

DO FATO AO SER: A SUBJETIVIDADE DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL COMO PONTE AO DIREITO PENAL DO AUTOR E RUPTURA DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS

FROM FACT TO BEING: THE SUBJECTIVITY OF ARTICLE 59 OF THE PENAL CODE AS A BRIDGE TO THE CRIMINAL LAW OF THE AUTHOR AND A RUPTURE OF DEMOCRATIC PRINCIPLES

Artigo submetido em 24 de novembro de 2025

Artigo aprovado em 29 de novembro de 2025

Artigo publicado em 29 de novembro de 2025

Cognitio Juris

Volume 15 - Número 58 - 2025

ISSN 2236-3009

Autor(es):

Misael Victor Oliveira Pereira[1]

Douglas da Silva Araújo[2]

RESUMO: O presente trabalho destaca o sistema prisional brasileiro pelo exercício regular e contínuo do jus puniendi estatal, que é a fundamentação formal da dosimetria da pena.

Desse modo, essa fase, que transforma a norma penal abstrata em sanção concreta, é o

ponto central de legitimação da resposta penal, influenciando a vida do réu. Ademais, o presente trabalho propõe uma crítica à subjetividade judicial na dosimetria, especificamente na fixação da pena-base (primeira fase), regida pelo art. 59 do Código Penal (CP) e suas circunstâncias judiciais presentes. Com isso, observa-se que a dosimetria não é um mero cálculo técnico; ela está em tensão constante com o princípio da legalidade devido à “abertura valorativa” do art. 59 do CP, o que exige rigor no controle da discricionariedade do magistrado. Além disso, o foco do debate está em como o uso de critérios subjetivos na avaliação dessas situações pode levar o julgador a desvios conceituais sérios, como o Direito Penal do Autor ou, em casos extremos, o Direito Penal do Inimigo. Desse modo, esses desvios afastam o princípio essencial do “Direito Penal do Fato”, que estabelece que a punição deve se concentrar na conduta praticada, e não nas características do indivíduo. Assim, outro aspecto de discricionariedade abordado no estudo é a preponderância do art. 42 da Lei de Drogas (Lei n.º 11.343/2006), que exige a valoração da quantidade e natureza da droga. O objetivo principal da pesquisa é examinar o procedimento dosimétrico como um ponto de conflito entre o garantismo penal e a discricionariedade judicial. Dessa forma, busca-se identificar problemas decorrentes do uso de critérios subjetivos que isolam as formalidades legais da dosimetria (art. 59 do CP) e os princípios presentes na Constituição Federal de 1988. Além disso, a metodologia adotada é bibliográfica e crítico-doutinária, baseada no método dedutivo, a pesquisa utiliza um marco garantista para confrontar a realidade jurídico-prática, autores como Zaffaroni (crítica à superficialidade), Gomes (análise prática), Bitencourt (síntese penal), e Jakobs/Meliá (Direito Penal do Inimigo) servem de base teórica. Por fim, a expectativa final do trabalho é demonstrar que a falta de objetividade e parâmetros claros na aplicação dos critérios dosimétricos permite que vieses subjetivos se manifestem, de modo que é incompatível com um sistema garantidor, pois desloca indevidamente o enfoque da punição do “fato” para o “autor” do crime.

Palavras-chaves: Dosimetria da Pena; Subjetividade Judicial; Garantismo.

Abstract: This paper highlights the Brazilian prison system through the regular and

continuous exercise of the state's *jus puniendi*, which is the formal basis for sentencing. Thus, this phase, which transforms the abstract penal norm into a concrete sanction, is the central point of legitimizing the penal response, influencing the defendant's life. Furthermore, this paper proposes a critique of judicial subjectivity in sentencing, specifically in the determination of the base sentence (first phase), governed by Article 59 of the Penal Code (CP) and its present judicial circumstances. Therefore, it is observed that sentencing is not a mere technical calculation; it is in constant tension with the principle of legality due to the "evaluative openness" of Article 59 of the CP, which demands rigor in controlling the magistrate's discretion. Furthermore, the focus of the debate is on how the use of subjective criteria in evaluating these situations can lead the judge to serious conceptual deviations, such as Author's Criminal Law or, in extreme cases, Enemy Criminal Law. Thus, these deviations deviate from the essential principle of "Criminal Law of the Act," which establishes that punishment should focus on the conduct committed, and not on the characteristics of the individual. Therefore, another aspect of discretion addressed in the study is the preponderance of Article 42 of the Drug Law (Law No. 11.343/2006), which requires the assessment of the quantity and nature of the drug. The main objective of the research is to examine the sentencing procedure as a point of conflict between penal guarantees and judicial discretion. This study seeks to identify problems arising from the use of subjective criteria that isolate the legal formalities of sentencing (Article 59 of the Penal Code) from the principles present in the 1988 Federal Constitution. Furthermore, the methodology adopted is bibliographic and critical-doctrinal, based on the deductive method. The research uses a guarantor framework to confront the legal-practical reality; authors such as Zaffaroni (critique of superficiality), Gomes (practical analysis), Bitencourt (penal synthesis), and Jakobs/Meliá (Enemy Criminal Law) serve as a theoretical basis. Finally, the ultimate goal of this work is to demonstrate that the lack of objectivity and clear parameters in the application of sentencing criteria allows subjective biases to manifest, making it incompatible with a guarantor system, as it unduly shifts the focus of punishment from the "act" to the "perpetrator" of the crime.

Keywords: Sentencing Guidelines; Judicial Subjectivity; Legal Guarantees.

1 INTRODUÇÃO

O atual cenário do sistema prisional brasileiro relaciona-se ao exercício do *jus puniendi* por parte das instâncias que compõem o sistema de justiça criminal, em especial o Poder Judiciário. O poder de punir corresponde à prerrogativa do Estado soberano de sancionar os sujeitos que descumprem as normas penais, inclusive por meio de sanções privativas de liberdade. Contudo, a aplicação desse modelo tende a reproduzir-se como prática habitual; a dosimetria da pena, então, apresenta-se como etapa central de legitimação da resposta penal.

Em primeira análise, a dosimetria não se reduz a um mero cálculo matemático; é o momento em que a norma abstrata se materializa na sanção concreta, refletindo diretamente na vida do condenado. Ademais, não se trata de procedimento unicamente técnico: há tensão com a legalidade em razão da abertura valorativa do art. 59 do Código Penal e da busca por justiça material, o que exige controle da discricionariedade judicial nessa fase de aplicação da pena, tal como explicitada na sentença penal condenatória.

Desse modo, o tema delimita-se em uma análise crítica da subjetividade do magistrado na primeira etapa da dosimetria, ou seja, na fixação da pena-base, prevista no art. 59 do Código Penal, relacionada às circunstâncias judiciais. Soma-se a isso a preponderância imposta pelo art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, que determina a valoração da quantidade e da natureza da substância ou do produto apreendido. Logo, a questão em debate diz respeito ao controle da subjetividade judicial, e não apenas à técnica normativa.

Diante desse cenário, emerge a problemática inicial da pesquisa: de que modo a utilização de critérios de teor subjetivo pode conduzir o julgador a derivações de “Direito Penal do Autor ou do Inimigo”, especialmente em casos complexos, afastando-se dos princípios garantidores do “Direito Penal do Fato”? Assim, o trabalho se justifica pela

necessidade de que a isonomia e a segurança jurídica prevaleçam.

O objetivo do trabalho é analisar o procedimento dosimétrico como campo de tensão entre o garantismo penal e a discricionariedade judicial, identificando os eventuais problemas decorrentes do uso de critérios subjetivos que se afastam das finalidades legais da pena (art. 59 do CP) e dos princípios constitucionais. Outrossim, os objetivos específicos concentram-se em examinar o Direito Penal do Autor e do Inimigo, discorrer sobre a fixação da pena-base e recuperar a origem do sistema trifásico.

A metodologia empregada na obra é de natureza bibliográfica e crítico-doutrinária, com base no método dedutivo. A princípio, constrói-se um marco garantista para confrontar a realidade jurídico-prática. A pesquisa bibliográfica abrange Direito Penal, Criminologia e Teoria das Penas, com ênfase em Zaffaroni (crítica à superficialidade dos critérios subjetivos), Gomes (análise de casos práticos em monografia), Bitencourt (síntese penal objetiva) e Jakobs e Meliá (Direito Penal do Inimigo).

Por fim, espera-se demonstrar a ausência de objetividade suficiente na dosimetria da pena que, embora tenha fundamento legal no Código Penal e na Constituição Federal, carece de parâmetros claros sobre a aplicação dos critérios, o que abre espaço a vieses subjetivos e incompatíveis com o sistema garantidor, deslocando o enfoque do fato para o autor.

2 ORIGEM E FUNÇÃO DA DOSIMETRIA

O nascimento da dosimetria é motivado pelo Estado Democrático de Direito, como meio de humanização e de tornar a sanção penal justa; além disso, é considerada garantia constitucional, sendo fundamentada no artigo 5, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988, que surge como critério de individualizar a pena.

A dosimetria como caráter individualizador garantidor emerge além da demonstração do poder estatal em relação ao indivíduo, mas como mecanismo garantidor dos Direitos

Fundamentais, de modo a promover uma pena necessária e fundamentada com base no caso concreto, nada além do necessário.

Segundo Bitencourt (2023), o processo de individualização da pena se manifesta em três partes: a individualização legislativa que o legislador define a margem para o crime e seus critérios de fixação, a judicial que é a concretização da parte legislativa e a sua aplicação pelo juiz, por fim, a executória que se refere ao seu cumprimento, entretanto, o enfoque será feito a respeito da judicial.

Desse modo, a sua positivação está presente nos artigos 59 e 68 do CP, que exemplificam o rito geral do sistema trifásico e pelo rito especial presente no artigo 42 da lei 11.343/06 de drogas, que estabelece a fixação da pena com preponderância na natureza (teor de viciar) e em sua quantidade (volume), comumente utilizado para aumentar a pena-base e afastar a causa de diminuição de pena em relação ao tráfico privilegiado, como explanado abaixo:

A natureza e quantidade da droga também são usadas para motivos diferentes, sendo na primeira fase para fixar a pena-base e na terceira para modular o quantum diminuição da pena, seguindo o mesmo raciocínio da reincidência (Nascimento; Salvador; Hasse, 2023, p.16).

Entretanto, é necessário observar a vedação ao bis in idem, como princípio basilar da dosimetria, com o objetivo de proibir a dupla valoração negativa do mesmo fato/circunstância judicial. Assim, a Súmula 444 do STJ proíbe que ações sem trânsito em julgado possam agravar a pena-base. Assim, é evidenciado que a prova deve ser concreta e sem indícios de dúvidas, com o intuito de evitar abstrações e ponderar negativamente a personalidade /conduta social do réu, ou ainda, a Súmula 241 do STJ, ao vedar que a reincidência penal não pode ser valorada como circunstância agravante e judicial, simultaneamente, vale considerar apenas em uma fase.

Desse modo, é estritamente proibido que a quantidade e a natureza citadas no art. 42 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) sejam valoradas separadamente, conforme o entendimento pelo STF, que ratifica novamente, exposto pela Repercussão Geral do Tema 712:

(...) em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa. Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem (STF, Tema 712).

A princípio, é observado o artigo 59, que estabelecerá a pena-base por meio de oito circunstâncias judiciais que o juiz deverá analisar, sendo elas: (I) a culpabilidade, (II) os antecedentes, (III) a conduta social, (IV) a personalidade, (V) os motivos, (VI) as circunstâncias, (VII) as consequências do crime e (VIII) o comportamento da vítima. Segundo Bitencourt (2023), apesar dos critérios formarem um agrupamento, estes deverão ser desenvolvidos de modo individual e com fundamentação legal a cada decisão. Ademais, encontrada a pena-base, o juiz deverá considerar as agravantes e atenuantes que podem aumentar ou reduzir a pena, este processo formatará a pena provisória. Outrossim, é importante citar que Bitencourt (2023) discute e soluciona o impasse a respeito de que as atenuantes podem reduzir além da pena mínima, é totalmente possível, já que deverá ser considerado o fato de estar na segunda parte e ainda ter o acréscimo da terceira fase, como também a mudança da responsabilidade objetiva para a subjetiva.

Por fim, a pena definitiva que o juiz aplicará às majorantes e minorantes incidirá sobre a pena da fase anterior ou ainda da primeira etapa, caso não estejam presentes os artigos 61, 62, 65 e 66 do Código Penal, ou seja, a pena definitiva poderá ser a base ou a provisória, a depender do caso concreto. Assim, caso estejam presentes, a majorante deverá ser incorporada e, em seguida, a minorante; para Bitencourt (2023), o magistrado deverá, após

tal procedimento, optar pela substituição ou suspensão da pena ou fixar de imediato o regime inicial de cumprimento.

3 FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS NA PENA-BASE

A pena funciona como um mecanismo de controle formal das condutas pessoais por meio do poder punitivo que busca corrigir e reeducar aquele que foi acometido por ela, entretanto, esta é regida por critérios subjetivos e objetivos fomentados no artigo 59 do Código Penal.

De modo a ampliar o artigo, é possível separar os critérios em vetores objetivos, como as circunstâncias (a forma como foi executado), consequências do crime (a extensão do dano) e comportamento da vítima (favorecimento ao delito ou não). Ademais, além dos subjetivos com a culpabilidade (refere-se ao grau de reprovabilidade da conduta e da intenção do agente, como dolo ou culpa), antecedentes (a vida passada do sujeito), conduta social (como o réu se desenvolve em sociedade), personalidade do agente (o perfil psicológico, torna-se necessário laudo pericial para negativa) e motivos (o porquê foi realizado tal fato), os quais se referem ao réu e sua prospectiva social.

Apesar dos elementos subjetivos, a personalidade e a conduta chamam a atenção pelo seu critério pessoal de aplicação. Para Zaffaroni (2010), a superficialidade com que são aplicados garante a aproximação do direito penal do autor. Ademais, o seu estilo de vida pode ser considerado como má gestão social e prejudicar.

A objetividade desprende-se da dosimetria quando o artigo 59 do Código Penal se torna omissão em não designar a fração cabível para cada circunstância, de modo a permitir a discricionariedade por parte do julgador, que poderá se basear no apelo doutrinário pelo aumento de 1/8, sendo resultado da somatória de cada circunstância judicial, conforme explícito em Bitencourt (2023), além de tentar considerar o racionalismo pelo fato de considerar todos os critérios em uma soma de um inteiro.

Desse modo, destaca-se o TRF 4, utilizando o critério do termo médio que viabiliza a justa interpretação e punição adequada, consiste em proporção matemática, utiliza-se a pena mínima somada à máxima e dividida por dois, o resultado seria multiplicado por cada circunstância, considerada um oitavo (1/8).

Na verdade, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, relativamente à fixação da pena base (análise das circunstâncias judiciais), tem adotado, a nosso juízo com certa razoabilidade, um critério objetivo que valoriza o constitucional princípio da proporcionalidade, levando em consideração a existência de oito vetoriais elencadas no art. 59 do CP (Bitencourt, 2023, p.681).

Em contrapartida, o STJ tem adotado a redução da pena máxima pela mínima e considera cada circunstância a um oitavo (1/8). Tal embate torna-se valorado quando se refere a crimes com penas maiores, o cálculo proposto pela doutrina evidencia-se proporcional à penalidade.

Assim conclui-se que o critério adotado pela doutrina aproxima-se da Teoria da Culpabilidade pelo Fato, já que tende a punir mais gravemente crimes com penas maiores, em proximidade à proporcionalidade (Silva, 2022, p. 54).

Ademais, encontram-se divergências nas frações adotadas durante a pena-base, como, por exemplo, a utilização de um sexto (1/6) considerando cada circunstância judicial, tornando a pena mais pesada para o indivíduo, como citado abaixo:

Contudo, segundo a jurisprudência desta Corte, em razão da inexistência de determinação legal específica, o aumento na fração de 1/6 (um sexto), calculado a partir da pena mínima abstratamente prevista, para cada vetorial negativa considerada na fixação da pena-base, mostra-se razoável e proporcional. O aumento superior a tal patamar necessita de fundamentação concreta (Brasil, 2019).

Ainda que necessitem de fundamentação prévia, frações distintas são aceitáveis, como um sétimo (1/7), mesmo que não tão frequentes na aplicação da pena-base, entretanto, desde que fundamentadas em juízo.

Apesar de ser o modelo mais punitivo, Gomes (2023) reproduz o entendimento do STJ de valor um sexto (1/6) da pena-base, utilizando a mesma fração para indivíduos que possuam quantidades distintas de entorpecentes.

A problemática se encontra por tratar de uma norma de conteúdo aberto com indeterminações sobre o que seria a personalidade do agente, a sua conduta social e como quantificar ou valorar isso. Assim, Baratta (2002) traz consigo a ideia de que tal “indeterminação” não acontece por acaso no sistema penal, mas há interesse na seletividade no ato de punir, é algo estrutural.

Por fim, Carvalho (2020) menciona que, caso não seja possível a real resolução de modo efetivo, ao menos restrinjam a interpretação da personalidade e que sejam emitidos laudos periciais para comprovar o real potencial de culpa do indivíduo.

4 DIREITO PENAL DO AUTOR E DO INIMIGO

O direito penal tem atuação além do formalismo instituído e do poder punitivo, é necessário compreender a sua atuação prática. Diante disso, emerge o direito penal do autor e do inimigo. Segundo Bitencourt (2023), a punição se dirige por meio da ação ou omissão concreta do sujeito e não pela sua periculosidade, sendo adotada a teoria do fato que pune o seu fazer e não o ser. Desse modo, torna-se conflitante com o Estado Democrático de Direito a punição direcionada à projeção do réu em desfavor de sua periculosidade.

Conflituante é com a Constituição Federal e os princípios nela firmados, o Direito Penal do Inimigo. Intolerável no Estado Democrático de Direito, o inimigo ser classificado como inimigo, e ao invés de ser um sujeito de direito, passa a ser objeto, ou é visto como coisa,

sem garantias penais, nem processuais (Silva; Horita, 2017, p.13).

Sob esse viés, cita-se inicialmente o argumento de que a punição deveria ser a respeito do autor e seu perigo exposto, o que representa a visão positivista. Na obra “O homem delinquente” de Lombroso, publicada no ano de 1876, o seu estudo revitalizou a percepção do crime para a figura do criminoso, ou seja, o autor.

Nessa situação, a culpabilidade dos dias atuais que versa sobre o fato não existiria, pois a valoração seria composta da personalidade e em sua cadeia genética (atavismo), ou seja, limitar e julgar os atos antecedentes não seria prioridade, mas sim a necessidade de afastar e prevenir o risco futuro que esse indivíduo poderia causar. Logo, o astigmatismo presente quanto aos fatos realizados seria projetado com correção à personalidade do réu.

Outrossim, o direito penal do inimigo é a percepção mais aprofundada e radical do autor, a observância de excluir o sujeito da sociedade na ideia de cidadão e torná-lo inimigo do Estado. Para Jakobs e Meliá (2021), o indivíduo estaria sujeito a duas correntes: o cidadão que comete o crime, mas reconhece a norma penal e por isso retorna ao seu estado natural de membro da sociedade, entretanto, haveria os delinquentes habituais, os quais negam o estado de direito e se afastam do pacto social estabelecido para o bom convívio social.

Desse modo, a rescisão contratual torna-os inimigos estatais, com isso, o sujeito não seria mais visualizado como componente daquela sociedade, mas como um risco a ser contido; Jakobs e Meliá (2021) equiparam essa situação a uma guerra que deve ser tratada de forma especial com regimentos e regras próprias, assim, seria justificada a redução de garantias processuais.

Tal fato criaria um estado de exceção que reduziria os princípios garantidores, como o devido processo legal, sendo totalmente vedado pela Constituição Federal, e absteria o indivíduo de ser portador de personalidade jurídica. Com isso, os modelos citados anteriormente divergem do Estado Democrático de Direito, o qual alude a que o sujeito deve

ser julgado com todas as garantias processuais, independentemente da sua culpabilidade, conforme os fatos praticados e não enquanto sua qualificação de pessoa. Assim, pode ser explanado que:

O fato de o cidadão perder o seu status de pessoa e ser considerado coisa, é inaceitável e inadmissível no Estado Democrático de Direito e a situação fática de não cumprir as regras impostas pelo Estado, seria inadmissível perante um Estado de Direito. Assim, faz-se necessário que os Estados defendam tais direitos, pois não é admissível a sanção de forma arbitrária e discricionária, fundamentando assim seus atos (Silva; Horita, 2017, p.18).

Dessa maneira, a crítica citada acima é estabelecida na teoria do fato, a qual é aplicada pelo Brasil, ratificando a valoração ao respeito do fato cometido pelo agente que vai ser definida na culpabilidade.

A atribuição do Direito Penal garantista é de controle social no dia a dia dos cidadãos, desta forma, o equilíbrio e a ordem da sociedade se dá por intermédio de sanções penais, instituídos por políticas públicas humanísticas, tendo em vista a reinserção do indivíduo no meio social (Silva; Horita, 2017, p.17).

Portanto, depreende-se que a culpa do agente será medida conforme seus atos praticados e não pelo seu estado de periculosidade. Por fim, considera-se que o estado do autor e inimigo diverge da ordem jurídica estabelecida no Brasil; desse modo, o garantismo penal, que busca limitar o poder estatal e aplicar os Direitos Fundamentais em conformidade com a Teoria do Fato, garante a manutenção e racionalização do réu perante seu processo.

5 DOSIMETRIA COMO ESPAÇO DE PODER

A dosimetria como espaço de poder dialoga com o garantismo penal, que deve contê-lo para evitar decisões arbitrárias e monocráticas; o termo foi expresso pelo jurista italiano Ferrajoli (2010), que versa sobre a proteção do que está positivado e, de modo crítico, a

primeira fase da dosimetria. Segundo Carvalho (2020), a ausência de critérios objetivos e fundamentações permite concepções pessoais do julgador na política criminal. Ademais, o garantismo promove que a pena assegurada seja proporcional ao fato e justa aos critérios estabelecidos.

Outrossim, é possível fazer uma breve revisão do excelente trabalho proposto por Gomes (2023), este teve como intuito analisar a discricionariedade na primeira fase da dosimetria em relação aos crimes de tráfico e seus respectivos recursos do TJRJ, além disso, demonstrar a valoração com base na quantidade e natureza da droga.

A exemplo de dois casos citados no trabalho, o número 3 e 32, o primeiro caso se refere a uma apreensão com o quantitativo de 4.240 g (quatro mil e duzentos e quarenta gramas) de drogas, com a fase de instrução criminal, os réus tiveram respectivamente suas penas basilares estabelecidas e o aumento de 1/6 nas circunstâncias, em oposto a essa situação, o posterior caso nas mesmas situações de apreensão, porém com a quantidade de 90,86g (noventa vírgula oitenta e seis gramas) e obteve acréscimo de 1/6 na pena-base.

Por conseguinte, é perceptível que foram cometidos crimes em concurso e com apenas duas diferenças, as câmaras criminais e o quantitativo de entorpecentes, entretanto, nos dois casos foi acrescido o mesmo patamar de 1/6, resultando em falta de proporcionalidade.

Ademais, Gomes (2023) demonstra inconsistências entre os vetores associados, como nos casos 21 e 23 que apresentam quantidades similares de entorpecentes apreendidos, mas há confusão quanto à padronização das frações, apresentando aumento de 1/6 e 1/8, respectivamente.

A seguir, ainda sobre o trabalho de Gomes (2023), foi observada a designação de critérios genéricos e arbitrários acerca da primeira fase, como na situação do caso número 5. Com isso, a dosimetria aplicada de modo igual a todos os indivíduos, ainda que possuíssem culpabilidades diversas. Entretanto, a fundamentação utilizada para o aumento da pena foi

que o Rio de Janeiro estava em guerra contra o tráfico de modo genérico para todos. Desse modo, os critérios utilizados sem nenhum embasamento concreto, ainda deve-se salientar que tal argumentação contrapõe a individualização da pena que consta no artigo 5, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988.

Dessarte, a dosimetria encontra-se regida por critérios subjetivos e objetivos que são prejudiciais ao executado e contrários ao garantismo penal, sendo possíveis situações similares ou até ínfimas que possuam critérios de pena mais rigorosos, como nos casos supracitados. Tal análise demonstra que o réu está à sorte da câmara recursal para pleitear seu direito, ainda que não exista critério próprio fixado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, ao investigar o mecanismo da dosimetria penal no Direito Penal, apresentou que a sua base criteriosa é falha e diverge do tecnicismo, aproximando-se da atuação discricionária por parte do julgador, com isso, há distanciamentos dos princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico, como a legalidade e a impessoalidade.

A problemática se destaca na possibilidade de obter decisões penais autoritárias em detrimento da fragilidade normativa presente no artigo 59 do Código Penal. A confusão ocorre por ser uma norma de conteúdo aberto que profere a possibilidade de escolha ao magistrado, como a aprovação e desaprovação sem critérios pré-definidos. Desse modo, é perceptível a valoração de juízo em desfavor do indivíduo e não na contestação do fato, com isso, há o surgimento silencioso do direito penal do autor, que se mascara por meio do garantismo, pela subjetividade e impõe critérios prejudiciais à sociedade, o que contribui para o encarceramento em massa e controle social.

Ademais, a ausência desses critérios pode tornar a situação ainda mais crítica, como a criação da imagem de um inimigo estatal, o juiz, como forma de exterminar o risco que compromete o Estado, promove a pena máxima em oposição às garantias constitucionais e

ao benefício da exclusão desse da sociedade.

Depreende-se, portanto, que a dosimetria sirva à justiça e não como braço do Estado para punir aqueles que foram danosos à sociedade, assim, o garantismo penal é essencial para seu comprometimento, como também a perspectiva da limitação do poder estatal, a individualização da pena a respeito do fato com base legal, a descrição do fato citado sem referências genéricas e a motivação probatória para embasar as decisões, seja pela criação de elementos legais quantificadores ou por laudos periciais para comprovação dos critérios subjetivos.

Outrossim, é necessário verificar as decisões proferidas com as jurisprudências atuais, além de evitar o bis in idem na utilização de um vetor para a primeira fase, como para valorar a personalidade e na reincidência e aplicar uma fração de modo objetivo e transparente para mensurar a pena-base, a fim de garantir coerência e harmonia entre os critérios estabelecidos.

Por fim, a valoração da pena deverá situar-se como espaço individualizador garantista, e não por projeções a respeito do autor, mas pelo fato, com o intuito de proporcionar a condição de uma dosimetria mais justa, respeitando princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Volume 1 – Parte Geral (Arts. 1º a 120). 29. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 out. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 1 out. 2025.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad... Define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.783.405/MG**. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Dosimetria. Pena-base. Exasperação desproporcional. Aplicação da fração usual de 1/6. Cabimento. Precedentes. Sexta Turma, Brasília, DF, julgado em 18 de junho de 2019, DJe 26 jun. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=97407949&tipo=0&nreg=201803203450&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190626&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 16 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 231**. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Brasília, DF: STJ, [S.d.].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 241**. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Brasília, DF: STJ, [S.d.].

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base. Brasília, DF: STJ, [S.d.].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 712 de Repercussão Geral. As circunstâncias da

natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em: 6 mai. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 6 mai. 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4179290&numeroProcesso=666334&classeProcesso=ARE&numeroTema=712>. Acesso em: 10 nov. 2025.

CARVALHO, Salo de. O controle do substancialismo e do decisionismo na aplicação da pena. **Revista Direito em Debate**, [S. l.], v. 29, n. 53, p. 311-317, jul./dez. 2020. DOI: 10.21527/2176-6622.2020.54.311-317. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/11397>. Acesso em: 05 out. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, C. M. **A Dosimetria da Pena no Direito Penal da Guerra às Drogas: Uma análise da discricionariedade judicial no aumento da pena-base no crime de tráfico**. 2023. 68 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal Do Inimigo: Noções e Críticas**. Organização e tradução: André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021. *E-book*.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução e seleção de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone Editora, 2010.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira Eiró do; SALVADOR, Giovanna dos Santos; HAASE, Jacqueline Lobão. Tráfico privilegiado e o princípio *ne bis in idem*: uma análise sob a ótica do STF e STJ

durante a dosimetria da pena. **Revista Jurídica do Cesupa**, Belém, Edição Especial, p. 9-32, 2023.

SILVA, José Cândido da; HORITA, Fernando Henrique da Silva. O Direito Penal do Inimigo no Estado de Direito. **RJLB**, Ano 3, n. 4, p. 845-864, 2017.

SILVA, Vitor Leonardo da Costa e. **Cálculo da pena no concurso de pessoas**: um estudo sobre a dosimetria em casos de autoria mediata no novo cangaço. 2022. 77 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação em Direito) – Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimação do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedroso. Rio de Janeiro: Revan, 2010. *E-book*.

[1] Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN/CERES. Membro do grupo de pesquisa Sistemas de Justiça, Violência e Direitos Humanos (JUSVIDH/CERES/UFRN). E-mail: misaelvop@gmail.com.

[2] Professor do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior do Seridó (CERES), da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutor em Estudos Urbanos e Regionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Mestre em Planejamento e Dinâmicas Territoriais pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Especialista em Criminologia e Segurança Pública pela Faculdade Integrada de Patos (FIP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Campina Grande (2013). Vice-líder do grupo de pesquisa Sistemas de Justiça, Violência e Direitos Humanos (JUSVIDH/CERES/UFRN). E-mail: douglasaraujojp@gmail.com.