STJ00098129

Guilherme de Souza Nucci

Individualização da Pena

6.ª edição
revista, atualizada
e ampliada

gen | Editora FORENSE

RIO DE JANEIRO

A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.
Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa
Copyright © 2014 by
EDITORA FORENSE LTDA.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ
Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896
forense@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

A Editora Forense passou a publicar esta obra a partir da 6.ª edição.

Capa: Danilo Oliveira

CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Nucci, Guilherme de Souza

Individualização da pena / Guilherme de Souza Nucci. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

Bibliografia
ISBN 978-85-309-5478-9

1. Crimes (Direito penal) 2. Direito penal 3. Penas (Direito penal) I. Título.

12-13569 CDU-343.24.001

STJ00098129

SUMÁRIO

1. **PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL** 23

1.1 Conceito, alcance e relevância dos princípios 23

1.2 Princípios regentes: dignidade da pessoa humana e devido processo legal 25

1.2.1 Jurisprudência 26

1.3 Princípios constitucionais e infraconstitucionais 26

1.4 Princípios explícitos e implícitos 27

2. **PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA** 29

2.1 Conceito e importância 29

2.1.1 Jurisprudência 31

- Etapas de individualização 31
- Individualização legislativa 33
- Individualização judiciária 33
- Individualização judiciária no concurso de agentes 35
- Individualização executória 38
- Individualização como direito do réu 38

STJ00098129

2.2 Correlação com os demais princípios aplicáveis à pena 39
2.2.1 Princípio da legalidade 39
2.2.2 Princípio da isonomia 41
2.2.3 Princípio da proporcionalidade 42
2.2.4 Princípios da responsabilidade pessoal e da culpabilidade 43
2.2.5 Princípio da humanidade 45
2.3 Individualização judiciária da pena 47

3. CONCEITO DE CRIME 49
3.1 Considerações preliminares e delimitação do enfoque 49
3.2 Tipicidade 50
3.3 Ilicitude 51
3.4 Culpabilidade 51

4. PENA 55
4.1 Conceito 55
4.2 Fundamentos 57
4.3 Panorama histórico da pena 57
4.4 Epílogo 69

5. LEGISLAÇÃO COMPARADA 83
5.1 Itália 84
5.2 Alemanha 89
5.3 França 93
5.4 Espanha 97
5.5 Portugal 100
5.6 Chile 103
5.7 Paraguai 106
5.8 Argentina 110
5.9 Venezuela 112
5.10 Estados Unidos 116
5.11 Inglaterra e País de Gales 121

6. APLICAÇÃO DA PENA 129
6.1 Conceito e natureza jurídica 129

STJ00098129

6.1.1 Jurisprudência 132
• Processo lógico de aplicação da pena 132
• Discricionariedade judicial 132
6.2 Circunstâncias que envolvem o crime 132
6.2.1 Tipo básico e tipo derivado 132
6.2.2 Circunstâncias judiciais 134
6.2.2.1 Jurisprudência 136
• Circunstâncias idênticas em relação aos coautores: mesma pena-base 136
6.2.3 Circunstâncias legais 136
6.2.3.1 Agravantes e atenuantes 136
6.2.3.2 Causas de aumento e diminuição 137
6.2.3.2.1 Jurisprudência 140
• Distinção entre armas para mensurar a pena 140
• Causas de aumento do roubo: inviabilidade de aumento aritmético; opção pelo critério qualitativo 141
• A diferença de aumento da pena em face da diversidade de arma empregada no roubo 143
• Obrigatoriedade de apreciação das causas de diminuição .. 144
6.2.3.3 Qualificadoras e privilégios 144
6.2.3.4 Existência de duas ou mais qualificadoras 145
6.2.3.4.1 Circunstâncias sujeitas a apreciação em fases diversas, evitando-se o *bis in idem*: a questão do crime de extermínio de seres humanos 146
6.2.3.5 Importância da abrangência do elemento subjetivo 146
6.3 Fases da aplicação da pena 147
6.3.1 Primária: eleição do *quantum* da pena prevista no preceito sancionador do tipo 147
6.3.1.1 Conceito de pena-base 147
6.3.1.2 O indevido *bis in idem* 148
6.3.1.2.1 Jurisprudência 149
• *Bis in idem*: tipo básico e pena-base 149
6.3.1.3 Métodos bifásico e trifásico 150
6.3.1.3.1 Jurisprudência 152
• Obrigatoriedade de adoção do critério trifásico 152
6.3.1.3.2 Exceção quanto à pena de multa 152
6.3.1.3.2.1 Jurisprudência 154
• Critério bifásico 154
• Proporcionalidade entre pena privativa de liberdade e multa 154

STJ00098129

6.3.2 Secundária: opção pelo regime de cumprimento da pena privativa de liberdade 155
6.3.3 Terciária: substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou multa, ou opção pela suspensão condicional da pena 155

7. FASE PRIMÁRIA, SEGUNDO O MÉTODO TRIFÁSICO 157

7.1 Fixação da pena-base 157
7.1.1 Critério genérico: culpabilidade como elemento fundamentador e limitador da pena 157
7.1.1.1 Jurisprudência 160
• Fundamentação objetiva da culpabilidade: indispensabilidade. 160
• Culpabilidade como elemento apto à elevação da pena-base 160
7.1.1.2 Intensidade do dolo e grau da culpa 161
7.1.2 Critérios específicos referentes ao autor 162
7.1.2.1 Antecedentes 165
7.1.2.1.1 Jurisprudência 167
• Critério diferenciado de verificação de antecedentes 167
• Necessidade de verificação dos antecedentes 168
• Aplicação cumulativa dos antecedentes e da reincidência .. 168
• Importância dos antecedentes para elevar a pena-base 168
7.1.2.2 Conduta social 169
7.1.2.3 Personalidade 172
7.1.2.3.1 Jurisprudência 181
• Inviabilidade de critério puramente matemático 181
• Personalidade agressiva focada no fato cometido 181
• Personalidade e semi-imputabilidade 182
• Avaliação da personalidade sem nenhum exame técnico.... 182
7.1.2.4 Motivos 182
7.1.2.4.1 Jurisprudência 187
• A coexistência de mais de um motivo para o mesmo crime . 187
7.1.3 Critérios específicos referentes ao fato 188
7.1.3.1 Circunstâncias do fato criminoso 188
7.1.3.1.1 Jurisprudência 189
• Diferença de circunstâncias em confronto com o mesmo tipo penal 189
7.1.3.2 Consequências do fato criminoso 190

STJ00098129

7.1.3.2.1 Jurisprudência 190
• Consequência do crime em confronto com elementar do tipo penal 190
• Avaliação do prejuízo da vítima como consequência de elevação da pena-base 191
7.1.3.3 Comportamento do ofendido 191
7.1.4 A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos 193
7.1.4.1 Jurisprudência 197
• Ponderação das circunstâncias judiciais 197
7.2 Aplicação das agravantes e atenuantes e seu *quantum* 197
7.2.1 Alcance das agravantes 198
7.2.2 Espécies de agravantes 199
7.2.2.1 Reincidência 199
7.2.2.2 Reincidência específica 206
7.2.2.2.1 Jurisprudência 206
• Multirreincidência 206
• Constitucionalidade da agravante da reincidência 207
• Constitucionalidade da reincidência específica 210
• Duplo uso da reincidência em fases diversas na Lei de Drogas 210
7.2.2.3 Motivo fútil 210
7.2.2.4 Motivo torpe 213
7.2.2.5 Facilitação ou asseguração da execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime 215
7.2.2.6 Traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido 216
7.2.2.7 Emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que pode resultar perigo comum 217
7.2.2.8 Ofendido ascendente, descendente, irmão ou cônjuge 219
7.2.2.9 Abuso de autoridade ou prevalência de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica 219
7.2.2.10 Abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão 221
7.2.2.11 Ofendido criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida 223
7.2.2.12 Ofendido sob imediata proteção da autoridade 226

STJ00098129

7.2.2.13 Ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou de desgraça particular do ofendido 226
7.2.2.14 Embriaguez preordenada 226
7.2.2.15 Agravantes em crimes envolvendo vários autores 227
7.2.2.15.1 Crítica ao título legal 227
7.2.2.15.2 Autor intelectual ou dirigente da atividade criminosa 227
7.2.2.15.3 Autor coator ou indutor da execução material do crime... 227
7.2.2.15.4 Autor instigador ou determinante do cometimento do crime por alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal 228
7.2.2.15.5 Autor executor ou partícipe de crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa 229
7.2.3 Alcance das atenuantes 229
7.2.3.1 Atenuantes nominadas e inominadas 229
7.2.3.2 Espécies de atenuantes nominadas 229
7.2.3.2.1 Autor menor de 21 e maior de 70 anos 229
7.2.3.2.2 Desconhecimento da lei 231
7.2.3.2.3 Motivo de relevante valor social ou moral 232
7.2.3.2.4 Arrependimento 233
7.2.3.2.5 Coação resistível 235
7.2.3.2.6 Cumprimento de ordem de autoridade superior 236
7.2.3.2.7 Influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima 236
7.2.3.2.8 Confissão espontânea 237
7.2.3.2.8.1 Jurisprudência 239
• Confissão e prisão em flagrante: aplica-se a atenuante .. 239
7.2.3.2.9 Influência de multidão em tumulto não provocado 239
7.2.3.3 Atenuante inominada 240
7.2.3.3.1 Jurisprudência 242
• Atenuante inominada e individualização da pena 242
7.2.4 Compensação e *quantum* das agravantes e atenuantes 243
7.2.4.1 Jurisprudência 245
• Compensação entre circunstâncias preponderantes: confissão e reincidência 245
• Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea .. 246
7.2.5 Compensação das circunstâncias judiciais e legais 247
7.2.6 Limite da pena quando incidentes atenuantes e agravantes 247

STJ00098129

7.2.6.1 Jurisprudência 248
• Autonomia das fases de aplicação da pena 248
• Inviabilidade de redução abaixo do mínimo por atenuante 249
• Viabilidade de redução abaixo do mínimo por atenuante 249
7.3 Aplicação das causas de aumento e diminuição da pena 250
7.3.1 Causas de aumento da Parte Geral 250
7.3.2 Causas de diminuição da Parte Geral 251
7.3.2.1 Critério de diminuição da pena na tentativa 251
7.3.2.2 Jurisprudência 252
7.3.3 Causas de aumento e de diminuição da Parte Especial 252
7.3.4 Compensação de causas de aumento e diminuição 252
7.3.5 Concurso de crimes 254
7.3.5.1 Jurisprudência 255
• Concurso formal 255

8. FASE SECUNDÁRIA: REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE 257

8.1 Regimes fechado, semiaberto e aberto 257
8.1.1 Regime fechado 257
8.1.1.1 Regime disciplinar diferenciado 260
8.1.2 Regime semiaberto 265
8.1.3 Regime aberto 266
8.2 Critérios de eleição do regime 268
8.2.1 Jurisprudência 271
• Regime de cumprimento de pena e individualização 271
8.3 Regime fechado previsto na Lei dos Crimes Hediondos 272
8.3.1 Jurisprudência 276
8.3.2 Inconstitucionalidade do regime fechado inicial 276
8.3.3 Jurisprudência 277
• Regime inicial fechado obrigatório: impossibilidade 277
• Regime fechado e quantidade de drogas 279
• Regime inicial aberto para traficante: viabilidade 279

9. FASE TERCIÁRIA: PENAS ALTERNATIVAS E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO CUMPRIMENTO 281

9.1 Conceito e natureza jurídica das penas alternativas 281

STJ00098129

9.1.1 Jurisprudência 282
• Relevância da pena alternativa em face da individualização da pena 282
• Possibilidade de substituição para o tráfico de drogas 283
9.2 Penas restritivas de direitos 284
9.2.1 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas 284
9.2.2 Limitação de fim de semana 286
9.2.3 Interdição temporária de direitos 287
9.2.3.1 Proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo 287
9.2.3.2 Proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público 287
9.2.3.3 Suspensão da autorização ou de habilitação para dirigir veículo 287
9.2.3.4 Proibição de frequentar determinados lugares 288
9.2.3.5 Proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame público 288
9.2.4 Prestação pecuniária 288
9.2.5 Perda de bens e valores 290
9.2.6 Reconversão em privativa de liberdade 291
9.2.7 Jurisprudência 292
• Reconversão e individualização da pena 292
9.3 Multa substitutiva 292
9.3.1 Jurisprudência 294
• Multa substitutiva e individualização da pena 294
9.4 Suspensão condicional da pena (*sursis*) 294
9.4.1 Conceito e natureza jurídica 294
9.4.2 Condições 295
9.4.3 Importância e critério de eleição do benefício 296

10. PARÂMETROS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA 297

10.1 Política de aplicação da pena mínima 298
10.1.1 Jurisprudência 302
• Possibilidade de aplicação da pena mínima 302
• Inadequação da pena mínima 302
• Necessidade de justificar a pena acima do mínimo 304

STJ00098129

10.2 Possibilidade de fixação da pena em grau máximo 304

10.2.1 Jurisprudência 311

• Possibilidade legal de aplicação da pena máxima 311

10.2.2 A inconstitucionalidade da pena-padrão da Lei dos Crimes Hediondos 311

10.2.3 A inconstitucionalidade da pena-padrão de multa na Lei 9.472/97 312

10.2.3.1 Jurisprudência 312

• Inconstitucionalidade da multa do art. 183 da Lei 9.472/97 312

10.3 Limite máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade e inadequação do sistema penal para lidar com a delinquência perigosa 314

10.4 Penas alternativas e multa: prós e contras 319

10.5 Individualização da medida de segurança e juízo de periculosidade 326

10.6 Fundamentação da individualização da pena na sentença 329

10.6.1 Jurisprudência 332

• Pena-base devidamente fundamentada 332

• Utilização de mesma fundamentação do corréu: possibilidade 333

• Ausência de fundamentação e nulidade 333

• Ausência de coerência entre fundamentação e dispositivo 334

10.7 *Habeas corpus* e dosimetria da pena 334

10.7.1 Jurisprudência 335

• Inviabilidade de discussão da individualização da pena por meio de *habeas corpus* 335

10.8 Revisão criminal e dosimetria da pena 336

10.8.1 Jurisprudência 337

• Admissibilidade da revisão criminal para rever a dosimetria da pena 337

• Inadmissibilidade da revisão criminal para rever a dosimetria da pena 337

10.9 Individualização executória da pena 338

10.9.1 Exame criminológico 338

10.9.2 Remição e falta grave 339

10.9.3 Jurisprudência 340

• Possibilidade de realização do exame criminológico 340

• Não obrigatoriedade do exame criminológico 342

STJ00098129

• Igualdade entre sentenciado nacional e estrangeiro 342
• Regressão de regime e individualização 343
• Visita ao lar no regime semiaberto 343
• Perda dos dias remidos 343
10.10 A busca da pena justa 344
10.10.1 Jurisprudência 353
• A busca da pena justa na jurisprudência 353
• Pena justa em visão especial da Lei de Drogas 354
10.11 Conclusão sintética articulada 356

11. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NA AÇÃO PENAL 470 (MENSALÃO) E A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 359

11.1 Aspectos gerais da dosimetria da pena 359
11.2 Fixação da pena em colegiado 362
11.3 Fixação do *quantum* da pena no caso *Mensalão*: enfoques teóricos e práticos 364
11.3.1 As circunstâncias judiciais formadoras da pena-base 364
11.3.2 Agravantes e atenuantes na formação do *quantum* da pena 374
11.3.3 Causas de aumento e diminuição da pena 375
11.4 Fixação da pena de multa 377
11.5 Escolha do regime de cumprimento da pena no caso *Mensalão* 378
11.6 Opção por benefícios cabíveis 380
11.7 Estabelecimento de indenização civil pelo dano causado pelo crime 380
11.8 Política da pena mínima 381
11.9 Conclusão 385

BIBLIOGRAFIA 387

APÊNDICE: PESQUISA REALIZADA NA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DE SÃO PAULO 405

1. Cominação da Pena 406
2. Fundamentação da Aplicação da Pena 407
3. Forma de Cumprimento da Pena 410

STJ00098129

4. *Sursis* 411
5. Pena Alternativa 412
6. Penas Privativas de Liberdade 414
7. Multas 418
8. Restrição da Liberdade 421
9. Agravantes/Atenuantes 422

OBRAS DO AUTOR 427

Nota da Editora: o Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.