrumentos e meios utilizados, condições em que se deu a prática delitiva, *modus operandi*, relacionamento existente entre o autor e a vítima, abuso de confiança da vítima, cometimento do crime na frete de familiares, complexidade do engenho criminoso etc).¹⁹⁴

Mais uma vez, há de se distinguir os conceitos de *culpabilidade*, *personalidade* e *circunstância do crime*. Entretanto, repita-se, o mesmo cenário fático – conduta delituosa e aspectos relacionados ao agente – sofre uma tripartição na análise dessas três circunstâncias judiciais, cujas linhas divisórias não são bem certeiras.

De lege ferenda, parece-nos que melhor seria se esses três vetores fossem reunidos sob um só signo, *culpabilidade*, onde seria analisado exatamente o grau de reprovabilidade da conduta delituosa do agente na ação criminosa, associado à sua condição pessoal.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 94-108.

Sem embargo, mesmo diante da sobreposição de significativa parte do substrato fático analisado na *culpabilidade, personalidade e circunstâncias do crime*, é possível a valoração de cada uma delas em separado, desde que observada a proibição de dupla incriminação (*ne bis in idem*) no processo dosimétrico.

E o que dizer da *conduta social*? Mais uma vez o aplicador do Direito se depara com elementos, de regra, estranhos à conduta delituosa, pois se refere à interação do agente com o meio social (família, trabalho, amigos, vizinhos etc).¹⁹⁵

Ademais, a análise dos aspectos comportamentais da conduta social do agente pode se imiscuir em elementos relacionados ao seu temperamento e caráter, o que evidencia certa aproximação de elementos também inerentes à aferição da personalidade.

Há, novamente, uma linha muito tênue separando os conceitos, que precisam ser valorados, repita-se, com cuidado de não repetir o mesmo fato sob rótulos diferentes, falha que compromete a higidez da dosimetria.

Aliás, vale ressaltar importante precedente da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar o Tema repetitivo n. 1077, reafirmou o entendimento prevalente nessa Corte, alinhada com o do Supremo Tribunal Federal, de que não se pode valorar negativamente, na primeira fase da dosimetria, a personalidade e a conduta social com base em condenações criminais anteriores, ainda que transitadas em julgado, na medida em que as condenações definitivas, que não forem utilizadas para caracterizar a reincidência, devem ser sopesadas exclusivamente como (maus) antecedentes.¹⁹⁶

No que diz respeito às *consequências do crime*, parece não haver dúvidas de que se deve levar em consideração, para negativar essa vetorial, apenas os fatos que,

¹⁹⁵ “O conceito de conduta social tem por fim examinar a interação do agente em seu meio, ante familiares, trabalho e no relacionamento com outros indivíduos, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 2.096.050/SE. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 4 de outubro de 2022. Publicado no DJe de 10 de outubro de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200901554&dt_publicacao=10/10/2022. Acesso em: 24 mai. 2023.

¹⁹⁶ Tese fixada: “Condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.794.854/DF. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgado em 23 de junho de 2021. Publicado no DJe de 1º de julho de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900355571&dt_publicacao=01/07/2021. Acesso em: 24 mai. 2023.

mais uma vez, fugirem da normalidade, do que é ínsito ao tipo penal pelo qual o agente já está condenado.

Assim, a jurisprudência do STJ tem reiterado essas diretrizes, trazendo como fatores passíveis de desvalor das consequências, *v.g.*: expressivo prejuízo aos cofres públicos, prejuízo econômico considerável das vítimas em crimes patrimoniais, trauma psicológico significativo, tenra idade da vítima em homicídios, etc.¹⁹⁷

Quanto aos *motivos do crime*, referem-se aos fatores psíquicos do agente que o impulsiona à prática do delito. E, na mesma toada, só podem ser negativados aqueles móveis do comportamento delituoso que extrapolem o que é inerente ao tipo. O móvel da conduta humana, ainda que voltada a ofender um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, pode ser altruísta, a merecer menor grau de reprovação, ou pode ser ignóbil, vil, a ensejar maior severidade da resposta estatal ao crime.¹⁹⁸

São exemplos jurisprudenciais de desvalor dos motivos: homicídio praticado por desavença de somenos importância; agressão à vítima tão somente por ter sido impedido de ingressar no campus da universidade; ameaças externadas em razão de término do relacionamento amoroso entre o agressor e a vítima; homicídio praticado para alcançar a direção da administração municipal e nutrido por disputa de grupos políticos; homicídio motivado pela disputa entre as facções criminosas, lavagem de dinheiro praticada para o desvirtuamento de processo eleitoral, com o intuito de reeleição para o cargo político; roubo e extorsão mediante sequestro para viabilizar pagamento de dívidas de drogas e a aquisição de drogas, etc.¹⁹⁹

Por fim, também consta da lista de circunstâncias judiciais o *comportamento da vítima*. É um fator elencado pelo legislador nos idos de 1984. De lá para cá, muitos fenômenos sociais alteraram usos e costumes. Há 40 anos, ainda se usava a expressão “mulher honesta” nos crimes sexuais. Na Exposição de Motivos da reforma da parte geral do Código Penal, fez-se referência ao comportamento da vítima como

¹⁹⁷ CNJ. Relatório GT: dosimetria da pena. Brasília: CNJ, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v6.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2023. p. 110-119.

¹⁹⁸ “(...) aquele que comete o delito sob os influxos de sentimento altruísta (em defesa do bom nome da pátria, contra as ofensas irrogadas por um estrangeiro, por exemplo) há de sofrer *menor grau de censura* em relação àquele que comete um crime por motivo um crime por motivo relacionado à vingança, à libidinagem ou ao jogo, por exemplo.” BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 173.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 89-91.

sendo um fator criminógeno, consignando como exemplo, “entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes.”²⁰⁰

Diante de tal afirmação, a estranheza e perplexidade atual não encontram correspondência com o pensamento e valores daquela distante década. Felizmente, a sociedade evoluiu.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é uníssona em afirmar que o comportamento da vítima é circunstância judicial que deve ser necessariamente *neutra* ou *favorável* ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base.²⁰¹

Assim, caso o comportamento da vítima seja considerado um fator decisivo para prática do crime, pensamos que o juiz tem o dever de fazer uma “compensação” – em proporções a serem aferidas no caso concreto – com uma outra circunstância eventualmente tida como desfavorável.²⁰²

²⁰⁰ “50. (...) Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes. A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para ‘reprovação e prevenção do crime’. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas conseqüências. (...)” BRASIL. Exposição de Motivos n. 211, de 9 de maio de 1983 (ref. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). **Diário do Congresso Nacional** - Seção 1 - Suplemento A, Brasília-DF, 1 jul. 1983. p. 14. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>. Acesso em: 03 mai. 2023.

²⁰¹ CNJ. Relatório GT: dosimetria da pena. Brasília: CNJ, 2022. E-book. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v6.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2023. p. 123-125.

²⁰² No entanto, o entendimento prevalente no STJ é contrário: “(...) ao contrário do alegado pela defesa, não é possível haver compensação entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, na medida em que as circunstâncias favoráveis ou neutras apenas impedem o acréscimo da pena-base de seu grau mínimo, mas não anulam outra já considerada desfavorável. Assim, um único vetor desfavorável, já autoriza o acréscimo da pena-base, desde que de feito forma razoável, como no caso’ (AgRg no AREsp n. 1.404.788/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 06/03/2019).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp n. 1.806.935/SP. Relator: Ministro Messod Azulay Neto. Quinta Turma. Julgado em 15 de maio de 2023. Publicado no DJe de 19 de maio de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900931293&dt_publicacao=19/05/2023. Acesso em: 11 jun. 2023.

“Quanto ao comportamento das vítimas, verifica-se que foi considerado como circunstância judicial favorável. Outrossim, não é possível haver compensação entre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, na medida em que as circunstâncias favoráveis ou neutras apenas impedem o acréscimo da pena-base de seu grau mínimo, mas não anulam outra já considerada desfavorável. Assim, um único vetor desfavorável, já autoriza o acréscimo da pena-base, desde que de feito forma razoável.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.245.282/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgado em 11 de abril de 2023. Publicado no DJe de 18 abril de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203534943&dt_publicacao=18/04/2023. Acesso em: 11 jun. 2023.

Entretanto, se não houver nenhuma para compensar, a pena-base deve ficar no mínimo, em atenção às balizas do preceito secundário, consoante regra do inciso II do art. 59 do Código Penal, que determina ao juiz, na primeira fase, aplicar a quantidade de pena “dentro dos limites previstos”.

Cumprir observar que, eventualmente, algumas das circunstâncias judiciais podem figurar como *elementares* de um tipo penal, como *qualificadoras*, como circunstâncias legais *agravantes* ou *atenuantes* ou ainda como *causas de aumento* ou *diminuição*, o que suscita a questão sobre o concurso aparente de normas.

O *motivo do crime*, por exemplo, aparece como *elementar* no crime de estelionato praticado com o intuito de receber indenização ou valor de seguro;²⁰³ como *qualificadora* no homicídio qualificado por motivo torpe ou fútil;²⁰⁴ como *agravante*, quando o agente comete o crime para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;²⁰⁵ como *atenuante*, se o agente comete o crime por motivo de relevante valor social ou moral;²⁰⁶ como *causa de aumento*, quando, no crime de redução a condição análoga à de escravo, o agente pratica a conduta delitiva por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem;²⁰⁷ ou como *causa de diminuição*, a exemplo do homicídio cometido por motivo de relevante valor social ou moral.²⁰⁸

O mesmo pode ocorrer em relação às circunstâncias e consequências do crime, as quais também figuram, ocasionalmente, em etapas diferentes da dosimetria

²⁰³ “Art. 171. (...) ”

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem: (...) V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;” BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 31 dez. 1940. Retificado em 3 jan. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm . Acesso em: 23 mai. 2023.

²⁰⁴ “Art. 121. Matar alguém: (...) ”

§ 2º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil;” Ibidem.

²⁰⁵ “Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) 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;” Ibidem.

²⁰⁶ “Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;” Ibidem.

²⁰⁷ “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (...) ”

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (...) II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.” Ibidem.

²⁰⁸ “Art. 121. Matar alguém: (...) ”

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, (...), o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.” Ibidem.

da pena. Diante do concurso aparente de normas, a preocupação que se segue é justamente evitar a dupla valoração do mesmo fator para aumentar a pena do réu.

No caso de a circunstância integrar o próprio tipo como *elementar* ou como *qualificadora*, não pode ser utilizada em nenhuma outra fase do processo dosimétrico, por se tratar de elementos ínsitos à estrutura do crime. Se, depois de exarada a condenação, fossem revaloradas para aumentar a pena, estar-se-ia incorrendo em evidente, e vedado, *bis in idem*.

O Código Penal, ao se referir às agravantes no art. 61, dispõe expressamente que se trata de circunstâncias que sempre vão agravar a pena, “quando não constituem ou qualificam o crime”. Embora não haja disposição expressa em relação às circunstâncias judiciais e às causas de aumento, o mesmo se aplica a elas, por raciocínio teleológico, que decorre do sistema de individualização de pena concebido pelo legislador pátrio.

E como proceder quando a circunstância judicial também aparece no rol das circunstâncias legais da segunda fase (atenuante ou agravante) e/ou da terceira fase (causas de aumento ou diminuição)?

A doutrina de escol responde que o juiz deve fazê-la incidir nas fases mais avançadas da dosimetria, isto é, se a circunstância judicial também figura como atenuante ou agravante, é na segunda fase que deve ser aferida; se a circunstância judicial e/ou agravante ou atenuante são também previstas como causas de aumento ou diminuição, devem ser nesta última fase analisadas.²⁰⁹

O ideal, em estrito respeito ao modelo trifásico da dosimetria, seria observar a incidência de cada circunstância (judicial ou legal) em sua correspondente fase no cálculo da pena, sem sobressaltos.

²⁰⁹ “A doutrina comumente responde ao questionamento, afirmando que, no caso de dupla ou tripla incidência de uma circunstância, o juiz deve resguardar sua aplicação para as fases mais avançadas da dosimetria. Assim, havendo concurso entre circunstâncias judiciais e agravantes/atenuantes, a causa de modificação da pena seria aplicada na pena provisória; em caso de concurso de circunstâncias judiciais e/ou agravantes/atenuantes e majorantes/minorantes, o efeito seria produzido na pena definitiva.

(...) há de se reconhecer que os casos de concurso entre as circunstâncias de dosimetria da pena refletem situações de **concurso aparente de tipos penais** (ou concurso de normas). Assim sendo, estão submetidos às regras dogmáticas de resolução, quais sejam, os *princípios de especialidade*, de *subsidiariedade* e da *consunção*. Inegavelmente, conforme exposto, as circunstâncias da pena definitiva acabam sendo mais específicas que as da pena provisória e estas menos genéricas que as da pena-base, fato que torna a regra de aplicação na fase posterior correta. A solução dogmática ao problema, portanto, é fornecida pela aplicação do princípio da especialidade, única forma de deslegitimar eventual interpretação desfavorável ao réu.” CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 369-370.

No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido, por exemplo, quando houver mais de uma agravante da reincidência, a utilização de uma na segunda fase e a(s) outra(s) na primeira fase, como maus antecedentes,²¹⁰ o que, a depender da fração de aumento utilizada na pena-base com esse deslocamento, pode acarretar um indevido aumento do resultado,²¹¹ com a inobservância dos parâmetros metodológicos instituídos pela lei.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça também tem admitido, particularmente no crime de roubo, quando houver mais de uma causa de aumento, o deslocamento de uma delas para a primeira fase do cálculo dosimétrico,²¹² o que nos parece, da mesma forma, desfigurar o método Hungria.

No caso específico do crime de roubo, o § 2º do art. 157 do Código Penal prevê, para as seis circunstâncias listadas nos seus incisos, um aumento no intervalo de 1/3 até a metade; o § 2º-A, em seus dois incisos, fixa o aumento no rigoroso patamar de 2/3; e o § 2º-B, indica, em um único caso, a aplicação em dobro da pena prevista no *caput*.²¹³

²¹⁰ “Com relação aos antecedentes, vale anotar que esta Corte, em diversos julgados, já se manifestou no sentido de que a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes e, ainda, para exasperar a pena, em razão da agravante da reincidência, não caracteriza bis in idem, desde que as sopesadas na primeira fase sejam distintas da valorada na segunda, como ocorreu no caso em apreço.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 801.715/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgado em 17 de abril de 2023. Publicado no DJe de 24 de abril de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300403058&dt_publicacao=24/04/2023. Acesso em: 24 mai. 2023.

²¹¹ Exemplo: no crime de roubo, se o agente ostentar duas condenações definitivas caracterizadoras da reincidência, poder-se-ia utilizar uma delas na primeira fase, para implementar um aumento de 1/6 sobre a pena mínima de 4 anos (8 meses), resultando numa pena-base de 4 anos e 8 meses. E, sobre esta, na segunda fase, fazendo incidir um aumento de 1/6 (9 meses e 10 dias), a pena intermediária seria de 5 anos, 5 meses e 10 dias. Contudo, se fossem as duas reincidências consideradas na segunda fase, ter-se-ia um aumento de $2 \times 1/6$ ($8 + 8 = 16$ meses, ou seja, 1 ano e 4 meses), que resultaria numa pena intermediária de 5 anos e 4 meses.

²¹² “Havendo mais de uma majorante, uma delas poderá ser considerada como causa de aumento do delito de roubo e, a sobejante, como fundamento a exasperar a pena-base’ (AgRg no AREsp n. 1.938.660/ES, relator Ministro Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 21/3/2022).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 2.116.525/PR. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Sexta Turma. Julgado em 13 de setembro de 2022. Publicado no DJe de 19 de setembro de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201271657&dt_publicacao=19/09/2022. Acesso em: 24 mai. 2023.

²¹³ “Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

Assim, se as majorantes forem todas do § 2º, em especial atenção ao sistema trifásico, dever-se-ia sopesá-las apenas na terceira fase, indicando o julgador o desvalor das circunstâncias, para fixar o aumento dentro da faixa de intervalo prevista na lei. Nos casos dos §§ 2º-A e 2º-B, os aumentos são em valor fixo.

E, caso haja concurso de causas de aumento, a solução está na regra do parágrafo único do art. 68 do Código Penal,²¹⁴ que faculta ao juiz aplicar um só aumento, prevalecendo a causa que mais aumente, ou, fundamentadamente, fazer incidir os acréscimos em cascata.

Situação bem distinta, que merece uma menção, diz respeito ao entendimento jurisprudencial, de longa data, que considera legítima, no caso de haver mais de uma *qualificadora*, a utilização de uma delas para qualificar o crime e a(s) outra(s) na segunda fase, como agravante, se houver sua previsão como tal, ou, residualmente, como circunstância judicial na primeira fase.²¹⁵

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: (Redação dada pela Lei n. 13.654, de 2018) I – (revogado); (Redação dada pela Lei n. 13.654, de 2018) II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância. IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; (Incluído pela Lei n. 9.426, de 1996) V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade. (Incluído pela Lei n. 9.426, de 1996) VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. (Incluído pela Lei n. 13.654, de 2018) VII - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca; (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): (Incluído pela Lei n. 13.654, de 2018) I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; (Incluído pela Lei n. 13.654, de 2018) II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. (Incluído pela Lei n. 13.654, de 2018)

§ 2º-B. Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena prevista no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019)” BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 31 dez. 1940. Retificado em 3 jan. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm . Acesso em: 23 mai. 2023.

²¹⁴ “Art. 68. (...)”

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.” BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 13 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

²¹⁵ “Reconhecidas duas qualificadoras, uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (residualmente, conforme o caso, art. 59 do CP) (Precedentes do STJ e do STF).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 57.229/SC. Relator: Ministro Felix Fischer. Quinta Turma. Julgado em 12 de setembro de 2006. Publicado no DJ de 16 outubro de 2006, p. 399. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600750875&dt_publicacao=16/10/2006. Acesso em: 24 mai. 2023.

No mesmo sentido, v.g.: “Segundo jurisprudência deste Tribunal, no caso de existir mais de uma qualificadora, uma delas implica o tipo qualificado, enquanto as demais podem ser utilizadas para exasperar a reprimenda básica ou agravar a pena na segunda fase da dosimetria.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 785.615/MG. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma.

Nesse caso, há um fundamento que guarda estreita ligação com o princípio da individualização da pena, porque, se assim não fosse, um réu que, por exemplo, praticasse um homicídio dupla ou triplamente qualificado partiria da mesma pena em abstrato que outro detentor de uma só qualificadora. O transporte da circunstância qualificadora para a segunda ou primeira fase, nessa hipótese, é justificável, porque visa resguardar a proporcionalidade da sanção a ser imposta.

3.5.2 Lastro probatório

Outra questão crucial se apresenta, atrelada ao conceito dos vetores a serem examinados, que é a de estabelecer quais *elementos de prova* angariados na instrução criminal – observado o devido processo legal – estão aptos a demonstrar a essência da *valoração positiva* (favorável ao réu), *neutra* (indiferente) ou *negativa* (em desfavor) de cada circunstância judicial.

Sem o respaldo em *elementos concretos* coletados no processo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a alusão depreciativa feita pelo juiz a aspectos do agente ou do fato delituoso para majorar a pena-base se traduz em arbítrio, inquinando a dosimetria de nulidade. Isso porque não há como o réu condenado exercer o seu direito de defesa se a sentença não declina os *motivos* e as respectivas *provas* para subsidiar a aplicação da sanção penal.

A propósito, em elogiável trabalho de pesquisa empírica realizada por Vinícius Machado, apresentada em sua dissertação de mestrado na Universidade de Brasília – UnB em 2009, foi analisada uma amostra aleatória de 943 processos criminais (com 374 condenações), extraída de um universo de 21.881 processos criminais das 36 Varas Criminais de Brasília-DF, a fim de (i) descobrir os critérios empíricos empregados pelos juízes na individualização da pena; (ii) determinar a seletividade da Justiça Criminal; e (iii) identificar as formas de punição e regimes de execução aplicados.

Chamou a atenção a constatação do autor de que, ao analisar as sentenças, mostrou-se impossível a identificação, estreme de dúvidas, de quais circunstâncias judiciais teriam sido consideradas pelo juiz para aumentar a pena-base. E o pior:

também não se encontrava, de forma evidente, qual a fundamentação usada para justificar a punição mais severa.²¹⁶

De fato, parece não haver dissonância na doutrina e na jurisprudência quanto à imprescindibilidade de a sentença condenatória, além de se valer de elementos concretos compatíveis com a definição construída pelos Tribunais Superiores para sopesar as circunstâncias judiciais, também indicar provas idôneas para respaldar a valoração negativa dos vetores para o agravamento da pena-base.

Outrossim, o elemento de prova a ser referenciado pelo juiz para a negatificação de qualquer das circunstâncias judiciais e, assim, majorar a pena-base, por certo, deve ser submetido à ampla defesa e ao contraditório.

O princípio da não surpresa, insculpido nos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil,²¹⁷ aplicável ao rito penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal,²¹⁸ impõe ao juiz o dever de não decidir com base em fundamento sobre o qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria de ordem pública.

Assim, se o magistrado sentenciante pretende se valer de algum fato relevante relativo ao réu ou ao crime para agravar a sua pena, deve se certificar de que a defesa teve a oportunidade de se manifestar sobre ele. Caso contrário, ter-se-á a nulidade da sentença.

3.5.3 Quantificação

Definido o conceito, cotejado com o elemento probatório idôneo, e aferida a valoração das circunstâncias judiciais, outras dúvidas se levantam.

²¹⁶ “Da análise das sentenças, detectou-se a impossibilidade de se identificar, sem dúvidas, quais circunstâncias judiciais o juiz considerou para majorar a pena-base, bem como a ausência de fundamento evidente para a justificação do recrudesimento do castigo, tudo a configurar graves violações aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tornando-se motivos de nulidade da sentença condenatória.” MACHADO, Vinícius da Silva. **Individualização da pena: o mito da punição humanizada**. Florianópolis: Editora Modelo, 2010. p. 113.

²¹⁷ “Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.” (...) “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

²¹⁸ “Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.” BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). **Diário Oficial da União** de 13 out. 1941 e retificado em 24 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

Qual o peso, em termos quantitativos, que se pode (ou deve) atribuir a cada circunstância judicial, considerado o intervalo entre as penas mínima e máxima?

Seria possível “hierarquizar” as circunstâncias judiciais de modo a indicar as preponderantes?

Seria recomendável fixar uma fração específica de aumento (ou diminuição) para cada circunstância judicial valorada?

E, caso seja adotada uma fração, esta incidiria sobre qual patamar? Sobre a pena mínima cominada em abstrato? Sobre o intervalo entre a pena mínima e máxima cominadas em abstrato?

Seria possível – seja qual for a fração ou base de incidência – fixar a pena-base no máximo cominado em abstrato ou dever-se-ia estabelecer um teto-limite, como o chamado “termo médio”²¹⁹ defendido por alguns juristas?

Diante dessas perguntas, só há uma certeza: não existe consenso, tampouco precisão normativa. Há o que se costuma chamar de “silêncio eloquente”, embora, no que se refere às normas que tratam da dosimetria da pena, se duvide dessa pretensa eloquência. Aliás, é justamente em decorrência da inexistência ou vagueza da norma disciplinadora que há tantas dúvidas, para as quais os juristas concorrem para a solução, propondo caminhos dos mais variados.

É na fixação da pena-base onde, definitivamente, residem as maiores preocupações e dilemas, quando se fala em buscar previsibilidade de resultado da sentença condenatória e em estreitar a margem de discricionariedade judicial no processo dosimétrico.²²⁰

²¹⁹ “Os autores inserem em suas reflexões um elemento que será de extrema importância para o controle do excesso na determinação da pena-base: o **termo médio**, valor de referência obtido pelo resultado da média aritmética entre o mínimo e máximo estabelecido no preceito secundário do tipo incriminador – p. ex., a variação da pena prevista para o crime de corrupção passiva, previsto no art. 317, *caput*, do Código Penal, é de 2 (dois) anos e 12 (doze) anos, sendo, pois, o termo médio de 7 (sete) anos: divisão da soma desses limites mínimo e máximo ($2 + 12 = 14/2 = 7$). (...)”

O termo médio – critério de referência proposto por parte da doutrina e adotado por alguns Tribunais regionais – operaria, portanto, como um *regulador de limite máximo da pena base*. Conforme antecipado, entende-se justificado o critério sobretudo em razão da necessidade (*primeiro*) de diferenciar o peso das circunstâncias e (*segundo*) de distinguir os horizontes (limites) da sanção criminal nas três etapas estabelecidas no método Hungria.” CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 421-423.

²²⁰ “a) o grande problema da dosimetria penal brasileira é a indeterminação da pena-base; as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são de significado desconhecido, cabendo ao juiz, a seu exclusivo critério, preencher o conteúdo de cada um de tais fatores, considerando-o como sendo favorável ou desfavorável ao réu; ademais, a lei não atribui peso ou valor quantitativo à circunstâncias judiciais na determinação da pena-base;

b) a aplicação da pena, no Brasil, é excessivamente discricionária e inconsistente, também, em decorrência das amplas margens penais (penas mínimas e máximas) cominadas, agravada pela

É nesse cenário de incertezas que o Superior Tribunal de Justiça é chamado a atuar, indicando parâmetros razoavelmente seguros, para balizar a discricionariedade que a lei atribuiu ao juiz da sentença.

De fato, inexistente previsão na parte geral do Código Penal brasileiro de um critério numérico (quantitativo) para a valoração de cada uma das oito circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, tampouco menção a existência de eventual preponderância entre elas.²²¹

No entanto, em leis extravagantes, é possível encontrar norma expressa com indicação de circunstâncias preponderantes, a serem examinadas na primeira fase da dosimetria, como fez, por exemplo, a lei antidrogas, ao impor ao juiz o dever de considerar, “com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal”, a natureza e a quantidade da substância ou do produto e também a personalidade e a conduta social do agente.²²²

A alusão a um critério de preponderância, a propósito, só faz algum sentido se houver avaliação *positiva* de uma ou mais das circunstâncias judiciais, o que é absolutamente incomum. Com efeito, quase sempre as circunstâncias judiciais ou são “desprezadas” – consideradas desinfluentes, por falta de elementos para avaliá-las ou por se apresentarem neutras – ou são negativadas (exclusive a que se refere ao *comportamento da vítima*, como acima referido).

inexistência, no Código Penal, de faixas de apenamento específicas para cada delito, que pudessem refletir diferentes níveis de gravidade do crime e correlatos graus de censura;

c) como consequência, pode-se afirmar que o regime legal de aplicação de pena em nosso país franqueia considerável margem de discricionariedade judicial; em outras palavras, a individualização da pena recebe prioridade do legislador, em detrimento de maior consistência das sentenças criminais.” CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **A Aplicação da Pena e o problema da discricionariedade judicial**: Breve Estudo Comparativo entre a Dosimetria Penal Brasileira e o Modelo de *Sentencing Guidelines* Norte-Americano e Inglês. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 97-98.

²²¹ “(...) restou sedimentado na jurisprudência dos tribunais que para os crimes previstos na parte especial do Código Penal não haverá qualquer critério de preponderância ser observado entre as circunstâncias judiciais, eis que não houve qualquer previsão expressa nesse sentido pelo artigo 59 ou em qualquer outro dispositivo legal encartado na parte geral do Código Penal; ao revés, para os crimes definidos em leis penais extravagantes poderá haver critério de preponderância a ser observado no momento da valoração das circunstâncias judiciais para fins de fixação da pena-base, desde que expressamente previsto pelo legislador na respectiva lei penal especial” SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 16ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 212.

²²² “Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.” BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; [...] define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 24 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 05 mai. 2019.

Quanto ao valor atribuível a cada uma das circunstâncias judiciais, as duas pesquisas conduzidas pelo CNJ e TJDFT (acima mencionadas, respectivamente, nos itens 3.3.1 e 3.4) constataram, de forma inequívoca, que predomina entre os magistrados de primeiro e segundo graus a utilização tanto do critério de 1/6 da pena mínima em abstrato, quanto do critério de 1/8 do intervalo entre as penas máxima e mínima cominadas ao tipo penal.

Ambas as frações são admitidas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como *balizas*, parâmetros *referenciais*, para valoração de cada uma das 8 circunstâncias judiciais – e não como critério aritmético obrigatório – e, por isso, não se constituem em direito subjetivo do réu.²²³

Em qualquer caso, prevalece a discricionariedade *vinculada*, isto é, exige-se do juiz o dever de *fundamentação* da escolha do patamar de aumento implementado, declinando motivação lastreada em *elementos concretos*, aptos a justificarem a adequação, razoabilidade e proporcionalidade da sanção imposta.

Vale ressaltar que também não há hierarquia entre os vetores do art. 59 do Código Penal, tampouco obrigatoriedade de que cada circunstância judicial seja valorada em idêntico patamar, na medida em que, eventualmente, uma pode ser considerada mais relevante do que outra na análise do caso concreto pelo magistrado e, assim, justificar aumentos diferenciados.²²⁴

²²³ "Esta Corte adota como razoável a aplicação de: (...) a fração de 1/6 sobre o mínimo previsto para o delito para cada circunstância desfavorável; a fração de 1/8 para cada circunstância desfavorável sobre o intervalo entre o mínimo e o máximo de pena abstratamente cominada ao delito; ou, ainda, a fixação da pena-base sem nenhum critério matemático, sendo necessário apenas, neste último caso, que estejam evidenciados elementos concretos que justifiquem a escolha da fração [...]". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 792.668/SC. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em 17 de abril de 2023. Publicado no DJe de 19 de abril de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202204020947&dt_publicacao=19/04/2023. Acesso em: 27 mai. 2023.

²²⁴ "Em relação ao *quantum* de aumento de pena na primeira fase da dosimetria, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que os parâmetros para a exasperação da reprimenda devem observar o critério da discricionariedade juridicamente vinculada, a qual, por sua vez, está submetida aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da suficiência da reprovação e da prevenção ao crime. Por tais razões, não se admite a adoção de critério meramente matemático, atrelado apenas ao número de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Deve-se, na verdade, analisar os elementos que indiquem eventual gravidade concreta do delito, além das condições pessoais de cada agente, de forma que uma circunstância judicial desfavorável poderá receber mais desvalor que outra, exatamente em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 796.194/RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 28 de fevereiro de 2023. Publicado no DJe de 6 de março de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300036262&dt_publicacao=06/03/2023. Acesso em: 27 mai. 2023.

Sem embargo, de acordo com o apurado pela pesquisa do TJDF, a prática adotada por juízes e desembargadores desse Tribunal – diga-se, em consonância com o entendimento jurisprudencial do STJ – é potencialmente fonte de discrepância de julgamentos, já que a adoção ora da fração de 1/6, ora a de 1/8, nos termos acima mencionados, promove, com frequência, significativa variação de penas.²²⁵

A propósito, o índice de reversibilidade, no TJDF, das decisões dos juízes de primeiro grau – quer seja para aumentar quer seja para diminuir a pena-base – é de 52%,²²⁶ o que evidencia o impacto negativo de se ter duas (ou mais) frações de referência para aferir os vetores circunstâncias da primeira fase.

Essa inconsistência de abordagem (quanto ao valor de *referência* por circunstância judicial negativada) e, por conseguinte, de resultados no processo dosimétrico estimula a interposição de recursos para a reformulação da pena, notadamente pela defesa, em busca de percentual que seja mais favorável ao réu, e também pelo Ministério Público, embora em menor frequência, para fazer incidir o critério casuisticamente mais gravoso.²²⁷

A Nota Técnica produzida pelo TJDF sugeriu a adoção prioritária do critério de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima em abstrato para valoração de cada uma das circunstâncias judiciais, “resguardadas a discricionariedade dos magistrados e a excepcionalidade de casos peculiares”, como uma legítima iniciativa para alcançar uniformidade e, por conseguinte, segurança jurídica no âmbito do Distrito Federal.²²⁸

No entanto, levando-se em consideração o cenário nacional, melhor seria se o Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua missão constitucional, promovesse esse avanço em direção à consistência de tratamento, indicando *uma única baliza*,

²²⁵ TJDF. Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal. Nota Técnica CIJDF n. 10/2023. Disponível em: <https://www.tjdf.jus.br/consultas/notas-tecnicas/nota-tecnica-10-criterios-de-fixacao-da-pena-base-publicada-9-5-23.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2023. p. 13.

²²⁶ Ibidem, p. 29.

²²⁷ “Embora as turmas criminais do TJDF adotem em seus acórdãos os critérios aceitos pelo STJ, a divergência entre elas quanto à fração adequada (1/6 ou 1/8) gera dissonâncias que dificultam a orientação e a observância pelos juízes de primeiro grau, a uniformização do entendimento e favorece maior manejo de recursos com o objetivo de se ter aplicada fração de exasperação da pena-base que mais favoreça o réu, ou o manejo de recursos pelo Ministério Público de modo a fazer incidir critério mais gravoso para cada circunstância judicial desfavorável.

Sob a ótica do princípio da segurança jurídica, a uniformização do entendimento das turmas criminais, permitiria melhor orientação aos juízes de 1º grau, com potencialidade de repercussão no quantitativo de recursos com o objetivo de ter a pena-base reformada.” Ibidem, p. 23.

²²⁸ Ibidem, p. 33.

como referencial para quantificar a avaliação de cada uma das 8 circunstâncias judiciais.

Essa *referência* – fração de aumento e correspondente base de incidência – serviria como o centro do alvo do que se pode considerar, *a priori*, razoável e proporcional, ponto a partir do qual, quanto mais dele se afasta o juiz, mais cresce o seu ônus argumentativo, para justificar a escolha de outro referencial quantitativo dosimétrico.

E qual deveria ser esse referencial?

A doutrina de escol tem debatido essa questão há décadas. A jurisprudência, no mesmo diapasão, tem-se dividido, conforme acima referenciado, entre estes dois critérios: 1/6 da pena mínima em abstrato; e 1/8 do intervalo entre as penas máxima e mínima cominadas.

Os dois estudos – promovidos pelo CNJ e pelo TJDFR – deixaram muito evidentes as vantagens e desvantagens – a depender da perspectiva – da adoção de um e de outro parâmetro. A mais perniciosa desvantagem é a inconsistência de tratamento, o que, como visto, tem fomentado a interposição de recursos e impetração de *habeas corpus* para os tribunais, para discutir a dosimetria.

Sem desmerecer uma ou outra corrente – todas defendidas com argumentos bastante robustos –, algumas ponderações são apresentadas para estimular a reflexão e o debate.

Primeiro, é incontestado que, como a lei não estabelece nenhum critério aritmético para fixação da pena-base na primeira fase, a opção do legislador foi a de atribuir ao juiz certa margem de liberdade – discricionariedade vinculada –, necessária para, com a análise circunstancial das particularidades do crime cometido e do agente, individualizar a sanção penal que melhor se ajuste ao caso concreto.

Segundo, a adoção de uma fórmula matemática *rígida* conflita, de forma inconciliável, com o sistema dosimétrico instituído pela lei em vigor.

Terceiro, a adoção de um *parâmetro* objetivo – como ponto de *referência*, e não como quantitativo fixo obrigatório –, para dosar cada circunstância judicial, permite estreitar a margem de discricionariedade do juiz, sem retirar-lhe o poder-dever de atribuir valor e peso eventualmente diferentes, diante da análise do caso concreto, em estrita observância do princípio constitucional da individualização da pena, emprestando ao processo dosimétrico maior consistência de tratamento e, por conseguinte, de resultado.

Quarto, a escolha da fração de 1/6 sobre a pena mínima em abstrato – embora *pareça* corroborar a proporcionalidade ínsita à gradação crescente de gravidade das circunstâncias das primeira, segunda e terceira fases, respectivamente –, na verdade, em muitos casos, acarreta distorções desarrazoadas e desproporcionais no resultado da pena-base, notadamente quando, para diferentes tipos penais, varia o patamar máximo de pena cominada e a pena mínima é a mesma.

Exemplos da aplicação, na primeira fase, do critério de 1/6 incidente sobre a pena mínima: (i) no crime de falso testemunho (pena de 2 a 4 anos), o aumento da pena-base, por circunstância judicial negativada, seria de 4 meses; (ii) no crime de violação sexual mediante fraude (pena de 2 a 6 anos), o acréscimo seria o mesmo; (iii) no crime de corrupção passiva (pena de 2 a 12), *idem*.

Vale dizer: o patamar mais elevado da pena máxima cominada em abstrato tornar-se-ia inócuo na fixação da pena-base pelo juiz, com inadmissível inobservância da gravidade inerente à conduta delituosa previamente sopesada pelo legislador, ao estabelecer o preceito secundário em distintos tipos penais.

Nesses mesmos casos, com a adoção do critério de 1/8 sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima cominadas, os aumentos resultariam: (i) no crime de falso testemunho (pena de 2 a 4 anos), em 3 meses; (ii) no crime de violação sexual mediante fraude (pena de 2 a 6 anos), em 6 meses; (iii) no crime de corrupção passiva (pena de 2 a 12), em 15 meses.

Assim, ao que nos parece, com o critério de 1/8 (um para cada uma das 8 circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal) sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato (fator de individualização da pena elaborado pelo legislador), a fixação da pena-base implementada na fase judicial respeitaria a proporcionalidade da individualização da pena estabelecida na fase legislativa.

Das indagações acima sugeridas, resta responder esta: é possível fixar a pena-base no máximo cominado em abstrato, ou dever-se-ia estabelecer um teto-limite, com o chamado “termo médio” defendido por alguns juristas?

Essa pergunta leva a outro questionamento, muito debatido na doutrina: se a fração escolhida é de 1/8, mas uma das 8 circunstâncias judiciais (comportamento da vítima) não pode ser utilizada *contra* o réu, então o critério não permitiria alcançar a pena máxima?

Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, é possível, em tese, que a pena-base seja fixada no patamar máximo

cominado em abstrato para respectivo tipo penal.²²⁹ Importa ressaltar, contudo, que se trata de hipótese bastante excepcional, que exige do juiz sentenciante maior esforço argumentativo para fundamentar a aplicação da pena-base em seu limite máximo.

Esse entendimento, a propósito, é o que se mostra mais consentâneo com o comando inserto no inciso II do art. 59 do Código Penal, que determina ao juiz, na primeira fase, aplicar a quantidade de pena “dentro dos limites previstos”.

A fixação da pena-base em seu patamar mais rigoroso – vale ressaltar – não está vinculada, necessariamente, ao número de circunstâncias judiciais negativadas, mas ao desvalor atribuído a cada uma delas, razão pela qual o fato de, na prática, só haver 7 vetores passíveis de serem considerados desfavoráveis pelo juiz não desmerece o critério de 1/8, repita-se, ponto referencial, e não critério aritmético exato.

Por isso, com todas as homenagens aos insígnis defensores da corrente que pretende estabelecer um “termo médio” como teto para o juiz aplicar a pena-base, pensamos que ela esbarra na literalidade da regra do inciso II do art. 59 do Código Penal, que impõe a observância dos limites já previstos no preceito secundário, bem como na jurisprudência das Cortes Superiores.²³⁰

Nesse diapasão, com base no mesmo dispositivo legal, e também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem-se como inadmissível a fixação da pena-base aquém ou além das penas mínima e máximas previstas em abstrato para o crime.²³¹

²²⁹ “A confecção da dosimetria da pena não é uma operação matemática, e nada impede que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (STF, RHC n. 101.576, Primeira Turma, Rel^a. Min^a. Rosa Weber, Dje de 14/08/2012).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.892.986/PR. Relator: Ministro Messod Azulay Neto. Quinta Turma. Julgado em 7 de fevereiro de 2023. Publicado no DJe de 14 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002228632&dt_publicacao=14/02/2023. Acesso em: 29 mai. 2023.

²³⁰ “O sistema adotado pelo Código Penal, na fixação da pena-base, não é o do termo médio, mas, sim, o de que cada circunstância judicial desfavorável leva ao afastamento da pena-base do mínimo legal, como efetivado pelas instâncias ordinárias.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.896.832/AC. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Julgado em 23 de novembro de 2021. Publicado no DJe de 30 novembro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002453624&dt_publicacao=30/11/2021. Acesso em: 29 mai. 2023.

²³¹ “Como cediço, ‘consoante o disposto no art. 68, caput, do CP, que a aplicação da pena é constituída de três fases distintas: (...) Para as duas primeiras fases, deve-se observar os limites mínimo e máximo cominados; somente exsurge a possibilidade de diminuição ou de elevação da pena aquém de seu mínimo legal ou além do máximo quando da terceira etapa da aplicação da reprimenda’ (AgRg no AREsp 437.391/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 2/4/2014).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 219.354/MS. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgado em 12

3.6 Pesquisa da Secretaria de Jurisprudência do STJ

Com o objetivo de trazer mais elementos para subsidiar este estudo, em atendimento à suplica por mais informações sobre o tema da dosimetria da pena, a Secretaria de Jurisprudência – SJR, por intermédio de sua Seção de Jurisprudência Temática – STEMA, realizou uma pesquisa inédita, entre os dias 09/01/2023 a 12/05/2023, em acórdãos e decisões monocráticas prolatados no âmbito das Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, publicados no ano de 2022.

Antes de expor propriamente os resultados levantados, convém uma breve explicação sobre as limitações e dificuldades enfrentadas pela STEMA na busca das informações solicitadas.

A princípio, é importante ressaltar – conforme mencionado no item 1.2 – o gigantesco número de causas julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça. As quantidades de acórdãos e decisões monocráticas, sempre na casa dos milhares a cada mês, constituem-se em fator complicador para a recuperação de informações específicas em pesquisas realizadas em intervalo de tempo significativo, notadamente porque o tratamento dos dados depende, em boa medida, da intervenção humana.

A despeito dos obstáculos, com hercúleo esforço despendido pelos laboriosos servidores da STEMA, foram criados vários critérios de pesquisas no decorrer do levantamento solicitado, para a identificação dos processos, crimes e teses (gerais) inerentes à dosimetria da pena e demais informações correlatas, com uma enorme quantidade de variantes para cada segmento examinado.

Por isso, a pesquisa enfrentou certas dificuldades, a começar com a imperiosa necessidade de ser realizada de forma artesanal, sobre um numeroso quantitativo de acórdãos e decisões monocráticas, mesmo tendo sido reduzida a amostra para julgados, nas quatro principais classes de processos, prolatados no âmbito das Quinta e Sexta Turmas, e publicados no ano de 2022, além de outros critérios restritivos subsequentes, abaixo referidos.

Cumprе esclarecer que o banco de dados para pesquisa dos *acórdãos* é alimentado por rotineiro e incessante trabalho realizado pela Secretaria de Jurisprudência, que insere no acervo pesquisável cerca de 30% do total de arestos publicados pelo Superior Tribunal de Justiça, relacionando os demais, que tratam da

mesma matéria, como “similares”. Já as *decisões monocráticas*, em quantitativo bem maior, não passam por prévia triagem e tratamento, ficando sua totalidade disponível para pesquisa textual sobre o inteiro teor.

Assim, são priorizados os julgamentos colegiados mais representativos das matérias decididas, evitando excessiva repetição no resultado das buscas. Sem essa prévia seleção, a propósito, a pesquisa de jurisprudência sobre os principais temas em acórdãos do STJ entregaria uma quantidade muito grande de resultados, tornando o levantamento do entendimento do Tribunal sobre qualquer matéria uma tarefa difícilima.

É importante registrar ainda que, devido ao expressivo número de processos que compõem a amostra de julgamentos sobre dosimetria da pena, o refinamento da pesquisa de jurisprudência foi elaborado pela STEMA a partir da criação de critérios de busca, o quanto possível, específicos, de modo a conseguir selecionar as informações solicitadas em tempo razoável.

Assim, com o objetivo de otimizar a exploração dos dados e o resgate das informações, mas sem perder representatividade da amostra, a pesquisa sobre a dosimetria da pena foi direcionada para os julgamentos de *habeas corpus*, recurso ordinário em *habeas corpus*, recurso especial e agravo em recurso especial. Isso porque essas quatro classes processuais, juntas, representam mais de 94% das decisões (colegiadas e monocráticas terminativas) prolatadas pelo STJ em 2022.²³²

Ato contínuo, depois de selecionadas as quatro classes processuais mais representativas para o estudo, o recorte seguinte se dirigiu aos julgamentos prolatados no âmbito das Quinta e Sexta Turmas em *matéria criminal*, publicados no ano de 2022. Nesse segmento, foram registrados 15.136 acórdãos e 252.845 decisões monocráticas no acervo pesquisável, totalizando 267.981 julgados sobre direito penal e processual penal.

A partir dessa seleção, foram pesquisados os processos nos quais as duas Turmas criminais do STJ analisaram a *dosimetria da pena* fixada na origem. Chegou-se a um resultado de 4.185 acórdãos e 110.119 decisões monocráticas, que somam 114.304 julgamentos.

²³² STJ. Boletim Estatístico – Dezembro de 2022. Assessoria de Gestão Estratégica. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo/boletim/2022/Boletim202212.pdf. Acesso em: 07 mar. 2023. p. 31.

Constata-se, portanto, que, em 2022, quase um terço (27,7%) dos acórdãos e quase a metade (43,6%) das decisões monocráticas se debruçaram sobre questões atinentes à *dosimetria da pena* estabelecida pelas instâncias ordinárias, índices que expressam bem o peso que o tema da *individualização da pena* tem nas causas criminais submetidas ao Superior Tribunal de Justiça.

Dessa amostra de processos que analisaram controvérsias sobre a pena imposta na origem, 77.431 foram em *habeas corpus* (2.502 acórdãos e 74.929 decisões monocráticas) e 8.448 em recurso ordinário em *habeas corpus* (122 acórdãos e 8.326 decisões monocráticas). Essas duas classes, somadas, totalizam 85.879 julgados.

Ou seja, 75% dos julgamentos do STJ que examinaram a dosimetria da pena foram proferidos em *habeas corpus* e em recurso ordinário em *habeas corpus*, o que é um incontestado indicativo de que a via mandamental está se sobrepondo aos recursos cabíveis, subvertendo o rito processual penal.

Com efeito, em recurso especial, foram 11.908 julgados (577 acórdãos e 11.351 decisões monocráticas), e, em agravo em recurso especial, 16.517 (1.004 acórdãos e 15.513 decisões monocráticas), totalizando 28.425 processos. Vale dizer: apenas em 25% dos julgados do STJ que analisaram a dosimetria da pena foram proferidos em recurso especial e em agravo em recurso especial.

Percebe-se, pois, o desvirtuamento da utilização do *habeas corpus*, e do correspondente recurso ordinário, para debater questões inerentes à dosimetria da pena, em detrimento da via recursal própria.

Essa constatação, aliás, é corroborada pelos dados estatísticos gerais (independentemente da matéria de fundo examinada no *mandamus*), na medida em que, como mencionado no item 1.5 supra, o número de *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus* distribuídos (93.070) em 2022 para as duas Turmas que julgam matéria criminal no Superior Tribunal de Justiça é praticamente o *dobro* do de agravos em recursos especiais e recursos especiais (47.011).²³³

Depois da seleção dos processos que cuidaram de reexaminar a dosimetria da pena, buscou-se identificar os *três crimes mais recorrentes*. O resultado foi este: em

²³³ STJ. Assessoria de Gestão Estratégica. **Solicitação de dados estatísticos**. Destinatário: Marcos Aurélio Pereira Brayner. Brasília, 29 mar. 2023. Mensagem eletrônica. Os dados específicos relacionados às atividades judicantes das Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça foram solicitados à Assessoria de Gestão Estratégica, que os encaminhou por *e-mail* institucional.

primeiríssimo lugar, o crime de tráfico de drogas, com 60.481 julgados (2.568 acórdãos e 57.913 decisões monocráticas); em segundo lugar, o crime de roubo, com 30.313 julgados (450 acórdãos e 29.863 decisões monocráticas); e, em terceiro, o crime de homicídio, com 19.161 julgados (318 acórdãos e 18.843 decisões monocráticas).

Os processos nos crimes de *tráfico de drogas, roubo e homicídio*, que, somados, alcançam 109.955 julgados (3.336 acórdãos e 106.619 decisões monocráticas), representam expressivos 96% do total de julgamentos sobre dosimetria da pena (114.304), quantitativo extraído – vale repisar – do banco de dados temáticos da Secretaria de Jurisprudência, que possui uma amostragem qualitativa, não quantitativa absoluta, mas que demonstra, de forma fidedigna, a predominância da discussão sobre a individualização da pena fixada nesses três delitos.

A propósito, os números *absolutos apurados*, entre janeiro e dezembro de 2022, pela Secretaria Judiciária e Secretaria de Tecnologia da Informação, compilados e apresentados pela Assessoria de Gestão Estratégica no Boletim Estatístico do STJ,²³⁴ apontam como *principais assuntos* catalogados os seguintes: novamente, em primeiríssimo lugar, *tráfico de drogas e condutas afins*, com 160.260 registros; em segundo, *roubo majorado*, com 55.645; e, em terceiro, *homicídio qualificado*, com 48.378.

Ao considerar a amostra de 109.955 julgados sobre *dosimetria da pena nos crimes de tráfico, roubo e homicídio* (3.336 acórdãos e 106.619 decisões monocráticas), apurou-se que, em 18.567 deles (727 acórdãos e 17.840 decisões monocráticas), o STJ *alterou a pena* fixada na origem.

Portanto, em 22% dos acórdãos e 17% das decisões monocráticas houve *reforma da dosimetria* implementada nas instâncias ordinárias aos réus condenados pelos *crimes de tráfico, roubo e homicídio*, o que representa um patamar relativamente elevado.

No crime de tráfico de drogas, foram reformadas as penas em 11.005 processos (584 acórdãos e 10.421 decisões monocráticas); no crime de roubo, em

²³⁴ O quarto e o sexto lugar, respectivamente, também são sobre matéria criminal: *prisão preventiva*, com 44.294 ocorrências, e *execução penal e de medidas alternativas*, com 39.119. A constatação do relatório é de que “nos últimos cinco anos os principais assuntos recebidos pelo tribunal se concentraram principalmente no ramo de direito penal.” Ibidem, p. 11.

5.475 julgados (94 acórdãos e 5.381 decisões monocráticas); e, no crime de homicídio, em 2.087 julgados (49 acórdãos e 2.038 decisões monocráticas).

Vê-se que, dentre os acórdãos e decisões monocráticas que *reformaram* a dosimetria da pena, 59% referem-se ao crime de tráfico de drogas; 30% ao crime de roubo; e 11% ao crime de homicídio.

Os dados levantados, portanto, revelam que o crime de tráfico de drogas é o que mais ocupa os julgamentos das Turmas criminais do STJ e o que mais enseja reformas, quando se trata de dosimetria.

A quantidade de *acórdãos* que reexaminou a sanção fixada na origem pelos crimes de tráfico, roubo e homicídio, independentemente de ter ou não alterado a pena, é de 3.336. Considerando que inexistente ferramenta de pesquisa disponível capaz de identificar *em que fase da dosimetria* se concentrou a análise (não há tratamento prévio dessa informação), essa triagem demandaria a leitura individual de cada um desses acórdãos, esforço desproporcional e fora das limitações de prazo deste estudo.

Por uma questão estratégica, ao restringir o escopo da análise apenas para os 727 *acórdãos* do STJ que *alteraram a dosimetria* da pena nesses três crimes, foram identificados 148 que operaram a reforma na *primeira fase*, isto é, sobre a pena-base, nas seguintes proporções: 37% nos crimes de homicídio; 36% nos de roubo; e 17% nos de tráfico de drogas.

Esses percentuais, embora extraídos de uma amostra restrita aos *acórdãos que reformaram a pena*, já é um indicativo do peso da primeira fase no processo dosimétrico.

Merece especial destaque, entretanto, o fato de que, no crime de *tráfico de drogas*, as *alterações de pena* implementadas na *terceira fase* – especificamente sobre a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 – representaram 325 acórdãos dentre os 584 examinados, ou seja, 56% dos julgamentos colegiados reformadores foram para aplicar a minorante do tráfico privilegiado e/ou modular a respectiva fração de diminuição (entre o intervalo de 1/3 a 2/3).

3.6.1 Considerações e cruzamento de dados

O resultado da pesquisa de jurisprudência, apesar das limitações, é capaz de evidenciar o quão a individualização da pena é assunto recorrente nos julgamentos das Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, os quais operam modificações nos acórdãos de origem em número significativo.

Chama a atenção a quantidade de processos submetidos ao Superior Tribunal de Justiça para reexame da dosimetria nos crimes de tráfico de drogas, que representa quase o dobro do segundo crime mais recorrente, o de roubo.

As informações trazidas pela análise da amostra, no mesmo compasso dos dados estatísticos gerais levantados, apontam para a ampla predominância de julgamentos do STJ, para rever as penas fixadas na origem, em *habeas corpus* e em recurso ordinário em *habeas corpus*, em substituição às vias recursais próprias.

Outrossim, vale repisar os dados estatísticos gerais, referidos no item 1.5 supra, relativos à *distribuição de processos em 2022* para as duas Turmas que julgam *matéria criminal* – independentemente da questão de fundo tratada – no Superior Tribunal de Justiça.²³⁵

O número de *habeas corpus* distribuídos foi de 77.023 e o de recursos ordinários em *habeas corpus* de 16.047, totalizando 93.070 processos. No mesmo período, essas mesmas Turmas receberam a distribuição de 36.947 agravos em recursos especiais e 10.064 recursos especiais, que, somados, chegam a 47.011 processos.

Vale dizer: o número de *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus* distribuídos (93.070) em 2022 para as duas Turmas que julgam matéria criminal no Superior Tribunal de Justiça é praticamente o *dobro* do de agravos em recursos especiais e recursos especiais (47.011).

Além da subversão das vias próprias do processo penal, há outro fator de distorção: o julgamento *monocrático* pelo ministro relator, em substituição ao órgão colegiado.

No ano de 2010, foram julgados pelas Quinta e Sexta Turmas um total de 28.037 *habeas corpus* e 1.896 recursos ordinários em *habeas corpus*, totalizando 29.933 julgados; e, em 2022, foram 78.929 *habeas corpus* e 17.393 recursos ordinários em *habeas corpus*, somando 96.322 julgados.²³⁶

Desses julgados, em 2010, foram decididos *monocraticamente* 17.413 *habeas corpus* e 1.263 recursos ordinários em *habeas corpus*, 18.676 ao todo; e, em 2022,

²³⁵ STJ. Assessoria de Gestão Estratégica. **Solicitação de dados estatísticos**. Destinatário: Marcos Aurélio Pereira Brayner. Brasília, 29 mar. 2023. Mensagem eletrônica. Os dados específicos relacionados às atividades judicantes das Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça foram solicitados à Assessoria de Gestão Estratégica, que os encaminhou por *e-mail* institucional.

²³⁶ Ibidem.

77.971 *habeas corpus* e 10.019 recursos ordinários em *habeas corpus*, um total de 87.990 decisões.²³⁷

Ou seja: em 2010, 62% dos *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus* foram decididos *monocraticamente* pelos ministros relatores; em 2022, 91% dos julgados nessas duas classes foram em *decisões monocráticas*.

Os dados denotam a inobservância da vocação natural do Superior Tribunal de Justiça (ou de qualquer tribunal), que é a de realizar julgamentos, predominantemente, em órgãos colegiados. Com efeito, a troca da deliberação colegiada pela decisão singular do ministro relator revela uma inversão da lógica do exercício da jurisdição pelo tribunal – cuja composição é, por natureza, plural e heterogênea –, acarretando prejuízos à dialogicidade e, por conseguinte, o empobrecimento do debate.

Sem embargo, há de se reconhecer que esse fenômeno reflete, hoje, uma inegável necessidade estratégica da Corte para conseguir lidar com o excessivo número de *habeas corpus* e de recurso ordinário em *habeas corpus* em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça.

Cumprе ressaltar que o mesmo se repete nos demais órgãos fracionários do Superior Tribunal de Justiça, nas três Seções, em todas as classes processuais.

Em 2022, foram julgados um total de 441.528, considerados os processos principais (excluídos os agravos internos, regimentais e embargos de declaração). Destes, apenas 3.137 processos foram julgados pelos órgãos colegiados (0,75%); e 438.211 foram por *decisão monocrática* do relator (99,25%).²³⁸

Apesar da eloquência desses números, para avançar na pesquisa e aprofundar o exame mais detalhado das peculiaridades dos julgamentos do STJ sobre o processo dosimétrico e suas vicissitudes, dependeria de informações tratadas e acessíveis, isto é, de registros organizados por categorias previamente designadas, a fim de viabilizar a recuperação de aspectos relevantes para o estudo.

Hoje, os enormes bancos de dados do Superior Tribunal de Justiça – franqueado ao público em geral –, de fato, não dispõem de tratamento de informações minuciosas dos processos, que seriam de extrema relevância, para identificar, por exemplo, quais dentre os parâmetros legais de individualização da pena são, com

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ STJ. Página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça na *internet*. Estatísticas – acompanhamento processual – ano 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Inicio>. Acesso em: 05 abr. 2023.

mais frequência, afastados ou revalorados nos julgamentos das Turmas criminais, por terem sido considerados ou inadequados em seu conteúdo ou mal sopesados em termos quantitativos.

Diante do elevadíssimo número de julgados do STJ, tampouco é possível – senão com uma insignificante amostra, insuscetível de generalização – fazer uma pesquisa robusta para aferir índices de variação de penas em casos semelhantes, identificar eventuais vieses de tratamento mais rigoroso em grupos sociais específicos (mulheres, negros, moradores da periferia, entre outros) ou mesmo apontar qual circunstância judicial ou legal tem maior impacto no recrudescimento da sanção penal.

Se informações refinadas sobre a aplicação da pena, suas alterações e sua execução estivessem disponibilizadas de forma acessível, seria possível saber, por exemplo, qual o tribunal de segundo grau onde, porventura, há uma concentração maior de acórdãos reformados e em quais pontos.

Essas e outras informações permitiriam orientar um trabalho estratégico de cooperação, direcionando esforços para aprimoramento da política criminal, tanto na prestação jurisdicional quanto no âmbito administrativo, além de servirem de subsídio para a atividade legislativa.

Enfim, nesse contexto de escassez de informação refinada – que, diga-se, não é um problema exclusivo do STJ –, a pesquisa empírica sobre a dosimetria da pena torna-se deveras dificultada ou, eventualmente, inviabilizada, a depender do objeto de estudo, limitando sobremaneira a tentativa do pesquisador de lançar mão de uma perspectiva pragmática consistente sobre um aspecto específico, alicerçada na realidade e na experiência.

O prédio do conhecimento, assim, não avança porque lhe falta base sólida para se expandir. Com esse entrave, perdem os operadores do direito, perdem os acadêmicos, perdem os jurisdicionados e, em última análise, a sociedade.

Sem embargo da evidente e indiscutível relevância da dogmática no estudo do Direito, as concepções filosóficas, baseadas exclusivamente no mundo etéreo das ideias, sem correspondência com a realidade cotidiana dos fatos palpáveis, assumem um enorme risco de se tornarem inservíveis, inúteis.²³⁹

²³⁹ “Para um pragmatista, a relevância ou significado de uma teoria só pode ser compreendido e adequadamente percebida à luz das alterações ou consequências que ela possa produzir no mundo fático. Assim, essa orientação intelectual revela o entendimento de que a produção acadêmica não deve se desvincular por completo da realidade sob pena de se tornar estéril ou utópica e, portanto,

3.7 Precedentes qualificados e informação

Diante da enorme potencial repercussão das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre critérios dosimétricos, mostrar-se-ia salutar que as questões mais relevantes sobre essa matéria fossem, em momento oportuno, levadas à julgamento perante a Terceira Seção, a fim de formar precedentes qualificados, que trazem a grande vantagem, inerente ao rito, de ampliar o debate sobre um caso paradigmático criteriosamente escolhido e, assim, agregar maior força persuasiva.

Outro fator que merece especial atenção é a necessidade de ampla divulgação desses julgados, associado à disponibilização de instrumentos tecnológicos para facilitar o acesso e resgate dos temas julgados, como forma de viabilizar a função do STJ de nortear futuras decisões de juízes e tribunais sobre o mesmo assunto.

Em tempos de informações instantâneas, o STJ tem cumprido o dever de publicidade, levando informação ao público em geral, por meio de sua Secretaria de Comunicação, que abastece a sociedade com notícias frequentes sobre os principais julgados, pelos variados meios de comunicação disponíveis, como o site do Tribunal na internet, mídias sociais e programas de rádio e televisão.

A Secretaria de Jurisprudência, por sua vez, realiza um trabalho de tratamento e compilação do entendimento jurisprudencial do STJ, oferecendo livre acesso a esse conteúdo por meio da página eletrônica do Tribunal na internet, serviço público de grande interesse da comunidade jurídica.

No entanto, observa-se que, via de regra, o juiz que prolata uma sentença condenatória definitiva que, eventualmente, venha a ser reformada pelo STJ, não tem notícia do que veio a ser alterado. Perde-se, portanto, a oportunidade do efeito “pedagógico” da decisão.

Assim, além da “prevenção geral”, o que se realiza com a ampla divulgação de julgamentos do STJ sobre temas sensíveis para os operadores do direito e o público em geral, para orientar cidadãos e profissionais do direito, também é importante a “prevenção especial”, isto é, a entrega de informação dirigida diretamente aos prolatadores das decisões reformadas pelo STJ, como forma de persuasão e orientação.

4. CONCLUSÃO

Não se tem notícia de um modelo de intervenção penal, pronto e acabado, capaz de atender aos anseios da sociedade contemporânea. Os que fazem parte da experiência dos países ocidentais – uns com mais outros com menos sucesso – apresentam sinais de desgaste e incapacidade para darem respostas a contento às novas formas de configuração e modelagem do controle social penal, notadamente as relacionadas à sociedade de risco.

O modelo penal da segurança cidadã surge nesse contexto de aumento da sensação de insegurança e receio, cada vez mais aguçado, dos cidadãos de serem vítimas, empurrado por ações governamentais imediatistas, pouco eficientes, que mascaram ou deixam de olhar para as verdadeiras fontes do problema. Leis cada vez mais severas são aprovadas “a toque de caixa”, sob o rufar dos tambores do casuísmo.

O chamado “direito penal de terceira velocidade” de Silva Sánchez converge com o “direito penal do inimigo” de Jakobs, para justificarem a conveniência de reagirem de forma enérgica contra condutas especialmente graves, assim consideradas por representarem negação frontal aos princípios políticos ou sócio-econômicos básicos do modelo de convivência estabelecido.

Essa postura rígida em face de condutas consideradas de alta periculosidade impulsiona a superação de eventuais dificuldades de persecução e produção de prova. A destacada lesividade de determinadas condutas delituosas tenta explicar a opção do meio social, nesses casos, de tolerar certos níveis de comprometimento de garantias e liberdades em troca de mais segurança. Nesse passo, desenvolve-se a desqualificação do delinquente como cidadão, promovendo a degradação e exclusão do indivíduo.

No Brasil, percebe-se o drama do efeito deletério da adoção de um direito penal simbólico – principalmente sobre as pessoas marginalizadas, que não são poucas –, sem a preocupação de implementação de políticas públicas densas, estudadas, aptas a responderem às complexidades das relações sociais em constante transformação.

A desatualização das normas jurídicas disciplinadoras da persecução penal (Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal, principalmente), em evidente descompasso com a realidade hodierna, tem sido fator motivador de uma produção legislativa casuística e atabalhoada, quase sempre sem ouvir especialistas, sem estudos empíricos, ademais, prejudicados pela falta de um banco de dados com

informações essenciais. Resultado: um sistema desfigurado, como uma colcha de retalhos, que perdeu simetria e organicidade.

Nesse contexto, o princípio da fraternidade, resgatado do esquecimento, surge como alternativa viável, um paradigma capaz de trazer uma nova perspectiva para a solução das agruras e anseios sociais. Na tríade iluminista, a fraternidade – em sua vertente política e jurídica – se apresenta como elemento de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade.

O braço das matérias cíveis parece ter agarrado com mais facilidade as práticas que entrelaçam os direitos humanos fundamentais e o ideal fraterno. Com efeito, a mediação e a conciliação, métodos de solução pacífica dos conflitos, possuem *status* constitucional, que ganharam substância no Código de Processo Civil de 2015.

A persecução penal – porque cuida dos bens jurídicos mais sensíveis, quase sempre envoltos em uma carga emocional forte, atrelada à conduta delituosa – naturalmente encontra mais dificuldade para incorporar a fraternidade.

A despeito da dificuldade de se lidar com os sentimentos de rancor, revolta e indignação dos cidadãos em face dos crimes e criminosos, a porta da fraternidade abre espaço para a reconciliação entre o infrator e a sociedade, o que não significa descurar da verdade e memória dos fatos, tampouco, da justiça.

E essa porta já foi aberta, para se adentrar em um caminho que reconhece o delinquente como parte integrante da sociedade e busca, sempre que possível, recompor, aos poucos, o vínculo que foi quebrado com a prática do delito, bem como prevenir a reincidência, objetivos que pautam as ações da Justiça restaurativa.

Julgados paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça demonstram que, com a adição da chave hermenêutica da fraternidade, ganha substância a busca por uma política criminal que tenha como objetivo a inclusão social, dando concretude a um sistema de justiça inclusiva e fraterna.

Nesse cenário, é relevante o papel das Cortes Superiores na conformação da política criminal, na medida em que têm a obrigação de produzir decisões aptas a servir de farol a juízes e tribunais, como forma de implementar uma justiça mais consentânea com os princípios da celeridade, igualdade, isonomia e, sobretudo, segurança jurídica.

Ao direcionar o foco para o Superior Tribunal de Justiça – que ostenta o título de Tribunal da Cidadania pelo alcance social de sua competência constitucional –, logo se percebe a grandiosidade (qualitativa e quantitativa) de sua atuação

jurisdicional e os reflexos imediatos desta sobre as instâncias ordinárias, portanto, com relevante impacto na política criminal.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, desde sua instalação, gradativamente, tem perdido o “fôlego” para exercer seu principal papel, a função nomofilática, asfixiado pelo progressivo e expressivo aumento do número de processos distribuídos e julgados, ano após ano, em patamares sem paralelo no mundo. O Tribunal da Cidadania foi criado para resolver a crise do Supremo Tribunal Federal, mas revive a mesma angústia, e a história se repete.

Os ministros do Superior Tribunal de Justiça, sobrecarregados, são instados a dar decisões em quantidades cada vez maiores. Precioso tempo é gasto no julgamento sobre matérias há muito pacificadas ou mesmo de interesse exclusivo das partes envolvidas, sem nenhuma repercussão social, econômica, política ou jurídica. O Tribunal da Cidadania, assim, é transformado em terceira instância revisora, em inequívoco desvirtuamento do seu papel constitucional. E, nessa toada, pouco tempo sobra para o exame, com a profundidade, das causas relevantes para a sociedade brasileira.

As medidas paliativas administrativas, que têm sustentado o funcionamento do Superior Tribunal de Justiça nesses quase trinta e quatro anos – notadamente o incremento da força de trabalho auxiliar e a utilização de ferramentas tecnológicas –, embora muito bem-vindas, não são suficientes para restituir o Tribunal para o seu verdadeiro lugar, como Corte de precedente.

Na seara normativa, percebe-se uma escalada progressiva de esforços legislativos para enfrentar a multiplicação exponencial de demandas, muitas delas repetitivas, nas Cortes Superiores.

Destacam-se, especialmente, a instituição do precedente (vinculante) pelo Código de Processo Civil de 2015, inspirado na experiência anglo-saxão do *common law*, e a do requisito de relevância das questões de direito federal infraconstitucional, trazido pela Emenda Constitucional n. 125, de 15 de julho de 2022, para a admissibilidade do recurso especial, reforçando a ênfase na função nomofilática do Superior Tribunal de Justiça.

A força vinculante do precedente, com as adaptações necessárias, visa implementar tratamento isonômico e garantir segurança jurídica, o que não se consegue sem certa estabilidade das teses fixadas pelas Cortes de Vértice e, naturalmente, sua observância pelos diversos órgãos do Poder Judiciário.

Não se deve confundir, no entanto, estabilidade com engessamento de interpretações. Há de se garantir mecanismos de revisão, imprescindíveis para a distinção de situações peculiares ou superação de entendimentos fulminados pelas alterações sociais.

Nessa perspectiva, é relevante o papel que assume os sujeitos do processo na formação, manutenção e eventual reformulação dos precedentes, sobrelevando-se o princípio da comparticipação, como expressão da possibilidade de os personagens envolvidos contribuir no resultado do julgamento.

Na mesma toada, a aprovação do filtro de relevância para a admissibilidade do recurso especial vem a corroborar essa caminhada em direção à restituição da função precípua de Corte de precedentes, deixando para trás a deturpada ideia de que o Superior Tribunal de Justiça deve fazer as vezes de terceira instância revisora.

Lamenta-se, contudo, que as ações penais tenham sido sumariamente excluídas pelo legislador constituinte derivado reformador, que as inseriu no rol das hipóteses de presunção (absoluta) de relevância.

Sem embargo, a expectativa é que a relevância seja não só um requisito de admissibilidade do recurso especial, mas principalmente uma importante técnica de formação de precedente, nos moldes em que vem sendo construída na experiência brasileira.

Com esses redirecionamentos de rumo, criam-se condições aptas a gerar previsibilidade mínima dos julgamentos de casos semelhantes e, assim, inibe-se o ajuizamento de novas demandas e desestimula-se a interposição de recursos temerários, porquanto fadados ao insucesso, desafogando juízes e tribunais pátrios, assoberbados pelo excesso de litigiosidade, abrindo espaço para uma prestação jurisdicional mais racional, célere, eficiente e igualitária.

Na seara penal, entretanto, há mais um fator complicador: o uso abusivo do *habeas corpus*. Com efeito, os dados estatísticos são contundentes ao evidenciar a hiperinflacionada carga de *habeas corpus* deduzidos perante o Superior Tribunal de Justiça, em detrimento das vias recursais próprias, forte indicativo de desequilíbrio do sistema de persecução penal.

A torrencial utilização de *habeas corpus*, para impugnar todo e qualquer ato supostamente ilegal, quantas vezes quantas forem as insurgências, em qualquer fase da persecução penal, perante todas as instâncias existentes na jurisdição brasileira, de forma antecipatória ou concomitante com as vias recursais próprias – mesmo

quando não há ameaça latente de prisão, senão eventual, baseada em suposta e futura condenação criminal –, gera atrasos, abarrota tribunais e subverte o trâmite regular das ações penais.

A desenfreada utilização da via mandamental acaba gerando, ainda, outro desvirtuamento, que é a substituição da deliberação do colegiado pela decisão singular do ministro relator, como estratégia adotada para o enfrentamento do excessivo número do *mandamus* em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça.

Depois de contextualizados aspectos relacionados ao funcionamento do Superior Tribunal de Justiça, precedidos de uma breve prospecção da importância do modelo de intervenção penal – fatores sistêmicos relevantes para a análise do tema central de estudo –, fica mais iluminado o percurso para investigar o papel constitucional do Tribunal da Cidadania de uniformizar a interpretação e aplicação da lei federal infraconstitucional sobre os parâmetros normativos de individualização da pena, em especial, os critérios de fixação da pena-base.

A individualização da pena é garantia da Constituição Federal, prevista no art. 5º, inciso XLVI, que remete a regulamentação da matéria para a lei. O legislador ordinário, por sua vez, disciplinou o sistema dosimétrico nos arts. 59 e 68 do Código Penal, além de outros elencados em leis especiais, concedendo substancial margem de discricionariedade para o juiz, notadamente na fixação da pena-base.

De fato, a discricionariedade judicial é uma ferramenta imprescindível para que a sanção abstratamente cominada pelo legislador seja personalizada como resposta penal ao réu condenado, guardando correspondência e proporcionalidade com a gravidade do crime cometido.

No entanto, quanto maior a discricionariedade atribuída ao juiz na tarefa de atribuir significado e peso a cada fator relevante do caso, menor a previsibilidade de resultado, na medida em que se alarga a margem de subjetividade e, portanto, cresce proporcionalmente a possibilidade de tratamento não-isonômico.

Sem parâmetros seguros, a discricionariedade do julgador pode facilmente descambar para o arbítrio, gerando, por conseguinte, resultados muito diferentes em julgamentos de casos similares, situação que corrói os princípios da igualdade e da isonomia, além de sepultar a pretendida coerência e integridade das decisões.

Por isso, o método dosimétrico deve conter parâmetros determinados e precisos, descritos com clareza e objetividade. Como isso ainda não foi feito pelo

legislador, cabem às Cortes Superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, fazê-lo.

Essas balizas tem a função de delimitar o espaço no qual o juiz sentenciante desenvolve seu raciocínio jurídico para, assim, cumprir com seu indeclinável dever de fundamentação, consoante o comando do inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.

Saber, de antemão, o roteiro e os critérios seguidos pelo julgador permite o estabelecimento de mecanismos de controle do ato jurisdicional, indispensáveis para se conduzir a persecução penal por uma via assentada em terreno seguro, de onde se possa enxergar, com razoável clareza, a largura da faixa de discricionariedade (vinculada) atribuível ao magistrado.

Somente com a explicitação do caminho lógico percorrido pelo juiz sentenciante para chegar à sua conclusão, as partes têm condições de apontar eventuais equívocos, exageros ou incorreções ou qualquer outra espécie de defeito passível de reforma pelas vias de impugnação.

Outro aspecto importante decorrente da (in)consistência de resultado é que, sem uma razoável previsibilidade da pena a ser eventualmente imposta em caso de condenação, a tarefa do Ministério Público de negociar o acordo de não persecução penal ou de colaboração premiada se torna bastante dificultada, na medida em que, sem a noção da provável pena, a proposta ministerial, por assim dizer, fica sem lastro. Por outro lado, o acusado também não tem condições de avaliar, objetivamente, o custo-benefício de eventual proposta.

Estabelecer balizas seguras e objetivas para delimitar a margem de discricionariedade do juiz é o grande desafio. Alcançar um equilíbrio entre a liberdade para analisar as peculiaridades do caso concreto e a previsibilidade do resultado sancionatório é a meta.

A metodologia adotada para a fixação da pena, trazida pela vetusta reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, além de manter alguns conceitos deteriorados pelo tempo, carrega alguns vazios – revelados ao longo de quase 40 anos de aplicação – que precisam ser preenchidos.

O Conselho Nacional de Justiça, em iniciativa pioneira, instituiu um Grupo de Trabalho, que apresentou uma importante pesquisa, com a elaboração de diretrizes para a dosimetria da pena nos processos criminais.

Do trabalho produzido pelo CNJ podem-se extrair alguns fatores geradores de dificuldades para a tarefa de individualização da pena feita por juízes e tribunais, em especial, a vagueza, imprecisão ou ausência de normas de regência.

Na esteira da recomendação do CNJ, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios publicou Nota Técnica, que também logrou expor a carência de parâmetros determinados para fixação da pena-base.

O trabalho desenvolvido pelo TJDFT põe ainda em evidência pontos críticos enfrentados pelos magistrados distritais na escolha dos critérios para fixação da pena-base, bem como as consequências práticas da adoção de uma ou outra diretriz titubeante, informações de extrema importância para subsidiar reflexões e novos estudos em busca de soluções para os problemas encontrados.

Diante dos resultados dessas duas pesquisas empíricas, cotejadas com aspectos dogmáticos e jurisprudenciais, é possível listar os principais percalços enfrentados pelos magistrados na primeira fase do processo dosimétrico, abaixo enumerados, seguidos de algumas considerações.

i. Realizar o juízo de valor sobre o conteúdo das oito circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal.

A primeira tarefa passa pela análise de conceitos normativos abertos, mas que estão satisfatoriamente delimitados pelas Cortes Superiores, notadamente pelo STJ, na esteira dos precedentes e jurisprudência compilados na pesquisa do CNJ. Sem embargo, questão crucial é estabelecer uma correlação particularizada entre a circunstância valorada e as peculiaridades fáticas do delito e as características pessoais do delinquente.

Para evitar o decisionismo, cabe ao magistrado sentenciante se valer das diretrizes estabelecidas pelas Cortes Superiores, como uma moldura que deve estabelecer os limites do quadro a ser colorido com os elementos concretos a serem examinados.

ii. Distinguir, na análise do conteúdo das circunstâncias judiciais, o que é “normal” à espécie e o que a “extrapola”.

Essa aferição pressupõe motivação idônea, lastreada em elementos concretos (sempre), apta a justificar maior grau de censurabilidade para além do que já é ínsita à conduta delituosa.

iii. Identificar, na análise do conteúdo das circunstâncias judiciais, a existência, ocasionalmente, de áreas de interseção ao se avaliar culpabilidade, personalidade, conduta social e circunstâncias do crime, para evitar o vedado *bis in idem*.

Embora não se confundam os conceitos de culpabilidade, personalidade e circunstância do crime, o mesmo cenário fático – conduta delituosa e aspectos relacionados ao agente – sofre uma tripartição na análise dessas três circunstâncias judiciais, cujas linhas divisórias não são bem certeiras.

De lege ferenda, melhor seria se esses três vetores fossem reunidos sob um só signo, culpabilidade, onde seria analisado exatamente o grau de reprovabilidade da conduta do agente na ação criminosa, associado à sua condição pessoal.

A conduta social, por sua vez, traz elementos, de regra, estranhos ao crime, pois se refere à interação do agente com o meio social (família, trabalho, amigos, vizinhos etc), fatores que não deveriam compor a resposta estatal penal, porque são inerentes à pessoa e não à conduta delituosa praticada.

Ademais, a análise dos aspectos comportamentais da conduta social do agente pode se imiscuir em elementos relacionados ao seu temperamento e caráter, o que evidencia certa aproximação de fatores vinculados à personalidade.

Há, mais uma vez, uma linha muito tênue separando os conceitos, que precisam ser valorados com cuidado de não repetir o mesmo fato sob rótulos diferentes, falha que pode comprometer a higidez da dosimetria.

iv. Valorar alguma circunstância judicial favoravelmente ao réu.

Embora se diga que, em tese, é possível atribuir menção favorável ao réu na análise de algumas das circunstâncias judiciais (v.g.: conduta social, personalidade do agente, motivos e comportamento da vítima), o Superior Tribunal de Justiça considera que a consequência dessa aferição positiva é apenas a de não aumentar a pena-base acima do mínimo legalmente cominado.

Não obstante, a norma do art. 59 do Código Penal apenas determina que as circunstâncias judiciais devem ser valoradas – sem prévia distinção entre conteúdo favorável ou desfavorável, como no caso das agravantes e atenuantes ou causas de aumento e diminuição –, para se fixar a pena-base “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”

Assim, com as mais respeitadas vênias, considerar somente os vetores que desabonam o infrator, para agravar-lhe a pena, mas desconsiderar eventuais fatores positivos para amenizá-la, quando cabível, traz indisfarçável viés punitivista,

imprimindo interpretação *in malam partem*. Onde a lei não restringe não cabe ao intérprete fazê-lo.

v. Resolver o concurso aparente de normas quando, eventualmente, a circunstância judicial figura como elementar de um tipo penal, como qualificadora, como circunstância legal agravante ou atenuante ou ainda como causa de aumento ou diminuição.

A resposta dogmática é melhor assentada no princípio da especialidade, que impõe sejam consideradas, na ordem, as circunstâncias da terceira, segunda e primeira fases, escalonadas por grau de especificidade.

No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido, por exemplo, quando houver mais de uma agravante da reincidência, a utilização de uma na segunda fase e a(s) outra(s) na primeira fase, como maus antecedentes. Esse deslocamento, a depender da fração de aumento utilizada na pena-base, pode acarretar um indevido aumento do resultado, com a inobservância dos parâmetros metodológicos instituídos pela lei.

Outrossim, o Tribunal da Cidadania também tem admitido, particularmente no crime de roubo, quando houver mais de uma causa de aumento, o deslocamento de uma delas para a primeira fase do cálculo dosimétrico, o que parece, da mesma forma, desfigurar o método Hungria.

Prevalece ainda o entendimento jurisprudencial, de longa data, que considera legítima, no caso de haver mais de uma qualificadora, a utilização de uma delas para qualificar o crime e a(s) outra(s) na segunda fase, como agravante, se houver sua previsão como tal, ou, residualmente, como circunstância judicial na primeira fase.

O transporte da circunstância qualificadora para a segunda ou primeira fase, nessa hipótese, é justificável, porque visa resguardar a proporcionalidade da sanção a ser imposta, em harmonia com o princípio da individualização da pena.

vi. Indicar o lastro probatório que justifique a valoração da circunstância judicial.

Sem o respaldo em elementos concretos coletados no processo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a alusão depreciativa feita pelo juiz a aspectos do agente ou do fato delituoso para majorar a pena-base se traduz em arbítrio, inquinando a dosimetria de nulidade. Isso porque não há como o réu condenado exercer o seu direito de defesa se a sentença não declina os motivos e as respectivas provas para subsidiar a aplicação da sanção penal.

O princípio da não surpresa, insculpido nos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil, aplicável ao rito penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal, impõe ao juiz o dever de não decidir com base em fundamento sobre o qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria de ordem pública.

Assim, se o magistrado sentenciante pretende se valer de algum fato relevante relativo ao réu ou ao crime para agravar a sua pena, deve se certificar de que a defesa teve a oportunidade de se manifestar sobre ele. Caso contrário, ter-se-á a nulidade da sentença.

vii. Escolher uma fração específica de aumento e respectiva base de incidência para implementar a majoração da pena na primeira fase do processo dosimétrico.

Eis as premissas apuradas no presente estudo:

a. inexistente previsão na parte geral do Código Penal brasileiro de um critério numérico (quantitativo) para a valoração de cada uma das oito circunstâncias judiciais elencadas no art. 59.

b. Predomina entre os magistrados de primeiro e segundo graus a utilização tanto do critério de 1/6 da pena mínima em abstrato, quanto do critério de 1/8 do intervalo entre as penas máxima e mínima cominadas ao tipo penal.

c. Ambas as frações são admitidas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como parâmetros idôneos – e não como critério aritmético obrigatório – e, por isso, não se constituem em direito subjetivo do réu.

d. Em qualquer caso, prevalece a discricionariedade vinculada, isto é, exige-se do juiz o dever de fundamentação concreta da escolha do patamar de aumento implementado.

e. Não há “hierarquia” entre os vetores do art. 59 do Código Penal, tampouco obrigatoriedade de que cada circunstância judicial seja valorada em idêntico patamar. Eventualmente, uma pode ser considerada mais relevante do que outra na análise do caso concreto pelo magistrado e, assim, justificar aumentos diferenciados.

f. Se não há circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base deve, obrigatoriamente, ser fixada no mínimo legal.

g. É possível a fixação da pena-base, em casos excepcionais, no patamar máximo cominando em abstrato, desde que devidamente motivado.

h. A adoção ora da fração de 1/6, ora a de 1/8, nos termos acima mencionados, promove, com frequência, significativa variação de penas, o que fomenta a interposição de recursos.

Diante da premente necessidade de contenção da discricionariedade judicial na fixação da pena-base, mostrar-se-ia salutar a aprovação de lei que estabelecesse critérios mais precisos e objetivos, sem estrangular a liberdade necessária para o juiz individualizar a pena.

Enquanto isso não ocorre, melhor seria se o Superior Tribunal de Justiça, no exercício de sua missão constitucional, promovesse esse avanço em direção à consistência de tratamento, indicando uma única baliza, como referencial para quantificar a avaliação de cada uma das 8 circunstâncias judiciais.

Essa referência – fração de aumento e correspondente base de incidência – serviria como o “centro do alvo” do que se pode considerar, *a priori*, razoável e proporcional, ponto a partir do qual, quanto mais dele se afasta o juiz, mais cresce o seu ônus argumentativo, para justificar a escolha de outro referencial quantitativo dosimétrico.

Dentre os critérios mais cotados entre os magistrados, ao nosso sentir, a fração de 1/8 (um para cada uma das 8 circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal) sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato (fator de individualização da pena elaborado pelo legislador), para a fixação da pena-base, respeitaria a proporcionalidade da individualização da pena estabelecida na fase legislativa.

Por fim, o cruzamento de dados do boletim estatístico do STJ com a pesquisa realizada pela Secretaria de Jurisprudência, em acórdãos e decisões monocráticas prolatados no âmbito das Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, publicados no ano de 2022, permite concluir que a individualização da pena é assunto recorrente nos julgamentos das Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça: quase um terço (27,7%) dos acórdãos e quase a metade (43,6%) das decisões monocráticas se debruçaram sobre questões atinentes à dosimetria da pena.

Da amostra selecionada, expressivos 96% do total de julgamentos sobre dosimetria da pena se referem aos crimes de tráfico, roubo e homicídio, sendo que em 22% dos acórdãos e 17% das decisões monocráticas houve reforma da dosimetria implementada nas instâncias ordinárias.

Os dados levantados revelam que o crime de tráfico de drogas é o que mais ocupa os julgamentos das Turmas criminais do STJ e o que mais enseja reformas, quando se trata de dosimetria: 59% referem-se ao crime de tráfico de drogas; 30% ao crime de roubo; e 11% ao crime de homicídio.

Esse nicho de crimes, portanto, demanda especial atenção para conformação da política criminal no âmbito judicial, notadamente em razão das modificações nos acórdãos de origem em número significativo.

As informações trazidas pela análise da amostra, no mesmo compasso dos dados estatísticos gerais levantados, apontam para a ampla predominância de julgamentos do STJ, para rever as penas fixadas na origem, em *habeas corpus* e em recurso ordinário em *habeas corpus*, em substituição às vias recursais próprias.

Além da subversão das vias recursais do processo penal, há outro fator de distorção: o julgamento *monocrático* pelo ministro relator, em substituição ao órgão colegiado.

Os dados denotam a inobservância da vocação natural do Superior Tribunal de Justiça, que é a de realizar julgamentos, predominantemente, em órgãos colegiados. Com efeito, a troca da deliberação colegiada pela decisão singular do ministro relator revela uma inversão da lógica do exercício da jurisdição pelo tribunal – cuja composição é, por natureza, plural e heterogênea –, acarretando prejuízos à dialogicidade e, por conseguinte, o empobrecimento do debate.

O trabalho expôs ainda a escassez de informação refinada – que, diga-se, não é um problema exclusivo do STJ –, o que prejudica sobremaneira a pesquisa empírica sobre a dosimetria da pena. As informações que faltam prejudicam um planejamento estratégico, como forma de direcionar esforços para aprimoramento da política criminal, tanto na prestação jurisdicional quanto no âmbito administrativo e legislativo.

Por fim, propõe-se a reflexão sobre a importância de se promover a comunicação direta a juízes prolatadores de sentença condenatória que, eventualmente, venha a ser reformada pelo STJ, dando notícia do que veio a ser alterado. Assim, abre-se a oportunidade do efeito “pedagógico” da decisão da Corte Superior, como forma de persuasão e orientação.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional 45/2004. São Paulo: Editora RT, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços: Discursos aos bacheleros da Faculdade de Direito de São Paulo em 1920**. São Paulo, SP: Martinelli, Passos e Companhia, 1921.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2ª ed. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 27.ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. v. 1.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 8ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

BRASIL. Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10352.htm#art542. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2004-2006/2006/Lei/L11418.htm#art2. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 dez. 1998, retificado em 5 jan. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm#art557. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1967)]. Emenda constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 abr. 1977. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em: 27 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda constitucional n. 125, de 14 de julho de 2022. Altera o art. 105 da Constituição Federal para instituir no recurso especial o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc125.htm#art1. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Acrescenta, dentre outros, os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1891)]. Publicada no **Diário Oficial da União** em 24 fev. 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1891)]. Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926. Publicada no **Diário Oficial da União** em 4 set. 1926. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc%20de%203.9.26.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Publicada no **Diário Oficial da União** em 16 jun. 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1946)]. Publicada no **Diário Oficial da União** em 19 set. 1946, republicada em 25 set. e 15 out. 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1967)]. Publicada no **Diário Oficial da União** em 24 jan. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1967)]. Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978. Publicada no **Diário Oficial da União** em 17 out. 1978. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc11-78.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Publicada no **Diário Oficial da União** em 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1824)]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 30 mar. 2023.

BRASIL. Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. Publicado no **Diário Oficial da União** em 13 dez. 1968. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. Veto parcial aposto ao Projeto de Lei n. 6.341, de 2019 (n. 10.372/2018, na Câmara dos Deputados), que "Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal". Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/12945>. Acesso em: 17/04/2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal). **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 21 dez. 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del1004.htm. Acesso em: 02 mai 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). **Diário Oficial da União** de 13 out. 1941 e retificado em 24 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Exposição de Motivos n. 211, de 9 de maio de 1983 (ref. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal). **Diário do Congresso Nacional** - Seção 1 - Suplemento A, Brasília-DF, 1 jul. 1983. p. 14. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html> . Acesso em: 03 mai. 2023.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; [...] define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 24 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 05 mai. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.736, de 30 de novembro de 2012. Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para a detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 3 dez. 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12736.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

BRASIL. Lei n. 127, de 29 de novembro de 1832 (Código de Processo Criminal de primeira instância). Publicada na **Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, e Sellada na Chancellaria do Império** em 5 dez. 1832. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871. Altera diferentes disposições da legislação judiciária. Publicada na Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça, em 21 nov. 1871. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 13 jul. 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2023.

BRASIL. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 26 nov. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9714.htm#art44. Acesso em: 02 mai. 2023.

BRAYNER, Marcos Aurélio Pereira. **O precedente vinculante e o papel do STJ**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/354162/o-precedente-vinculante-e-o-papel-do-stj>. Acesso em: 25 mar. 2023.

BRAYNER, Marcos Aurélio Pereira. **Origem, desenvolvimento, uso e abuso do habeas corpus**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-07/marcos-brayner-origem-desenvolvimento-uso-abuso-habeas-corpus>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUZAID, Alfredo. **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução: Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013. *E-book*.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Emenda Constitucional n. 209/2012 (redação original). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1020915. Acesso em: 28 mar. 2023.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **A Aplicação da Pena e o problema da discricionariedade judicial**: Breve Estudo Comparativo entre a Dosimetria Penal Brasileira e o Modelo de *Sentencing Guidelines* Norte-Americano e Inglês. Salvador: JusPodivm, 2021.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CNJ. Grandes litigantes. Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DATAJUD. Atualizado em: 17 jan. 2023. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em 30 mar. 2023.

CNJ. Portaria n. 207, de 31 de agosto de 2021. Institui Grupo de Trabalho para elaboração de diretrizes para a dosimetria da pena nos processos criminais. Disponível em: [Microsoft Word - 207-K- 31 agosto GT - Diretrizes para a dosimetria da pena vr \(1\).docx \(cnj.jus.br\)](#). Acesso em: 20 abr. 2023.

CNJ. Relatório GT: dosimetria da pena. Brasília: CNJ, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/11/relatorio-gt-dosimetria-da-pena-v6.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2023.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Sistema Prisional em Números. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 03 jun 2023.

DANTAS, Bruno Rodrigues; GALLOTTI, Maria Isabel Diniz. **Crise do recurso especial e a função constitucional do STJ**: uma proposta de reforma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/128237>. Acesso em 24 mar. 2023.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luiz Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes – Selo Martins, 2019.

EUA. [Constituição (1789)]. *Constitution of The United States of America*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1. Acesso em: 30 mar. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Frauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio Constitucional da Fraternidade**: seu resgado no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GABRIEL, Anderson de Paiva. **O pragmatismo como paradigma do direito processual penal contemporâneo** - tecnologia, consenso e whistleblowing. Londrina: Thoth Editora, 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 23.^a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2021.

HAN, Byung-Chul. **A Sociedade do Cansaço**. Tradução: Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. 6.^a ed. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LAVAREDA, Antonio; MONTENEGRO, Marcela; XAVIER, Roseane. **Estudo da Imagem do Poder Judiciário**. Brasília: AMB, FGV e IPESPE, 2019. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudo_da_imagem_do_judiciario_brasileiro.pdf. Acesso em: 24 mar. 2023.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2002. v. 3.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2023.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório Reincidência Criminal do Brasil. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil#:~:text=Conforme%20o%20gr%C3%A1fico%2C%20a%20m%C3%A9dia,significativo%20ao%20longo%20do%20tempo>. Acesso em: 3 jun. 2023.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional. 12º Ciclo – INFOPEN. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-jun-2022-12ciclo.pdf/view>. Acesso em: 3 jun. 2023.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **História e prática do habeas corpus**. 3.^a ed. Campinas: Bookseller, 2007. v. 1.

NAVES, Nilson. Superior Tribunal de Justiça: antecedentes, criação e vocação. Doutrina Edição Comemorativa dos 30 anos do STJ. p. 101-102. Disponível em:

https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/48392/superior_tribunal_justica_naves_ST_J.pdf. Acesso em 27 mar. 2023.

NETO, A. L. Machado. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

PRADO, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. **Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais**, [s./l.], v. 1, n. 00, 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/89334>. Acesso em: 24 mar. 2023.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Reflexões Jurídicas. Palestras, artigos e discursos. **O Superior Tribunal de Justiça no contexto do Poder Judiciário**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2000. p. 224-231. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/639>. Acesso em: 24 mar. 2023.

RIPOLLÉS, José Luis Diéz. **A política criminal na encruzilhada**. Tradução: André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SALOMÃO, Luis Felipe (coord). **A relevância da questão de direito federal**. Histórico, direito comparado, instrumentos semelhantes, impacto legislativo. FGV Conhecimento. Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário, nov. 2022. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_relevancia_da_questao_do_direito_federal.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 8.ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 16ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

STJ. Assessoria de Gestão Estratégica. **Solicitação de dados estatísticos**. Destinatário: Marcos Aurélio Pereira Brayner. Brasília, 29 mar. 2023. Mensagem eletrônica.

STJ. Boletim Estatístico – Dezembro de 2022. Assessoria de Gestão Estratégica. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo/boletim/2022/Boletim202212.pdf. Acesso em: 07 mar. 2023.

STJ. Ouvidoria. **Resposta à demanda Solicitação de dados para citação em dissertação de mestrado profissional**. Destinatário: Marcos Aurélio Pereira Brayner. Brasília, 17 mar. 2023. Mensagem eletrônica.

STJ. Página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça na *internet*. Estatísticas – acompanhamento processual – ano 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 05 abr. 2023.

STJ. Portaria n. GP n. 154 de 13 de maio de 2022. Estabelece o contingente de pessoal dos gabinetes de ministro. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/164288/Prt_154_2022_GP.pdf. Acesso em 04 abr. 2023.

STJ. Regimento Interno. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em 04 abr. 2023.

STJ. Resolução n. 13, de 16 de abril de 1990, art. 2º, anexo II. Dispõe sobre a classificação e reestruturação dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, Código STJ-DAS-100, e das funções de chefia de nível intermediário. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8163>. Acesso em: 05 abr. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: O sentido da vinculação no CPC/2015. 4ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Jus Podivm. 2023.

SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. A Suprema Corte Americana e o *Writ of Certiorari*. **Publicações da Escola da AGU, 10(1)**. (S./). 2018.

SUSSKIND, Richard. **Online Courts and the Future of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro. a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Taruffo-trad.-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.

TJDFT. Centro de Inteligência da Justiça do Distrito Federal. Nota Técnica CIJDF n. 10/2023. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/notas-tecnicas/nota-tecnica-10-criterios-de-fixacao-da-pena-base-publicada-9-5-23.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2023.