CENTRO UNIVERSITÁRIO BRASILEIRO - UNIBRA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA GRAÇA SOUZA
SAMARA EMANUELY VIEIRA DO NASCIMENTO SANTOS
SILVANIA MARIA DA NATIVIDADE

Análise da valoração da circunstância judicial “conduta social” durante a primeira fase da dosimetria da pena: resquícios do direito penal do autor.

RECIFE - 2025

Ana Graça Souza
Samara Emanuely Vieira do Nascimento Santos
Silvania Maria da Natividade

Análise da valoração da circunstância judicial “conduta social” durante a primeira fase da dosimetria da pena: resquícios do direito penal do autor.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Disciplina TCC II do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Brasileiro - UNIBRA, como parte dos requisitos para conclusão do curso.

Orientadora: Profª. Espec. Maria do Carmo Pereira Carvalho do Lago

RECIFE
2025

Ana Graça Souza
Samara Emanuely Vieira do Nascimento Santos
Silvania Maria da Natividade

TÍTULO: Análise da valoração da circunstância judicial "conduta social" durante a primeira fase da dosimetria da pena: resquícios do direito penal do autor.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Disciplina TCC II do Curso de Direito do Centro Universitário Brasileiro - UNIBRA, como parte dos requisitos para conclusão do curso.

Examinadores:

_____

Orientadora – Profa. Esp. Maria do Carmo Pereira Carvalho do Lago

_____

Examinador 1

_____

Examinador 2

Nota: _____

Data: ___/___/___

AGRADECIMENTOS

Agradecemos, primeiramente, a Deus, pelo dom da vida, e pela força que nos sustentou nos momentos de cansaço e desânimo. Sem Ele, nada disso seria possível, pois nem mesmo a vida teríamos. Manifestamos nossa profunda gratidão aos nossos pais, cujo apoio incondicional foi essencial para realização deste grande sonho. Não há palavras suficientes para expressar o quanto somos gratas por sua presença constante e encorajadora. Estendemos nosso agradecimento a nossa família, que sempre acreditou em nós, nos incentivou e nos fez acreditar que seríamos capazes de alcançar nossos objetivos. Agradecemos, também, ao nosso coordenador, Dr. João Roberto da Conceição, pela liderança inspiradora, profissionalismo e acolhimento. Sua dedicação em oferecer soluções e nos apresentar uma equipe docente competente e comprometida foi essencial ao longo dessa jornada. De modo especial, expressamos nossa admiração e gratidão à nossa estimável orientadora Drª Maria do Carmo Pereira Carvalho do Lago, mulher erudita, exemplo de ética e dedicação, a quem Deus concedeu o dom de lecionar, que com paciência, carisma e excelência didática, nos guiou de forma instigante e reflexiva, desenvolvendo em nós o senso crítico. Sua contribuição ultrapassa os limites acadêmicos e deixa marcas profundas em nossa formação pessoal e profissional. Registramos ainda, nossa gratidão a todos os professores que nos acompanharam, mesmo diante dos desafios, com dedicação, respeito e compromisso com o ensino. Nosso reconhecimento, também, se estende ao estimado e respeitável Professor Mestre Eduardo Pessoa Crucho Cunha, cuja leveza, bom humor e alegria contagiante, tornaram as aulas mais dinâmicas e memoráveis, deixando saudades em todos seus alunos. Por fim, agradecemos a toda equipe de funcionários da UNIBRA, que, com empenho diário colaboram para o funcionamento eficiente da instituição. Encerramos esta etapa com o coração repleto de gratidão e, embora estejamos felizes pela conclusão do curso, já sentimos saudade do convívio com todos que fizeram parte dessa trajetória, em especial nossos colegas de sala de aula.

RESUMO

O Direito Penal moderno não permite que a persecução criminal se apoie em fatores externos ao fato delitivo praticado, ou seja, ligados ao indivíduo e suas características pessoais. Ao contrário, toda edificação jurídica penal do Estado Democrático de Direto parte da premissa que as pessoas devem ser julgadas e punidas, apenas, pela infração penal cometida e não por aquilo que são ou pode vir a ser. Desta feita, o Sistema Penal Brasileiro adotou a teoria penal do fato, que foca na conduta praticada pelo agente. Contudo, na prática, o juiz, mesmo agindo dentro da legalidade, ao valorar as circunstâncias judiciais expressas no Art. 59 do Código Penal, durante a dosimetria da pena, utilizando-se do poder discricionário, e de subjetividade perpassa pelo direito penal do autor, cujo foco é na pessoa do agente. Nesse contexto este trabalho se propôs a analisar a valoração da circunstância judicial "conduta social", considerando ser o momento em que é avaliado o comportamento do agente, para fixar a pena-base. O objetivo deste estudo foi analisar se o julgador, imbuído de discricionariedade, ao apreciar negativamente a referida circunstância, opera com resquícios do direito penal do autor, tornando-se instrumento de seletividade penal. A metodologia desse trabalho foi de natureza analítico-descritiva, de método dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisas bibliográfica e documental. Assim sendo, o direito penal precisa se pautar em critérios mais objetivos e não subjetivos, como a conduta social do autor, a fim de garantir um direito penal justo e igualitário.

Palavras-Chave: conduta social, dosimetria da pena, direito penal do autor, seletividade penal, garantia constitucional.

A B S T R A C T

Morden criminal law does not allow criminal prosecution to be based on factors external to the criminal act committed, that is, linked to the individual and their personal characteristics. On the contrary, the entire criminal legal structure of the Democratic State of Law is based on the premise that people should be judged and punished only for the criminal offense committed end not for what they are or may become. Therefore, the Brazilian Criminal System adopted the criminal theory of the fact, which focuses on the conduct practiced by the agent. However, in practice, the judge, even acting within the law, when assessing the judicial circumstances expressed in art. 59 of the Penal Code, during the sentencing, uses discretionary power and subjectivity permeates the criminal law of the author, whose focus is on the person of the agent. In this context, this work proposed to analyze the assessment of the judicial circumstance "social conduct", considering that it is the moment in which the behavior of the agent is assessed, to set the base sentence. The objective of this study was to analyze whether the judge, imbued with discretion, when negatively assessing the aforementioned circumstance, operates with remnants of the author´s criminal law, becoming an instrument of criminal selectivity. The methodology of this work was analytical-decriptive in nature, using a deductive method, with a qualitative approach and blibliographic and documentary research techniques. Therefore, criminal law needs to be based on more objective and not subjetctive criteria, such as the author´s social conduct, in order to guarantee fair and egalitarian criminal law.

Keywords: social conduct, sentencing, criminal law of the author, criminal selectivity, constitutional guarantees.

SUMÁRIO

1. Introdução.....07
2. Aplicação do direito penal no Brasil: entre a norma e a prática.....08
3. Princípios constitucionais e jurídicos aplicados ao direito penal.....08
3.1 Definição.....08
3.2 Do princípio da dignidade da pessoa humana.....09
3.3 Princípio da legalidade.....09
3.4 Princípio do devido processo legal.....09
3.5 Princípio da individualização da pena.....10
3.6 Princípio da razoabilidade e proporcionalidade.....10
3.7 Princípio da isonomia ou igualdade.....11
4. Teoria penal do fato, do autor e do inimigo.....12
4.1 Teoria do direito penal do fato.....12
4.2 Teoria do direito penal do autor.....12
4.3 Teoria do direito penal do inimigo e seus reflexos na proteção dos direitos fundamentais.....12
5. Sínteses das escolas penais e correntes doutrinárias.....13
6. Da sanção.....15
6.1 Da pena.....15
6.2 Dosimetria da pena.....15
6.3 Aplicação da pena base na primeira fase da dosimetria.....16
7. A Circunstância judicial "conduta social" consignada no Art. 59 do CPB: conceito carregado de estereótipos e subjetividade.....16
8. Da seletividade penal: controvérsias éticas e jurídicas associados ao tratamento de determinados grupos ou indivíduos.....19
8.1 Seletividade e criminalização.....19
9. Considerações finais.....20
10. Referências bibliográficas.....22

1. Introdução

A Conduta Social, uma das circunstâncias judiciais prevista na primeira fase da dosimetria da pena é um vetor de valoração para a fixação da pena base e deve obedecer ao critério trifásico proposto por Nelson Hungria e adotado pelo Código Penal, no artigo 68. No entanto a subjetividade que permeia essa circunstância tem gerado profundas críticas na doutrina, especialmente por abrir margem a julgamentos pautados em estereótipos sociais, morais e culturais do agente, o que revela tensão entre as garantias constitucionais e a tendência de se utilizar elementos subjetivos do julgador na avaliação do comportamento do agente. A mencionada circunstância, ao ser valorada perpassa pela moralidade e o comportamento do réu, podendo ser vista como um resquício do direito penal do autor, que se distingue do direito penal do fato, uma vez que foca no indivíduo ao invés de se concentrar no acontecimento.

Nesse viés surge a seguinte indagação: o juiz ao estabelecer a reprovação e prevenção do crime, ao analisar a circunstância "conduta social" puniria o réu com base na teoria do autor e não na teoria do fato, afrontando a garantia do direito penal? O julgador estaria impregnado de preconceitos, influenciado por resquícios do direito penal do autor, baseado em juízos subjetivos sobre a pessoa do agente, poderia estar deixando se salvaguardar os direitos constitucionais? A hipótese é que, o julgador, na primeira fase da dosimetria da pena, diante do seu poder discricionário, ao fundamentar o vetor "conduta social" negativamente, com base em preconceitos a fundamentação resta comprometida, levando a um julgamento injusto, remetendo a seletividade penal, e consequentemente violando princípios constitucionais e do direito penal.

Assegurar a coerência, legitimidade e justiça do ordenamento jurídico é indispensável a observância rigorosa dos princípios constitucionais e penais, dentre eles: o princípio da dignidade da pessoa humana - valor central do ordenamento jurídico brasileiro, pois fundamenta os direitos fundamentais e a limitação do poder estatal; da proporcionalidade; da razoabilidade; da legalidade; da isonomia; da equidade; da individualização da pena; da culpabilidade e o da humanidade - o qual sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica do condenado; do devido processo legal; da motivação das decisões judiciais; e da justiça que busca o equilíbrio, a equidade e aplicação ética das normas jurídicas.

Esses princípios são bases para que as decisões e ações jurídicas sejam adequadas, necessárias e proporcionais ao caso concreto, a fim de evitar excessos e promover justiça. Razão pela qual, o julgador deve atuar com imparcialidade, apesar que nem sempre é possível uma vez que ele mesmo, enquanto integrante da sociedade experiência diferentes fatores sociais e culturais, podendo sua percepção da realidade e seus julgamentos serem influenciados.

Por conseguinte, através deste estudo busca-se analisar se a valoração do vetor conduta social do agente, prevista no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, baseada em critérios subjetivos por parte do julgador, reflete uma aplicação concreta da Teoria Penal do Autor no processo penal, reproduzindo padrões morais e ideológicos que tendem a penalizar mais severamente indivíduos pertencentes a grupos socialmente vulneráveis, evidenciando uma seletividade penal.

Dessa maneira, esse trabalho tem como objetivo geral analisar se o julgador, imbuído de discricionariedade, ao apreciar a circunstância judicial "conduta social" como negativa, opera com resquícios do direito penal do autor, tornando-se instrumento de seletividade penal. Ademais, tem como objetivos específicos: explorar a circunstância judicial "conduta social" na aplicação da pena base à luz de um sistema constitucional garantista e democrático; investigar o quê, tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência penal/ constitucional percebem como "conduta social" e o posicionamento dos tribunais ao reexaminar os recursos impetrados; examinar se o juiz, mesmo agindo dentro da legalidade, no tocante ao que dispõe o Art. 59 do CPB, viola princípios constitucionais.

O presente trabalho vale-se da pesquisa analítico-descritiva, buscando descrever como a circunstância judicial "conduta social" tem sido valorado na dosimetria da pena, e posteriormente analisar criticamente os impactos dessa prática à luz dos princípios constitucionais e da dogmática penal, observando como a sua interpretação pode favorecer práticas seletivas e subjetivas no processo penal. Utiliza-se do método dedutivo, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisas bibliográficas - na área do direito penal - e documental, a partir de doutrina, legislação e julgados. Fundamenta-se predominantemente na doutrina penal e constitucional, com atenção às contribuições de doutrinadores que oferecem subsídios teóricos para a discussão entre direito penal do autor, bem como para a análise crítica do uso da circunstância judicial "conduta social".

Conforme aduz Lakatos[1] (2024), a pesquisa é uma atividade que se realiza para investigação e compreensão de problemas teóricos ou práticos por meio de métodos sistemáticos e fundamentados. Assim, esta investigação busca, com base em fundamentos teóricos e análise crítica, discutir os limites e riscos da utilização subjetiva da "conduta social" como critério para dosimetria da pena no sistema penal brasileiro.

2. Aplicação do Direito Penal no Brasil: entre a norma e a prática

À princípio conceituar o direito penal é uma premissa para compreender a sua aplicação, podendo ser definido na visão de Welzel *apud* Barros[2] (2024, p. 23) "é a aquela parte do ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança." Masson[3] (2024, p. 3) conceitua o Direito Penal como o conjunto de princípios e regras destinados a combater o crime e a contravenção penal, mediante imposição da sanção penal.

Corroborando, Magalhães Noronha *apud* Masson[3] (2024, p. 4), referindo-se às características do direito penal, entende "é o Direito Penal ciência cultural normativa, valorativa e finalista. É primeiro uma ciência, suas regras compõem a dogmática jurídico-penal; é cultural, pois pertence à classe das ciências do "dever ser", ao contrário das ciências naturais, que cultural o "ser"; é normativa, porque tem como objeto de estudo a lei penal, ou seja, o direito positivo; é valorativo porque estabelece a sua própria escala de valores, a qual varia em conformidade com o fato que lhe dá conteúdo. Ele valoriza hierarquicamente suas normas; é ainda finalista, uma vez que se preocupa com a proteção dos bens jurídicos fundamentais.

Importante destacar que muitas vezes a aplicação da norma se distancia da prática, sendo marcada por contradições, seletividade e desigualdade, apresentando-se de forma simbólica para dar uma resposta à opinião pública, deixando de ser aplicada de forma efetiva.

> A função simbólica é inerente a todas as leis, não dizendo respeito somente às de cunho penal. Não produz efeitos externos, mas somente na mente dos governantes e dos cidadãos. Em relação aos primeiros, acarreta a sensação de terem feito algo para a proteção da paz pública. No tocante aos últimos, proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido.Manifesta-se, comumente, no direito penal do terror, que se verifica com a inflação legislativa (Direito Penal de emergência), criando-se exageradamente figuras penais desnecessárias, ou então com o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos pontuais (hipertrofia do Direito Penal). A função simbólica deve ser afastada, pois, em curto prazo, cumpre funções educativas e promocionais dos programas de governo, tarefa que não pode ser atribuída ao Direito Penal. Além disso, em longo prazo resulta na perda de credibilidade do ordenamento jurídico, bloqueando as suas funções instrumentais. (MASSON[3], 2024, p.9)

Outrossim, salienta-se que o Ordenamento Penal Brasileiro, arcabouço jurídico que define as condutas proibitivas, as penas aplicáveis, os direitos e deveres do acusado, bem como a forma como o Estado deve atuar na persecução penal, está inserido no Sistema Penal Brasileiro. Este abarca a forma como as normas do ordenamento penal são efetivamente aplicadas na prática e como ele é influenciado por fatores sociais, políticos, econômicos, históricos e culturais, moldando como o direito é aplicado e interpretado.

Dito isto, vários são os agentes responsáveis pela aplicação e interpretação do direito. No âmbito judicial os juízes, representantes do Estado, no exercício da sua função jurisdicional tem a responsabilidade de interpretar e aplicar a lei, de acordo com os princípios e valores do sistema jurídico. Já os advogados, dotados de capacidade postulatória, têm a incumbência da argumentação, em busca da defesa dos seus outorgantes. Enquanto os legisladores, apesar de não aplicarem diretamente o direito, criam as normas jurídicas que serão aplicadas pelos juízes e demais operadores do Sistema de Justiça, tendo como função principal definir regras e princípios que irão nortear a aplicação do direito.

Assim sendo, o juiz - figura que encarna o Estado no ato de dizer o direito, exercendo a função de resolver controvérsias, ao interpretar as normas e aplicar as sanções previstas no ordenamento jurídico, quando profere suas decisões ele age em nome do Estado de Direito, garantindo que a justiça seja feita de acordo com os parâmetros legais estabelecidos, sendo-lhe conferida uma grande responsabilidade, pelo dever de equilibrar os interesses do Estado e da sociedade com os direitos dos indivíduos.

3. Princípios Constitucionais e Princípios Jurídicos Aplicados ao Direito Penal

3.1 Definição

De acordo Melo *apud* Pepino e Souza[4] (2022, p. 20):

> O princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência e exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Os princípios, que podem ser expressos ou implícitos, determinam o alcance e o sentido do conjunto de

regras que compõem um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa. ALEXANDRINO[5] (2022, p. 196). A exemplo dos princípios constitucionais que por estarem no nível mais alto do ordenamento jurídico têm supremacia sobre os demais e vinculam todos os poderes e órgão do Estado. Assim os princípios jurídicos podem ser entendidos como os valores fundamentais do direito como um todo, podendo estar presentes em qualquer ramo jurídico, como nos direitos civil, penal, administrativo, trabalhista etc.

3.2 Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Orientador do Direto Penal, o princípio da dignidade humana encontra-se expresso no Art. 1º, inciso III, da Constituição Federal[6], classificado no Título I, como um dos princípios fundamentais, valor central do ordenamento jurídico brasileiro. Nucci[7] (2024, p. 60,) aduz que: "Trata-se, sem dúvida, de princípio regente, cuja missão é a preservação do ser humano, desde o seu nascimento até a morte, conferindo-lhes autoestima e garantindo-lhes o mínimo existencial."

Pois, o que propõe um Estado Democrático de Direito é o de buscar regulamentar as relações com a aplicação ética da norma, qual seja, pela promoção dos direitos e deveres intrínsecos e inalienáveis dos indivíduos. Bem como, o próprio Estado, que os tutela, pela garantia do seu cumprimento, zelando pela honra, moral, igualdade e os limites de sua atuação, evitando tratamentos degradantes. Dessa forma, afirmando o princípio da dignidade da pessoa humana como bússola norteadora.

Fernando Capez[8] (2021, p. 50) expões que: "O Estado Democrático parte do princípio da dignidade humana, orientando toda formação do direito penal. Qualquer construção típica cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência do nosso Estado." Assim, a dignidade humana, serve de orientação para o legislador, na criação de um novo delito, bem como, ao operador do direito na atividade da adequação típica.

3.3 Princípio da Legalidade

Consignado na Constituição Federal[6] no Art. 5º, inciso XXXIX, classificado no título II, como direitos e garantias fundamentais, no capítulo I, como: dos direitos individuais e coletivos, o referido inciso diz que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Esta redação também está contida no Art. 1º do Código Penal Brasileiro. Relata Nucci[6] (2024, p. 63) que "A perfeita adequação do fato da vida real ao modelo abstrato da conduta criminosa é a tipicidade, instrumento de viabilização do princípio da legalidade".

Assim, o fato praticado considerado contrário a lei, deve estar tipificado na norma, pois, todo fato que não está na norma definido como fato ilícito, não terá legalidade, ou seja, ninguém agirá ou deixará de agir, obrigatoriamente, se não em virtude de lei que o defina.

3.4 Do Princípio do Devido Processo Legal

Segundo Alexandrino[5] (2022, p. 223) o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, tem apontado como sede material expressa desses princípios o postulado do devido processo legal, estabelecido no artigo 5º, inciso LIV da CF/88, em sua acepção substantiva. Destaca-se que o devido processo legal substantivo ou material é um desdobramento do devido processo legal, porém com foco no conteúdo da norma. Esse "aspecto substantivo" controla o conteúdo das leis, ou seja, mesmo que uma lei tenha sido aprovada corretamente - seguindo o processo legislativo - ela ainda pode ser considerada inconstitucional se for desarrazoado, desproporcional ou violar direitos fundamentais. e não apenas no procedimento.

Contribui Nucci[7] (2024, p. 62):

> Quanto ao prisma processual, cria-se um espectro de garantias fundamentais para que o Estado apure e constate a culpa de alguém, em relação à prática de crime, passível de aplicação de sanção. Eis o motivo pelo qual o devido processo legal coroa os princípios processuais, chamando a si todos os elementos estruturais do processo penal democrático, valendo dizer, a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural e imparcial, a publicidade, entre outros, como forma de assegurar a justa aplicação da força estatal na repressão aos delitos existentes.

Conclui-se que o devido processo legal substantivo ou material foca no conteúdo da norma ou da decisão estatal com o objetivo de garantir que o conteúdo das leis e atos estatais não sejam arbitrários, desproporcionais

ou irrazoáveis. A exemplo: controle de leis que violam a dignidade da pessoa humana, que impõe penas cruéis, ou que restringem direitos de forma desmedida. Enquanto o processo adjetivo ou formal o foco é o procedimento, com o objetivo de garantir que o indivíduo seja processado ou julgado segundo regras e ritos previamente estabelecidos. Exemplificando, os direitos à ampla defesa, contraditório, juiz natural, direito ao recurso, publicidade dos atos processuais.

3.5 Do Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena está expressamente indicado na Constituição Federal no art. 5º, inciso XLVI, classificado no título II, como direitos e garantias fundamentais, no capítulo I, como: dos direitos individuais e coletivos, o referido inciso diz que: "A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) Privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos."

Greco[9] (2024, p. 94) Aduz que:

> Interpretando o texto constitucional, podemos concluir que o primeiro momento da chamada individualização da pena ocorre com a seleção feita pelo legislador, quando escolhe para fazer parte do pequeno âmbito de abrangência do direito penal aquelas condutas, positivas e negativas, que acatam nossos bens mais importantes. Destarte, uma vez feita essa seleção, o legislador valora condutas, *combinando-lhes penas* que variam de acordo com a importância do bem a ser tutelado.

Masson[3] (2024, p. 45) relata que:

> (...) repousa neste princípio de justiça segundo o qual se deve distribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento - o que em matéria penal significa a aplicação da pena levando em conta não a norma penal em abstrato, mas, especialmente sobre os aspectos subjetivos e objetivos do crime.

Para Nucci[7] (2024, p. 71): "O princípio da individualização da pena significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido, igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente par nivelar dois seres humanos".

3.6 Dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade no Direito Penal

Embora estejam implícitos na Constituição Federal[6] de 1988, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são princípios gerais do direito aplicável a todos os ramos do direito. Estes princípios encontram-se expressos na Lei 9.784/99[10], que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, no Art. 2º:

> A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V- divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X- garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo. sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa de forma que melhor garanta o entendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação.

Foi durante o período iluminista que o princípio da proporcionalidade conseguiu firmar-se, principalmente com a obra intitulada dos delitos e das penas, de autoria do Marquês de Beccaria, no ano de 1764, concluindo em seu livro que: "para que não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei."

Alberto Silva Franco, *apud* Greco[9] (2024, p. 99), discorrendo sobre o princípio da proporcionalidade, aduz que:

> O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerando em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

No campo direito penal, este princípio assume um papel essencial para definição das penas, exigindo que a punição seja compatível com a gravidade do crime. Isso reflete o ideal de que o Estado não deve impor sanções arbitrárias ou excessivas, sendo necessário que haja um equilíbrio entre o crime cometido e a pena aplicada.

Estefan e Gonçalves, 2020, *apud* Francisco Dirceu Barros[2] (2024, p. 43), relatam que:

> O princípio da proporcionalidade desdobra-se em: 1) adequação (idoneidade da medida adotada); 2) necessidade (exigibilidade do meio adotado); 3) proporcionalidade em sentido estrito (comparação da restrição imposta com ofensa praticada). O exame destes elementos conduz ao teste de proporcionalidade. Com respeito a adequação ou idoneidade da medida, deve-se verificar se os meios utilizados pelo legislador são idôneos para a consecução do fim perseguido pela norma. No campo penal, tal adequação dar-se-á quando ficar evidenciado que a norma regula um comportamento socialmente relevante e referido expressa ou implicitamente em algum valor constitucional.

Outrossim, incide na dosimetria da pena base. Como já decido no Superior Tribunal de Justiça:

> Na fixação da pena-base, além do respeito aos ditames legais e de avaliação criteriosa das circunstâncias judiciais, deve ser observado o princípio da proporcionalidade, para que a resposta penal seja justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito. HC84.427/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 5ª Turma j. 28.02.2008

Em se tratando do Princípio da Razoabilidade no Direito Penal ele exige que as decisões judiciais, inclusive as sentenças penais sejam coerentes, proporcionais e justificadas, respeitando os direitos fundamentais do acusado e do condenado. Valioso esclarecer que decisões e sentenças são atos jurisdicionais e não se confundem com atos administrativos, uma vez que aqueles são referentes a função típica do poder judiciário, enquanto estes são função típica do poder executivo.

3.7 Do Princípio da Isonomia ou Igualdade

O Princípio da Isonomia está explicito Constituição Federal[6] de 1988, em seu Caput do art. 5º, no Título II como direitos e garantias fundamentais, do capítulo I como: Dos direitos e deveres individuais e coletivos, o qual versa que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade (...)"

Aduz Masson[3] (2024, p. 60) que:

> Consagrou-se o princípio da isonomia, ou da igualdade, como a obrigação de tratar igualmente aos iguais e desigualmente os desiguais, medida de suas desigualdades.
> Este princípio estabelece que todos devem ser tratados de forma igual diante de situações em que a lei exija, sem distinções entre indivíduos, garantido, dessa forma, que as normas jurídicas sejam aplicadas de forma justa, permitindo o reconhecimento entre as diferenças sociais.

4. Teorias do Direito Penal do Fato, do Autor e do Inimigo

As teorias do direito penal do fato, do autor e do inimigo têm origens diferentes, contudo todas surgem a partir de contextos históricos, filosóficos e políticos, e não apenas como criações abstratas. Tais teorias oportunizaram debates em diferentes concepções sobre a finalidade do Direito Penal, os critérios de imputação da responsabilidade penal e os limites da atuação estatal na punição do indivíduo. Por conseguinte, esses modelos teóricos suscitaram profundas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da legitimidade da pena, do papel do juiz e dos princípios constitucionais que devem orientar o sistema penal em um Estado Democrático de Direito.

4.1. Teoria do Direito Penal do Fato

A Teoria do Direito Penal do Fato surgiu como uma reação crítica ao direito penal do autor, especialmente após abusos cometidos por regimes autoritários, com fundamento de que se deve punir apenas o fato praticado, ou seja, a conduta ilícita objetivamente demonstrada. Tem como inspiração os pensadores Hans Welzel (ação finalística), Jakobs em sua fase inicial, e Ferrajoli com o garantismo penal.

Masson[3] (2024, p. 55) destacando sobre o princípio da responsabilidade pelo fato, relata que "Os tipos penais devem definir fatos, associando-lhes as penas respectivas, e não estereotipar autores em razão de alguma condição específica. Não se admite um direito penal do autor, mas somente um direito penal do fato".

Na mesma direção, Barros[2] (2024, p. 31) atinando para o princípio da materialização do fato, revela que o Estado só pode punir condutas humanas voluntárias e não pensamentos ou penais estilo de vida das pessoas. Assim sendo, essa teoria foi desenvolvida para garantir um direito penal justo e igualitário, baseado no racionalismo e na proporcionalidade das penas, buscando proteger os indivíduos contra abusos estatais e promover um direito penal legalista.

4.2. Teoria Direito Penal do Autor

No que concerne a Teoria do Direito Penal do Autor, ela foi desenvolvida como estudo preventivo do delito em um contexto de mutações sociais, salientando a periculosidade do agente e adotando políticas públicas de controle social. Essa teoria foi aplicada de forma mais rigorosa em regimes totalitários, levando a perseguições e arbitrariedades, onde a pessoa do agente que é levada em consideração, o seu particular "forma de ser".

> Por direito o penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente e a sanção representa somente a resposta ao fato individual e não a toda a condução de vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Ao contrário, se trata de um direito penal do autor quando a pena se vincule à personalidade do autor e seja a sua antissocialidade e o grau dela que determine a sanção. ROXIN *apud* GRECO[9] (2024, p. 402).

Essa teoria teve influência da Escola Positivista que passou a perquirir causas da criminalidade, onde fatores biológicos do criminoso deveriam ser levados em consideração, o qual foi objeto de estudo de Cesare Lombroso, que ao analisar aspectos biológicos do ser humano delinquente nasceu a expressão de "criminoso nato", essa manifestação evidência que determinadas pessoas seriam destinadas a praticar crimes. Menciona Gonzaga[11] (2025, p. 47):

> Essa concepção de "criminoso nato" pode ser vista como uma semente do chamado Direito Penal do Autor (expressão valorizada na primeira metade do século XX, por meio da Escola Neokantista de Mezger)," que leva em consideração certas características pessoais para eleger alguém como criminoso, como é o caso de analisar-se a cor da pessoa.Casos de aplicação no direito penal no Brasil é muito comum, infelizmente, a começar pela população carcerária composta por sua maioria de cor negra, ocorrendo de o próprio sistema penal ser estigmatizante e discriminatório.

Para tanto, no Estado de Direito o direito penal do Estado Democrático de Direito não pode ser um "direito penal do agente", devendo ser garantidor das premissas de um direito penal mínimo: deve-se punir o agente, à luz da culpabilidade do fato, e, como ponto secundário, verificar-se-á a culpabilidade do autor.

4.3. Teoria do Direito Penal do Inimigo e seus reflexos na proteção dos direitos fundamentais.

A teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida pelo jurista alemão Günther Jakobs, observou a existência de uma distinção entre o Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo: aqueles que não

aceitavam as normas jurídicas eram considerados inimigos e, por conseguinte, submetidos a um tratamento distinto dentro do sistema legal.

Os três principais elementos dessa teoria são:

• Limitação das garantias individuais - indivíduos classificados como inimigos não possuem os mesmos direitos dos cidadãos, podendo ter suas liberdades reduzidas ou completamente retiradas;

• Repressão antecipada - o Estado pode intervir preventivamente, punindo não apenas delitos já cometidos, mas também comportamentos considerados uma ameaça e;

• Punições rigorosas e desproporcionais - as penalidades aplicadas aos inimigos são mais severas, incluindo medidas extremas para assegurar a proteção coletiva. JAKOBS e MELIÁ[12] (2007, p. 67).

Tal teoria rotula e separa parte da sociedade pela suposta periculosidade que possam oferecer aos demais, deixando margem para usurpar direitos humanos fundamentais dessa parcela da população, aferindo-lhes posição de "inimigo da sociedade" como se suas garantias constitucionais não produzissem mais efeitos por terem ferido algum bem jurídico tutelado. Visto que, essa abordagem colide diretamente com a constitucionalidade do ordenamento jurídico, bem como seus princípios, especialmente o da isonomia, que não faz distinção entre os indivíduos.

Nas palavras de Nucci[7] (2024, p. 525): "Em suma, respeitar os direitos constitucionais, em matéria penal e processual penal, não significa ser leniente com organizações criminosas, cujo objetivo é justamente esgarçar a estrutura democrática do Estado."

Ocorre que tal teoria nos remete as ideias do criminologista e político Enrico Ferrer, no século XIX, de medidas preventivas e ao conceito de periculosidade do indivíduo, que era considerado verdadeiro inimigo do Estado, tendo como consequência a ignorância das suas garantias fundamentais. Resultando em colisão com uma das premissas do direito penal, qual seja, a de proteger o bem jurídico tutelado, a manutenção da ordem social e a paz.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, aduz Nucci[7] (2024, p. 524) ter surgido em 1985, durante um Congresso em Frankfurt. Essa teoria corresponde a um modelo cuja finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os inimigos terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados, entre outros.

Resumidamente, a partir da Teoria Penal do Fato, estruturada em bases normativas e garantistas, destacou-se a ideia de que a punição deve recair exclusivamente sobre a conduta típica, antijurídica e culpável, respeitando a legalidade e a dignidade da pessoa humana. Em contrapartida, a Teoria Penal do Autor historicamente vinculada a modelos autoritários, e a Teoria Penal do Inimigo, de viés excepcionalista, abriram margem para críticas sobre a desumanização do infrator, a criminalização de sujeitos antes do fato praticado e a fragilização das garantias individuais.

Nessa senda, tais conceitos permeiam a doutrina e a jurisprudência brasileira, sendo tema de debate entre os doutrinadores e juristas, gerando uma dicotomia de interpretação e indagações sobres as decisões judiciais, proferidas pelos magistrados. Assim sendo, é pertinente a investigação se, ao fixar a pena base, durante a valoração da conduta social, o juiz estaria se fundamentando em premissas já previamente incorporadas do seu senso comum.

5. Sínteses das Escolas Penais e Correntes Doutrinárias

As Escolas Penais ou históricas são correntes de pensamento históricos e filosóficos, que surgiram em diferentes épocas, com o objetivo de explicar a natureza do crime, dos criminosos e da pena, influenciando a função do direito penal, conforme os contextos sociais e ideológicos de cada período. Essas escolas moldaram o direito penal ao longo do tempo que influenciaram o modo como o crime a pena e criminoso eram tratados. Preleciona Bitencourt[13](2024, p. 115) que "Essas diferentes correntes, que se convencionou denominar Escolas Penais, abarcaram concepções das mais variadas para explicação do delito e justificação da pena (...)"

As Correntes Doutrinária ou correntes dogmáticas são construções teóricas e técnicas contemporânea, desenvolvidas por juristas acadêmicos (como Hans Welzel, Calaus Roxin, e Gunther Jakobs), com foco na sistematização e interpretação da norma penal, especialmente no que diz respeito à estrutura do crime, estrutura do crime, imputação e aplicação da pena no direito penal.

Logo, reconhece-se que a contribuição das escolas penais e das correntes doutrinárias foi fundamental para a formação, evolução e sistematização do direito penal como o conhecemos hoje, incluem: crítica ao sistema penal medieval, baseado na vingança e na dor física; humanização das penas com defesa de proporcionalidade e legalidade; introdução de conceitos como responsabilidade moral, livre-arbítrio e periculosidade; e influência na criação de códigos penais modernos, ao reformular o modo de punir e de entender o delinquente. São exemplos: Escola Clássica, Escola Positivista e Escola da Defesa Social.

As correntes doutrinárias, desenvolvidas principalmente a partir do século XX, focaram na sistematização técnica do Direito Penal, tratando a norma penal com rigor científico, e suas principais contribuições são: estruturação lógica do crime (fato típico, antijurídico e culpável); teorias da ação, imputação e dolo - a exemplo da Teoria Finalista de Welzel e Teoria da Imputação Objetiva de Roxin; sistematização da pena e da aplicação penal com base em garantias constitucionais, e a fundamentação do princípio da legalidade penal, culpabilidade, dignidade da pessoa humana e proporcionalidade.

Nesse contexto, afirma Basileu Garcia *apud* Grego[9] (2024, p. 34), que as doutrinas acerca dos fins atribuídos à pena podem classificar-se em absolutas, relativas ou utilitárias e mistas.

> As teorias absolutas, com os olhos voltados para o passado, ou seja, simplesmente para a infração penal praticada pelo agente, advogam a tese da retribuição, sendo que as teorias relativas, com suas lentes voltadas para o futuro, buscando evitar que outras infrações penais sejam cometidas, apregoam a prevenção. Na reprovação, conforme preconiza a teoria absoluta, reside o caráter retributivo da pena. A punição se justifica pelo fato de ter o agente cometido uma infração penal. Ao mal do crime, retribui-se com o mal da pena. Emanuel Kant foi o grande expoente da teoria absoluta. Para ele, a pena é imperativo categórico e deve ser aplicada porque a exigem a razão e a justiça. Ao lado de Kant, Hegel foi outro grande defensor da teoria absoluta da pena. (GRECO[9] 2024, p. 34).

Ressalta-se que a Escola Clássica surgiu em face da divergência sobre os conceitos estruturais do direito penal, no contexto do século XVIII, tendo como principal objeto de estudo o crime e sua pena, esta era aplicada baseada nos princípios da proporção, legitimidade e da legalidade. Surgiu como reação ao totalitarismo do Estado Absolutista, com a influência do iluminismo, que teve alguns pilares como o livre arbítrio, a separação entre Estado e igreja, o contratualismo (Pacto Social), a Revolução Francesa, e o fim das penas cruéis como preceituou Beccaria[13] (1764) em sua obra Dos delitos e das penas.

> Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime. (BECCARIA[13]. 1764, p. 51). Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda das vantagens que o crime devia produzir. Toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte, tirânica. (BECCARIA[13]. 1764, p. 52).

É mister destacar que os representantes dessa escola eram, em regra, jusnaturalistas, aceitavam que as normas absolutas e naturais se sobressaíssem sobre o direito posto. Basicamente entendiam o crime como conceito meramente jurídico, predominava a concepção do livre-arbítrio e a pena como forma de retribuição.

Posteriormente, no século XIX, surgiu a Escola Positivista, denominada Positivismo Criminológico, a qual foi formada por Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garófalo, nesta escola o objeto de estudo era o delinquente, pois o crime existia ontologicamente (por si só) substituindo o livre arbítrio dos estudiosos da Escola Clássica pelo determinismo. Forte expoente nesta fase foi o médico italiano Cesare Lombroso, que desenvolveu suas ideias em relação ao homem delinquente, onde o sujeito praticante do delito era visto como um doente, selvagem, que já nasce criminoso e incapaz de seguir o ordenamento jurídico, tratando-se de um fenômeno biológico.

Segundo Masson[3] (2024, p. 76), Lombroso foi quem iniciou, de forma científica, a aplicação do método experimental no estudo da criminalidade, oferecendo à comunidade jurídica a teoria do criminoso nato, predeterminado à prática de infrações penais por características antropológicas nele presentes de modo hereditário.

Contrapondo-se a tese negativa de livre arbítrio, Enrico Ferri defendeu na fase sociológica o determinismo biológico-social. Na sua visão a pena imposta deveria ser de natureza de defesa social, trazendo a ideia de aplicar medida de segurança cabível àqueles que negavam o convívio social. Assim, segundo Grego: Enrico Ferri, sociólogo, criador da sociologia criminal, aderiu as teses de Lombroso e a ela agregou fatores sociais, econômicos e políticos considerados importantes na análise da delinquência, apontando cinco tipos de criminosos, a saber: nato, louco, passional, ocasional e habitual. GRECO[9] (2024, p. 41).

Contribuindo com os estudos, influenciado pela teoria da seleção natural o jurista, Rafael Garófalo, através da abordagem jurídico moral do delinquente atribuiu o conceito de delito natural e sustentava que os criminosos não assimiláveis deveriam ser eliminados pela deportação ou pela morte. MASSON[3] (2024, p. 77). Ele empregou e imortalizou a expressão "Criminologia", conferindo dessa forma aspectos estritamente jurídicos ao movimento.

A Escola Moderna Alemã, também reconhecida, na Alemanha, como Positivismo Crítico, Escola de política Criminal e ainda Escola Sociológica, representou um movimento semelhante ao positivismo crítico,

tendo como percussor Franz von Litsz, o qual defendia que a pena deveria ter uma função social e não apenas função retributiva como se fazia na escola Clássica, defendendo ainda que não podia se basear somente na periculosidade e no determinismo biológico como na Escola Positiva. "Listz rejeitava a tese do criminoso nato, tampouco a existência de um tipo antropológico de delinquente. A pena teria funções preventivas, tanto geral como especial." (GRECO[9] 2024, p. 43). É nesse período que a pena deixa de ser mero castigo e passa a exercer a função de retomar o delinquente ao convívio social. Aqui nasce a ideia da pena ressocializadora, despejando forte influências no valor do direito penal atual.

Em síntese, a evolução das escolas penais teve papel fundamental na construção das bases do direito penal moderno. Enquanto a Escola Positiva deu origem a um modelo centrado no autor, priorizando sua periculosidade e características pessoais, denominado Direito Penal do Autor, as Escolas Clássica e a Penal Moderna Alemã consolidaram a virada para um modelo garantista e técnico, fundado na análise objetiva da conduta típica, ilícita e culpável, ou seja, no Direito Penal do Fato. Essa distinção permanece essencial para a manutenção de um sistema penal justo, pautado pela legalidade e pelo respeito aos direitos individuais.

6. Da Sanção Penal

6.1 Da Pena

Pena, em sentido lato, é toda sanção imposta pelo Estado a alguém que cometeu uma infração, podendo ter natureza penal, administrativa ou disciplinar, não estando limitada ao Código Penal, uma vez que abrange toda e qualquer sanção estatal de natureza penal, administrativa, civil, disciplinar, e de caráter preventivo e terapêutico, qual seja, medida de segurança. Segundo Rogério Greco *apud* Barros[2] (2024, p. 349), "a pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer seu *ius puniendi*".

Enquanto, em sentido estrito, pena é a sanção imposta pelo Estado, por meio de sentença penal condenatória definitiva, ao agente que praticou uma infração penal (crimes e contravenções), com o objetivo de retribuir a ofensa ao bem jurídico protegido e prevenir novos crimes, ou seja, somente as sanções penais previstas no Código Penal, diploma legal onde estão consignadas as espécies da pena, no Título V.- "DAS PENAS", que será aplicada ao imputável, com base na culpabilidade, e as medidas de segurança e no Título VI- "DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA" que será aplicada ao inimputável ou semi-inimputável, com base na periculosidade. Aduz Capez[8] (2021, p. 3).

> Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressão pela intimidação dirigida a coletividade. (CAPEZ[8] 2021, p. 3).

Conclui- se que a sanção abrange os sujeitos imputável, inimputável e semi-inimputável. Portanto, a pena se restringe ao imputável, o qual será responsabilizado se presente a culpabilidade, conforme expresso no bojo do Código Penal Brasileiro, nos artigos 26 e 59 que trata da inimputabilidade penal e a fixação da pena, respectivamente. Vejamos:

Art. 26 "é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento."

Art. 59 do Código Penal[15]:

> O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequência 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 da pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

6.2 Dosimetria da Pena

A dosimetria da pena é um processo jurídico e técnico, pelo qual o juiz singular, faz o cálculo da pena, e fixa de forma individualizada para o réu, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto. É essencial para que a sansão penal seja justa, proporcional e individualizada, em consonância com princípio da individualização da pena, previsto no Art. 5º, inciso XLVI, da CRFB/88. Tendo como finalidade assegurar

proporcionalidade entre o crime e a pena, evitar abusos judiciais ou decisões arbitrarias e respeitar os direitos fundamentais do réu.

Barros[2] (2024, p. 407) afirma que no Brasil, a dosimetria da pena é realizada conforme o sistema trifásico, previsto no Art. 68 do CPB, método jurídico-normativo, criado por Nelson Hungria, no qual dispõe: "A pena base será fixada atendendo-se ao critério do Art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuante e agravante; por último, por último as causas de diminuição e aumento."

Declara Masson[3] (2024, p. 590), "O critério trifásico, elaborado por Nelson Hungria, sustenta a dosimetria da pena privativa de liberdade em três etapas. Na primeira fase o juiz fixa a pena base, com o apoio das circunstâncias judiciais. Em seguida aplica as atenuantes e agravantes genéricas, e, finalmente, as causas de diminuição e aumento da pena.". Todavia, no momento de cominar a pena ao condenado, o juiz deve fundamentá-la em cada etapa da análise, possibilitando uma pena mais justa, pois se fizer de forma contrária poderá acarretar uma possível anulação da sentença, além de violar as garantias fundamentais do indivíduo.

6.3 Aplicação da pena base na primeira fase da dosimetria

O objeto de estudo desse trabalho "conduta social", encontra-se na primeira fase da dosimetria da pena, consignada no artigo 59 do CPB. Trata-se da fixação da pena base, necessária e suficiente para a reprovação do fato ilícito, através da qual será necessário que o juiz a analise, juntamente com as demais circunstâncias, valorando cada uma de forma discricionária, conforme seu convencimento, baseando-se no caso concreto em relação ao condenado e ao fato ilícito, devendo fundamentar quando valorada negativamente.

Entretando, "Ele deve manter-se dentro dos limites legais cominados à infração penal, não podendo ultrapassar o patamar mínimo nem o máximo relativo ao delito pelo qual o réu foi condenado." (MASSON[3] 2024, p. 593).

Nesta etapa de valoração, ainda que todas as circunstâncias sejam extremamente favoráveis ao réu, ou seja, positiva, a pena-base não pode ser inferior ao mínimo abstratamente cominado ao crime. MASSON[3] (2024, p. 595). "A individualização da pena, segundo a Constituição, Art. 5º, inciso XXXIX e o Art. XLVI, encontra seus limites na lei ordinária, para não violar os princípios da pena determinada e da sua individualização (...)." (Bitencourt[13] 2021, p. 843).

Segundo Masson[3] (2024, p. 602) a "conduta social" é também conhecida como "antecedentes sociais", é o estilo de vida do réu, correto ou adequado, perante a sociedade, sua família, ambiente de trabalho, círculo de amizade e vizinhança etc.

Nesse contexto, devido a valorações negativas equivocadas e, muitas vezes desproporcionais por parte do juízo ordinário, o tema foi motivo de discussão no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

7. A Circunstância Judicial "Conduta Social" Consignada no Art. 59 do CPB: conceito carregado de estereótipos e subjetividade.

Define Moreira Filho[16]:

> Circunstância – Fato acessório que se prende a um acontecimento ou a uma situação. É uma particularidade que acompanha um fato. Em direito penal ela tem a função de aumentar ou diminuir a pena-base. As agravantes somente incidirão quando não constituírem ou qualificarem outro crime, evitando-se o *bis in idem* (dupla punição do agente pelo mesmo fato). O crime cometido por motivo torpe, por exemplo, agrava a pena; o praticado por relevante valor moral, a atenua. A lei não estabelece o *quantum* da agravação ou da atenuação, deixando a critério do juiz, mas, na segunda fase da fixação da pena, em respeito ao princípio da legalidade, as circunstâncias não podem agravar a pena além do máximo em abstrato, nem reduzir abaixo do mínimo legal (Súm. nº 231 do STJ). O rol das agravantes é taxativo, não podendo, assim, ser ampliado. Já as atenuantes poderão ser ampliadas desde que relevantes, mesmo não prevista expressamente em lei. As circunstâncias de um crime dizem respeito ao tempo (duração do delito), lugar (deserto, iluminado, movimentado), modo de agir (emotivo, agressivo, insensível), meios empregados durante o fato (arma, explosivo) etc. (MOREIRA FILHO[16], 2025, p. 279).

Conforme consta no Relatório do Grupo de Trabalho (GT) instituído pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[17], em 2022, para a elaboração de diretrizes envolvendo a dosimetria da pena, foram descritos conceitos de conduta social, quais sejam:

> No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) o conceito de conduta social é frequentemente explicitado: A conduta social "constitui o comportamento do réu na comunidade, ou seja, entre a família, parentes e vizinhos. Não se vincula ao próprio fato criminoso, mas à inserção do agente em seu

> meio social" (STJ. REsp 1.405.989/SP, Relatora: Min. Sebastião Reis Júnior, Relator p/ Acórdão Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 23/9/2015). (STJ. AgRg no AREsp 1.803.854/AL, Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 10/6/2022). A vetorial conduta social "corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental" (STJ. HC 544.080/PE, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/2/2020, DJe 14/2/2020). (AgRg no AREsp 2.001.304/MG, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022). Para avaliação da conduta social, "devem ser valorados o relacionamento familiar, a integração comunitária e a responsabilidade funcional do agente. Serve para aferir sua relação de afetividade com os membros da família, o grau de importância na estrutura familiar, o conceito existente perante as pessoas que residem em sua rua, em seu bairro, o relacionamento pessoal com a vizinhança, a vocação existente para o trabalho, para a ociosidade e para a execução de tarefas laborais" (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 128-129, grifei) (STJ. AgRg no AREsp 1486598/ SE, Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/8/2019, DJe 27/8/2019). (STJ. AgRg no AREsp 1.845.072/ SP, Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 22/6/2021). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA[17], 2022, p. 72).

A análise das circunstâncias judiciais deve limitar-se aos elementos concretos trazidos no processo, uma vez que se refere ao comportamento do agente em relação às suas atividades profissionais, ao relacionamento familiar e social etc., não podendo ultrapassar certos limites e estão, sempre, ligadas a uma situação que exige do julgador um elevado grau de discricionariedade e ou seletividade.

Corroborando, com esse entendimento o juízo *ad quem* desproveu a valoração da conduta social do agente, por ter sido valorada negativamente, pelo juízo *a quo*, de maneira equivocada pelo simples fato do réu não trabalhar, sendo excluída do cômputo da pena, conforme julgado a seguir:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INGRESSO FORÇADO EM DOMICÍLIO. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.1. A questão relativa à nulidade da prisão em flagrante e das provas obtidas a partir do ingresso forçado de policiais na residência do agravante não foi objeto de análise por parte do Tribunal de origem, de maneira que não pode ser apreciada diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça sob pena de indevida supressão de instância. 2. A valoração negativa da conduta social deve ser amparada em elementos concretos que a desabonem, sendo insuficiente para tanto o fato de o acusado não exercer atividade laboral ou não estudar ou ter sido preso anteriormente. Desse modo, a avaliação desfavorável desse vetor deve ser excluída do cômputo da pena-base. 3. Agravo regimental parcialmente provido para redimensionar a pena nos termos do voto. (AgRg no HC n. 754.663/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022.) (CAVALCANTE[18], 2025).

À vista da jurisprudência dos Tribunais pátrios a conduta social é trágico resquício do direito penal do autor, sendo seu objeto a conduta em comunidade, sendo valorada, caso a caso. Pune-se mais pelo que a pessoa é, e não propriamente pelo que ela fez. Ademais, a valoração da conduta social - que não se confunde com os antecedentes - é sempre em relação à sociedade na qual o réu esteja integrado, e não em relação à "sociedade formal" dos homens tidos como "de bem".

Um indivíduo que, por exemplo, habite em uma favela em paz e amizade com os vizinhos não pode receber uma valoração negativa, só porque o juiz, influenciado por variáveis ideológicas, tem o entendimento de que, na cidade, existem ambientes mais sadios para o desenvolvimento das relações sociais.

Sabe-se que na definição de conduta social estão elementos relativos à forma como o sentenciado se comporta em seu ambiente social. Esse comportamento manifesta a relação do sujeito para com o direito e deve ser perquirido pelo judiciário nos momentos da instrução do processo, em que estes dados possam vir à tona, como no depoimento de testemunhas ou no interrogatório. Como foi visto, a correção da ilegalidade, no entendimento do STJ - e de outros tribunais - aponta no sentido de que, o que não pode estar contido nessa circunstância está plenamente claro. Assim, sugere-se que, na jurisprudência nacional, o conceito de conduta social tem sido formado por exclusão. Ou seja, por ser tarefa difícil especificar todas as situações que importem em mau ou bom comportamento social, percebeu-se que nos julgados dos tribunais superiores são no sentido de excluir, caso a caso, determinados eventos:

> (...). 3. O fato de o paciente não trabalhar, por si só, não evidencia a negatividade das circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade, tendo em vista que a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, é infortúnio, e não algo tencionado. 4. (...)". (STJ, HC 120.154/MS, Rel. Ministro. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011).

É de boa conduta social o réu que cumpre os "deveres de educação dos filhos e manutenção dos pais idosos e necessitados, se é bom aluno, trabalhador, bom empregado ou servidor, paga suas contas, participa de associação comunitária ou profissional, toma parte em programas sociais, trabalha como jurado ou mesário". BALTAZAR JR[19] (2024, p. 152).

Outrora, a conduta integrava os antecedentes. Foi, todavia, instituída em circunstância autônoma durante a reforma do Código Penal em 1984. Logo, a reincidência não pode influir na valoração da conduta social:

> A circunstância judicial conduta social, prevista no Art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, **os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais.** São vetores diversos, com regramentos próprios. (STJ. RHC 130132 - Relator: Min. Teori Zavascki - Julgamento: 10/05/2016 - Publicação: 24/05/2016.)
> [...]
> Em verdade**,** não é lícito ao julgador, durante a primeira fase da dosimetria da pena, confundir a conduta social com os antecedentes criminais previstos no artigo 59 do mesmo diploma legislativo. É que, para fins de dosimetria da pena, a conduta social a ser valorada consiste na valoração, pelo juízo sentenciante, do comportamento do agente perante a sociedade, seja em seu seio familiar, seja no relacionamento com outras pessoas ou trabalho. (STJ. HC 157764 - Relator: Min. Luiz Fux - Julgamento: 18/06/2018 - Publicação: 20/06/2018).
>
> A jurisprudência desta Suprema Corte (e a do Superior Tribunal de Justiça) orienta-se no sentido de repelir a possibilidade jurídica de o magistrado sentenciante valorar negativamente, na primeira fase da operação de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, quando se utiliza, para esse efeito, de condenações criminais anteriores, ainda que transitadas em julgado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes" (STF. RHC 144.337-AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019). 8. Em conclusão, o vetor dos antecedentes é o que se refere única e exclusivamente ao histórico criminal do agente. "O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo do que o da reincidência, abrange as condenações definitivas, por fato anterior ao delito, transitadas em julgado no curso da ação penal e as atingidas pelo período depurador, ressalvada casuística constatação de grande período de tempo ou pequena gravidade do fato prévio" (STJ. AgRg no AREsp 924.174/DF, Relator: Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA[17], 2022, pp. 73 e 74)

De forma que o STJ já valorou negativamente a conduta social baseado em comportamento familiar, no temor da sociedade; desmesurado uso de bebida alcoólica, não pagar pensão alimentícia etc., o que embasa o presente trabalho, sendo fácil verificar dos julgados:

> Na espécie, a conduta social foi negativamente sopesada pelas instâncias ordinárias com base em relatos de que o réu tem por hábito a ingestão desmesurada de bebida alcoólica, "adotando postura violenta, o que já foi constatado pela própria vítima e pelos seus genitores", de que, "em certas ocasiões, a conduta alcoolizada do denunciado era tão repudiável que a própria esposa se recusava a dormir com ele, fazendo com que a menor com ele repousasse" e, ainda, no fato de que ingestão imoderada de bebida alcoólica "fez com que o réu importunasse a menor e sua família após o conhecimento das autoridades, telefonando para a casa deles e dirigindo-se até o portão, só saindo após acionarem a Polícia Militar" (e-STJ fl. 291), causando diversos conflitos familiares (e-STJ fl. 292), fundamentação que se revela concreta, suficiente e idônea para justificar o afastamento da pena-base do seu mínimo legal. (STJ. AgRg no AREsp 2.001.304/MG, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022.) Quanto à conduta social, para fins do Art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental. Inconcreto, o fato do réu estar habitualmente bêbado e drogado, bem como a necessidade constante de pedir dinheiro à família para comprar drogas e pagar dívidas com traficante, como consignado na sentença, permite a valoração negativa da conduta social. (STJ. AgRg no HC 700.170/ES, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 25/3/2022.) A conduta social, "constitui o comportamento do réu na comunidade, ou seja, entre a família, parentes e vizinhos. Não se vincula ao próprio fato criminoso, mas à inserção do agente em seu meio social" (STJ. REsp 1.405.989/SP, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Relator p/ Acórdão Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 23/9/2015), idônea, portanto, a fundamentação de que "possui 3 filhos, não os acompanha, não paga pensão alimentícia". (STJ. AgRg no AREsp 1.885.196/TO, Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA[17], 2022, p. 77)

Essa mudança no entendimento do STJ indica que a definição de conduta social ocorre por exclusão, ou seja, eliminando elementos que não devem ser considerados. Assim, em vez de listar todas as formas de conduta, os tribunais têm decidido o que não pode ser incluído nessa avaliação.

8. Da Seletividade Penal: controvérsias éticas e jurídicas associadas ao tratamento diferenciado de determinados grupos ou indivíduos

Sabe-se que o crime é um problema social secular que demanda contínua e permanente análise, especialmente, para a contemporaneidade, pois a sociedade sofre transformações e o direito deve acompanhá-las para garantir a efetividade da justiça e a proteção dos direitos fundamentais.

Logo após o período da Segunda Guerra Mundial, em 1948, a Assembleia das Nações Unidas estabeleceu a Declaração Universal dos Direitos Humanos como um guia fundamental para todas as nações, servindo como um marco que delimita os direitos naturais dos indivíduos.

Contudo, embora o ordenamento jurídico busque acompanhar a complexidade das relações interpessoais, está muito distante de prever e regular todas as situações. Ocasionando em diversos problemas processuais, especialmente, das etapas de elaboração legislativa. Assim, reproduzindo padrões de seletividade penal, no qual a aplicação da justiça tende a recair de forma desproporcional sobre os indivíduos hipovulneráveis.

As pessoas que já nascem em um contexto de precariedades, muitas vezes devido à falta de oportunidades, se encontram obrigadas a recorrer ao caminho mais imediatista, o da criminalidade. Não porque acreditam que o crime compensa e sim pelo fato de que, naquele momento, o sujeito precisa romper a barreira que o distancia da coisa que suprirá suas necessidades mais urgentes e atuais.

Apesar do Estado ter como princípio basilar o de prover iguais condições e dignidade para todos, tal objetivo encontra-se no plano de um ideal, ou seja, são ideais políticos que necessitam de inúmeras gerações e recursos pela eterna busca de concretização, conforme seus recursos permitem. Por óbvio, criaram-se barreiras sociais que distanciam, ainda mais, alguns grupos de ter uma vida digna como manda a Constituição perpetuando a uma utopia. Mister se faz ressaltar, as palavras dos Professores Zaffaroni e Pierangeli[20] (2023, p. 61) "Por certo que ainda está muito longe de aperfeiçoar-se, mas, indiscutivelmente, vai-se criando uma *baliza jurídica positiva* que serve de referência."

Ademais, Zaffaroni *apud* Grupo de Estudos em Criminologia Crítica[21] (2025, p. 59) define que "o sistema penal cumpre função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as"

Conforme relata Santos *apud* Grupo de Estudos em Criminologia Crítica[21] (2025, pp. 13 e 14):

> No Brasil, essa seletividade é particularmente evidente na maneira como o sistema penal trata pessoas de classes sociais baixas, negras, e moradores de áreas periféricas contrastando com o tratamento dado às classes privilegiadas. (2025, p. 13) No Brasil, a seletividade penal abissal pode ser observada em várias etapas do processo penal, desde a abordagem policial até o julgamento e a execução da pena. (2025, p. 14).

Seletividade Penal pode ser compreendida como uma reação fática construída ao longo do tempo sob a influência dos próprios indivíduos rotuladores quanto da máquina estatal que acolhe esses rótulos ao invés de desacelerar essa divisão social, econômica e política.

Santos *apud* Grupo de Estudos em Criminologia Crítica[21] (2025, p. 14) relatam que "O sistema penal forte espelho desse fenômeno é a comunidade carcerária predominantemente de negros, pobres, favelados etc. refletindo uma clara seletividade na aplicação da lei"

Conforme aduz Gonzaga[11] (2025, p. 216) "As criminalizações referem-se ao modo de criar condutas criminosas, podendo isso ocorrer por parte do legislador, do sistema penal e da sociedade".

8.1 Seletividade e Criminalização

Zaffaroni e Pierangeli *apud* Grupo de Estudos em Criminologia Crítica[21] (2025, p. 47) define que [...] a seletividade penal ou seleção criminalizante "trata-se de um controle social punitivo institucionalizado que atua desde a ocorrência ou suspeita de ocorrência de um delito até a execução penal [...]" A Seletividade se manifesta por meio em algumas etapas normativas, quais sejam: criminalização primária e secundária**.** A criminalização primária que se refere à etapa em que o legislador estabelece quais condutas serão classificadas como crime e consequentemente acompanhadas das penas.

Gonzaga[11] (2025, p. 216) "na criminalização primária, o ponto inicial de análise é o legislador que elabora a lei penal. O destaque feito para esse tipo de criminalização está nos bens jurídicos que o legislador almeja tutelar com sua atuação legislativa"

A criminalização secundária conduzido pelas autoridades do sistema penal tende a selecionar, de

maneira geral, dois tipos de alvos: (a) ações grosseiras ou simplórias, que são mais fáceis de identificar, e (b) indivíduos que ofereçam menor resistência, especialmente aqueles com pouca capacidade de acesso ao poder político, econômico ou aos meios de comunicação de massa.

Relata ainda Gonzaga[11] (2025, p, 219) que "a criminalização secundária vem abordar a construção dos crimes e dos criminosos por parte dos controles sociais formais (...)"

No âmbito jurídico, na concepção da criminalização primária e secundária, essa seleção claramente viola o princípio da igualdade, ignorando a ideia de que todos devem ser tratados de forma igualitária, tanto perante a lei quanto na elaboração dela. O princípio constitucional da isonomia, Art. 5.º caput da CF/1988, é desrespeitado não só quando a legislação faz distinções entre indivíduos, mas também quando autoridades públicas aplicam a lei de forma seletiva e arbitrária.

Não obstante, surgiram diversos problemas, proveniente da elaboração das leis, arraigados pelo senso comum, além de discriminatórios, que frequentemente resultam na aplicação seletiva.

Decorrente da disparidade exacerbada de tratamento entre as classes sociais, crimes cometidos por indivíduo, com poder aquisitivo maior, tende a sofrer menos o rigor da lei. Enquanto os hipovulneráveis, esses sim, são submetidos à severidade e o rigor que tem o peso da mão do Estado.

Com a dimensão dos avanços dos estudos sociológicos, surgiu uma criminologia mais moderna, que tenta ir além das antigas explicações da criminalidade, que viam o crime como algo patológico ou no determinismo. No entanto, mesmo com essas novas ideias, a ideologia da defesa social ainda tem uma presença muito forte e continua influenciando as decisões do sistema penal. Perpetuando uma utopia de que a lei trata todos de forma igualitária e que o ordenamento jurídico consegue/busca compreender todas as situações fáticas. Mas, na prática, esse conceito sofre pela ignorância das diversas desigualdades

Assim, como argumenta que o sistema penal não pune todos igualmente. Ao contrário: ele produz o criminoso como figura social a partir de recortes de classe, raça e outros estereótipos. Dessa forma, a sociedade se encontra desprotegida ao passo que as agências punitivas não se adaptaram ao cenário, supracitado, social e econômico.

Essa realidade pode afetar diretamente a imparcialidade do julgador, que é um princípio essencial para um julgamento justo. Mesmo que a imparcialidade seja um dever ético e legal, ela pode ser prejudicada por influências externas, como já mencionados, estereótipos sociais ou contextos culturais, que podem reforçar os padrões de seletividade penal. Nesse sentido, os julgadores podem, ainda que de forma inconsciente, reproduzir essas tendências seletivas no momento da aplicação da lei.

9. Considerações Finais

O presente estudo buscou analisar a valoração da circunstância judicial conduta social, na primeira fase da dosimetria da pena, verificando como vem sendo a atuação dos julgadores e como interferem na aplicação da pena. Foram utilizadas a pesquisa bibliográfica, buscando doutrinas que abordavam o assunto, bem como, utilizando-se também dos julgados dos tribunais superiores, nas decisões em relação ao assunto abordado.

Observou-se que nos julgados analisados, a valoração da circunstância judicial "conduta social", por vezes, foi negativada pelo juízo de primeiro grau, baseando-se no estilo de vida do réu, bem como pelo seu comportamento em relação ao ambiente social onde convivia. Verificou-se ainda que nos reexames dos recursos interpostos ao Superior Tribunal de Justiça, que na maioria das vezes deram provimento às valorações negativas, em algumas decisões, eram negados os provimentos às valorações negativas, ou seja, mostrando que esta circunstância ainda é utilizada de forma equivocada pelo juízo de primeiro grau para aumentar a pena base do réu.

Tais decisões, baseadas no conceito definido de conduta social, acabam remetendo a uma significativa seletividade penal, através da qual a criminalização fica evidente quando se pune baseando-se em estereótipos associados ao seu meio social, ou seja, pune-se o infrator não apenas pelo crime cometido, e sim pelo que ele é ou como se comporta em seu meio social.

Verificou-se que a circunstância judicial "conduta social" por ser um vetor de valoração subjetiva, através do qual o julgador pode se utilizar da discricionariedade, evidencia um nítido resquício do direito penal do autor, uma vez que essa circunstância trata exclusivamente situações da vida particular do réu, a exemplo: do seu estilo de vida, o que faz quando está inserido em seu meio social, seu comportamento em relação a família, vizinhos, trabalho e outras situação de sua vida "íntima". Ratifica-se, que diante da pesquisa realizada essa circunstância não se vincula ao fato criminoso, como trata a teoria penal do fato, mas a inserção do agente em seu meio social.

É mister salientar que o Código Penal Brasileiro de 1940, sofreu uma modernização, através da Lei Ordinária nº 7206/84, sendo reformulados vários artigos, dentre eles o Art. 42 que foi substituído pelo Art. 59

recepcionando as circunstâncias judiciais “conduta social e comportamento da vítima”. A Constituição Federal vigente, também conhecida como Constituição Cidadã foi promulgada no ano de 1988, 04 (quatro) anos depois da reforma do Código Penal. Desta feita, percebe-se que vários princípios fundamentais, sejam eles explícitos e implícitos, nela inseridos, causaram impacto no ordenamento jurídico existente.

Observa-se que a valoração da circunstância “conduta social” realizada pelo magistrado é legal, uma vez que tem previsão normativa. Contudo, o julgador ao exercer o seu ofício de forma vinculada, no tocante ao dispositivo legal, é assegurado valer-se do poder discricionário para interpretação da norma, a fim de fixar a pena base, na primeira fase da dosimetria da pena. Nesse contexto, o juiz pode ser influenciado por conceitos intrínsecos já formados, levando-o a agir de forma preconceituosa, negativando a conduta social, de forma equivocada e, consequentemente, sendo instrumento da seletividade penal.

Verificou-se que a circunstância judicial “conduta social”, ao ser valorada, perpassa pelo Direito Penal do Autor ferindo princípios fundamentais, quais sejam: dignidade da pessoa humana quando se usa de estereótipos do réu para julgá-lo; o princípio da isonomia, quando interfere no seu direito à liberdade, ao aumentar a pena; o princípio da legalidade, quando pune o réu baseado em fatos e circunstâncias não tipificados como infração penal; os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, quando a pena é aumentada, por consequência de uma valoração equivocada dessa circunstância, por parte do julgador.

Assim sendo, este trabalho não pretendeu esgotar ou exaurir o tema, mas sim contribuir para futuros debates, com a intuito de que se realize uma dosimetria da pena fundamentada em parâmetros objetivos, em congruência com o Direito Penal do Fato, assegurando as garantias constitucionais e respeitando o Estado Democrático de Direito.

10. Referências Bibliográficas:

1. LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas 2024.

2. BARROS, Francisco Dirceu. **Tratado doutrinário de direito penal** – Volume 1 – 3. ed. - Leme-SP: Mizuno, 2024.

3. MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Geral (Art. 1º ao 120)** – 18. ed., ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2024.

4. PEPINO, Luis Fernando Rossi; SOUZA, Renne do Ó. **Direito Penal: parte geral.** 2. ed, rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Método, 2022.

5. ALEXANDRINO, Marcelo. VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado** – 31 ed. – Rio de Janeiro: Método, 2022.

6. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 de maio de 2025.

7. NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal: Geral e Especial**. 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense Método, 2021.

8. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – v. 1: Parte geral – art. 1º ao 120 – 25 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

9. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: artigos 1º., ao 120 do código penal** – 26 ed., rev., atual e reform. 2 reimp. – Rio de Janeiro: Atlas 2024.

10. BRASIL. Lei nº 9.784/99. Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 05 de maio de 2025.

11. GONZAGA, Chistiano. **Manual de Criminologia**. – 6 ed. – São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

12. JAKOBS, Günther; MELIÁ; Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

13. BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral: arts 1 ao 120 – v 1-27 ed- São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

14. BECCARIA, Cesare, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. – São Paulo: Martin Claret, 2017, 3ª reimp. 2023.

15. BRASIL. Código Penal Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art59. Acesso em: 26 de abril de 2025.

16. MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal Comentado** – 15 ed. – São Paulo: Rideel, 2025.

17. CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório GT Dosimetria da Pena**, Brasília, 2022.

18. CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A valoração negativa da conduta social deve ser amparada em elementos concretos que a desabonem, sendo insuficiente para tanto o fato de o acusado não exercer atividade laboral ou não estudar ou ter sido preso anteriormente**. Buscador Dizer o direito, Manaus. Disponível<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2ef3dce7c059b268cf8b9e707ee5594>. Acesso em: 19/04/2025.

19. BALTAZAR JR., José Paulo. **Sentença Penal**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2024. p. 152

20. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, 15. ed. ev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

21. GRUPO DE ESTUDOS EM CRIMINOLOGIA CRÍTICA(GECRIC). Brene, Cleyson. José Carlos, Trinca Zanetti, João Marcos Araújo Tomé, et al. (Orgs.). Leme -São Paulo: Mizuno, 2025.