

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/10/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34139-a-individualiza-o-da-pena-como-elemento-do-estado-democr-tico-de-direito-em-busca-de-um-crit-rio-objetivo>

Autori: Sérgio Augusto Lima Marinho, Mariana Lemos de Campos

A individualização da pena como elemento do estado democrático de direito: em busca de um critério objetivo

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA COMO ELEMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: EM BUSCA DE UM CRITÉRIO OBJETIVO

Sérgio Augusto Lima Marinho¹

Mariana Lemos de Campos²

RESUMO

O presente trabalho analisa a necessidade de promover a individualização da pena em um Estado Democrático de Direito. Parte-se da analise do Estado Democrático de Direito que desemborca inexoravelmente na aplicação de um direito penal condizente com um devido processo legal e com os cânones da justiça. Assim a individualização da pena surge no Estado de Direito como uma garantia ao acusado e um dever ao legislador e ao magistrado. Constatata-se que apesar de o legislador já ter positivado os elementos que devem ser levados em consideração quando da individualização da pena a doutrina aponta para a ausência de aplicação por parte do magistrado de critérios objetivos para fixação de uma pena individualizada. A conclusão demonstra que um critério objetivo seria promover a divisão do valor do lapso de pena encontrado (máximo menos o mínimo), pelas oito circunstâncias judiciais presentes no artigo 59, dessa forma, para cada circunstância corresponderá um quantum específico e determinado de pena. O mesmo deve ser realizado quantos circunstâncias agravantes e atenuante e majorante e minorantes. Assim quando da analise de cada uma destas circunstância o magistrado terá um parâmetro objetivo e justo para a individualização da pena.

Palavras – Chave: Estado de Direito; pena; individualização da pena.

¹ Acadêmico da Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisador bolsista da FAPEMIG 2011-2012. Avenida Das Américas, 300, Morada da Colina, Uberlândia-MG - 38.411-020. E-mail: augusto_s1@hotmail.com.

² Mariana Lemos de Campos , Mestranda em Direito Público e Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Pitágoras, em Uberlândia/MG, advogada e vice-presidente da Comissão da OABJOVEM de Araguari/MG, inscrita na OAB seção Minas Gerais.

RESUMEN

En este trabajo se analiza la necesidad de individualización de la pena en Estado de Derecho. Se inicia con el análisis del estado de derecho democrático que inexorablemente conduce en la aplicación de las leyes penales de conformidad con el debido proceso y con los cánones de la justicia. Así que la individualización de la pena surge del estado de derecho como garantía para el acusado y el deber del legislador y magistrado. Parece que a pesar de que el legislador ya ha positivado elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de la individualización de los puntos de la doctrina de castigo a la falta de aplicación por parte del juez de criterios objetivos para la fijación de una multa individualizada. La conclusión muestra que un criterio objetivo sería promover la división del valor de la pluma resbalón encontrado (máximo menos el mínimo), los ocho casos judiciales presentes en el artículo 59, lo que corresponde a cada circunstancia específica y determina un quantum de la pena. Lo mismo se debe hacer y cómo muchas circunstancias agravantes y atenuantes superior atado y minorantes. Así que cuando el análisis de cada una de estas circunstancias, el magistrado tendrá un parámetro razonable y objetiva para la individualización de la pena.

Palabras clave: Estado de Derecho; pena; individualización de la pena;

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de pesquisa o princípio da individualização da pena como característica de um Estado Democrático de Direito e a busca por um critério objetivo para a realização da mesma. A pesquisa encontra-se pautada em consulta bibliográfica sendo em abordagem de dogmática jurídica vez que se pretende analisar a construção doutrinária a respeito do tema.

Para tanto, dividimos o trabalho em 5 (cinco) capítulos abordando a necessidade de um direito penal compatível com o Estado Democrático de Direito criado pela Carta Política; princípios constitucionais aplicados ao direito penal; a garantia constitucional de individualização da pena; o dever de individualizar a pena e por fim a busca de um critério objetivo e seguro para tanto.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DIREITO PENAL

A República Federativa do Brasil é definida no texto constitucional em seu artigo 1º, *caput*, como um Estado Democrático de Direito. Deste dispositivo originam-se inúmeros princípios fundamentais e garantias individuais, pertencentes a todos os brasileiros.

A respeito do Estado Democrático de Direito desenhado pela Constituição Cidadã José Afonso da Silva (2006, pág. 119) pondera que:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.... A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (artigo 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Assim temos que um direito penal garantista é o direito condizente com um Estado que se pretenda Democrático e de Direito. A norma penal deve respeitar exigências formais, como por exemplo, o princípio da legalidade previsto pela Lei Maior em seu artigo 5º, inc. XXXIX, a qual dispõe que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A lei penal incriminadora deve atender ainda (frente os reclamos de um Estado de Direito) às exigências materiais, isto é, o conteúdo da norma penal não pode ferir o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF) além de observar os demais princípios constitucionalmente delimitados, tanto explicita, como implicitamente.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS AO DIREITO PENAL

Os princípios, de modo geral, são mecanismos que guardam os valores fundamentais de toda ordem jurídica. Isto ocorre, na medida em que tais normas jurídicas não objetivam regular situações específicas, lado outro, almejam, imprimir sua força sobre todo o mundo jurídico.

Neste diapasão, oportuna se mostra a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p.807)

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e sevindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo

Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 140) leciona no mesmo sentido ponderando que

Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecida de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espraiar-se por cima de um sem-número de outras normas

Exposto, ainda que de maneira sucinta o papel dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, passamos a tratar sobre a sanção trazida pela norma penal incriminadora, a pena. As penas no Brasil podem ser denominadas como sanção penal.

A sanção penal subdivide-se em penas e medidas de segurança. Pena é uma espécie do gênero sanção penal.

Então, a pena pode ser conceituada como uma sanção penal imposta pelo Estado, mediante o devido processo legal, ao autor de um fato típico e ilícito que foi reconhecido culpado, tendo como finalidade puní-lo e ressocializá-lo, bem como prevenir a prática de novas infrações mediante a intimidação penal.

De acordo com este conceito, podem-se extrair as finalidades da pena, quais sejam: a prevenção especial e a prevenção geral. A primeira pode ser entendida como o tratamento ressocializante e a punição dispensada ao infrator com o intuito de que este não volte a delinqüir. Ao seu turno, a prevenção geral tem como objetivo desmotivar a prática de futuras infrações mediante a ameaça de coerção.

Com relação a medida de segurança, esta pode ser conceituada como a sanção penal imposta pelo Estado, arbitrada pelo juiz na sentença penal condenatória, com o objetivo exclusivamente preventivo, buscando evitar que o autor da infração penal (inimputável ou semi-imputável), que demonstrou, ao longo do processo, periculosidade, volte a delinqüir.

3.1 Garantias constitucionais da pena

O cometimento de uma infração penal representa algo nocivo ao ordenamento jurídico, é um dano que precisa ser reparado. Esta é a função da pena, mostrar à sociedade a força do ordenamento jurídico através da sanção exterior e institucionalizada para utilizar a terminologia consagrada por Norberto Bobbio.

Contudo, em um Estado Democrático de Direito, esta necessidade de se recompor o ordenamento jurídico, impondo sua força através das sanções não pode se dar de qualquer maneira. Assim, mesmo ferindo o ordenamento jurídico é garantido ao delinqüente uma pena característica de um Estado de Direito.

Então, tendo conceituado a pena, passamos então à suas características, ressalte-se que todas elas constituem reclamos de uma pena condizente com o Estado Democrático de Direito desenhado pela Carta Política, tais características em verdade se constituem em verdadeiras garantias individuais ao cidadão que vem a delinqüir. A primeira característica da pena é a da legalidade, pois a pena deve estar cominada em lei

conforme prevê o princípio da reserva legal insculpido no artigo 5.º, XXXIX, da Lei Maior.

Outra característica da pena é a anterioridade, temos que em um Estado Democrático de Direito a pena deve estar prevista em lei vigente ao tempo da infração penal. Esta característica, que assim como a legalidade é uma garantia constitucional, encontra-se insculpida no texto constitucional no artigo 5.º, XXXIX.

A sanção penal deve ainda ser irretroativa, a Lei Maior estabelece que a pena não pode alcançar fatos anteriores a ela, esta é outra garantia constitucional prevista no artigo 5.º, XL, da Constituição Federal. A pena há ainda de atender ao critério da proporcionalidade, a resposta penal do Estado deve ser proporcional à agressão.

A individualidade da pena é garantia, pois o ordenamento prevê que a sanção penal deve ser individualizada segundo as características de cada autor; A sanção não pode não pode passar da pessoa do delinquente conforme o artigo 5.º, XLV, da Lei Maior. A Carta Política garante ainda que não sejam aplicadas penas cruéis que tragam castigos físicos, que acarretem infâmia para o condenado ou trabalhos forçados.

Todos os princípios presentes na Constituição Federal de 1988, explícita ou implicitamente, localizados principalmente no artigo 5º, possuem, como função básica a de guiar o legislador ordinário, no momento de elaboração das leis penais, devendo este, considerar o conteúdo principiológico constitucional.

4 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena é de extrema importância para o direito penal, devendo sempre ser respeitado no momento da aplicação da pena pelo magistrado, por expressa determinação constitucional, funciona também como verdadeira garantia jurídica ao cidadão da aplicação de uma pena justa e proporcional ao delito praticado.

Este mandamento constitucional foi desenvolvido pelo legislador ordinário o qual dispõe no artigo 59 do Código Penal que: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

De modo amplo individualizar é tornar individual, selecionar, especializar, particularizar, distinguir, diferenciar dos demais. Considerando as inúmeras conceituações elaboradas por grandes penalistas, passa-se a análise de cada uma delas.

A individualização da pena é tema fecundo e amplamente tratado pela dogmática penalista. A este respeito Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 30) preleciona que individualizar a pena é:

Eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescinda da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

Neste diapasão, faz-se mister citar a lição de Paulo Queiroz (2006, p. 350) para quem a individualização da pena

É a fixação pelo juiz das consequências jurídicas do crime, segundo o tipo, a gravidade e a forma de execução. A individualização, porém, não compreende, unicamente, como o nome pode sugerir a fixação da pena mesma, mas também o reconhecimento de causas de isenção de pena (concessão de perdão e escusas absolutórias etc), bem como a aplicação de medidas de segurança e de efeitos secundários da condenação. Junto com a apreciação da prova e a aplicação do preceito jurídico-penal aos fatos provados, a individualização representa o ápice da atividade decisória, devendo o juiz, ao fazê-lo, livrar-se, tanto quanto possível, de preconceitos, simpatias e emoções e orientar sua decisão por critérios exclusivamente objetivos de valoração.

A busca pelo equilíbrio entre o fato cometido, com sua conseqüente lesividade ao bem juridicamente tutelado e a reprimenda é dever jurídico inafastável do magistrado no mento da fixação da pena. Neste sentido é a lição de Luiz Regis Prado (2005, p. 149-150) para quem:

O princípio da individualização da pena obriga o julgador a fixar a pena, conforme a combinação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (artigo 5.º, XLVI, CF). De acordo com o último, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta. Em suma, a pena deve estar

proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente

No que tange ao momento da fixação da pena, momento no qual deve o juiz promover a sua individualização, o legislador, como dissemos alhures, impõe ao magistrado a observância dos elementos dispostos no artigo 59 do Código Penal, sobre pena de cometer grave ilegalidade. Neste sentido, Rogério Greco esclarece que

O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime.

A individualização da pena mostra-se então uma concretização dos princípios de equidade e justiça, pois na aplicação da reprimenda deve o magistrado se ater as diferenças entre os casos concretos, dispensando tratamento desigual na medida das desigualdades apresentadas. Neta quadra é José Antônio Paganella Boschi (2004, p. 69-71) o qual proclama que:

O princípio da individualização das penas (artigo 5º, inc. XLVI, da CF), ao expressar o valor indivíduo, impede que se ignorem as diferenças. Individualiza-se a pena, aliás, precisamente, porque cada acusado é um, e cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis (...). A garantia da individualização mediante a consideração de todas as particularidades do caso concreto e da equivalente culpabilidade do autor, de modo a preservar-se, no contexto das diferenças, o limite extremo de responsabilização pelo fato, enseja a realização pelo Estado da justiça distributiva, naquele sentido proposto por Aristóteles, de divisão das honras, dos bens, dos impostos, dos cargos e das funções a casa um, nas porções consentâneas ao mérito pessoal.

No mesmo sentido Cleber Masson (2009, p. 596), entende que:

O princípio da individualização da pena, repousa no ideal 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, os aspectos subjetivos e objetivos do crime.

Ressalte-se que a decisão pela fixação e quantidade de pena é uma decisão judicial que como qualquer outra precisa encontrar suporte fático nos elementos constantes nos autos. Assim o magistrado ao aplicar a regra contida no artigo 59 do

Código Penal deve julgar os elementos ali dispostos conforme as provas constantes nos autos em atendimento às garantias constitucionais de presunção de inocência e de devido processo legal. Nesta quadra, fazemos referência à lição de Celso Delmanto (2007, p. 184-185.) para quem:

Com a rubrica fixação da pena, este artigo 59 traça as principais regras que devem nortear o juiz no cumprimento do princípio constitucional da individualização da pena (CF, artigo 5º, XLVI). Em obediência a esse princípio maior, a lei penal impõe, neste e noutros artigos, regras precisas que devem ser cuidadosa e fundamentadamente cumpridas (...). A CF, além do princípio da individualização da pena, estabeleceu em seu artigo 93, IX, o dever dos órgãos do Poder Judiciário no sentido de serem “fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade”. A fundamentação das decisões judiciais é essencial como meio de controle (buscando evitar o arbítrio) e, ao mesmo tempo, como meio de legitimação e reafirmação das decisões pelos seus fundamentos, que devem encontrar concretude na prova dos autos e respaldo em nosso ordenamento jurídico.

Nesta quadra é a lição de Gilberto Ferreira (1988, p. 50-51) em sua obra, *Aplicação da Pena*, o Autor leciona que

Individualizar a pena é a função do Juiz consistente em escolher, depois de analisar os elementos que dizem respeito ao fato, ao agente e à vítima, a pena que seja necessária e suficiente para a reprevação e prevenção do crime (...). Em razão dela, o Juiz é obrigado a meditar profundamente sobre todas as circunstâncias que envolvem o fato, analisar a conduta do réu não só presente, mas também passada, avaliando sua personalidade já a partir do seu meio de vida, apreciar o comportamento da vítima e medir a sua importância e colaboração no desencadeamento da ação criminosa.

Tendo em vista o que foi mencionado até então, percebe-se que o juiz, no momento da aplicação da pena, não pode se restringir à mera apreciação fática do ato delituoso, devendo, sobretudo, considerar a pessoa do criminoso, em respeito ao princípio da individualização da pena.

A pena, portanto, não deve ser excessivamente pesada, para não restar configurada crueldade, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, com a imposição de penas de morte, cruéis ou tortuosas, e também não deve ser demasiadamente branda, para não restar configurado o direito penal simbólico, meramente ilusório. Para se buscar o equilíbrio entre o que for legalmente cominado por meio do quantum de pena, e o que o agente realmente praticou, deve-se sempre recorrer ao princípio da individualização da pena, realizando, efetivamente a personalização das penas.

A lei penal, seca e adormecida, presente nos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, passa a ganhar graça, vida e força quando encontra no processo penal aplicação e efetividade. Segundo Roberto Lyra (1942. p. 159)

nas mãos dos juízes, o texto deixa de ser arbitrário, humanizando-se, sensibilizando-se, adaptando-se à vida e à personalidade de cada homem. Portanto, é a lei que renuncia ao seu egoísmo e vai palpitar ao ritmo flagrante do convívio social, através da toga.

Analizando todas as lições acima expostas, fundamentadas em uma visão humanista do direito de punir, conclui-se que as doutrinas sobre o tema existentes no país, configuram-se como verdadeiras defensoras dos princípios constitucionais e democráticos, protegendo, sumariamente, a dignidade da pessoa humana, reprimindo a violência e o abuso do poder estatal.

Ressalte-se ainda, que diversos doutrinadores entendem que tal processo envolve três etapas distintas: legislativa, judicial e administrativa.

5 O DEVER DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A ordem de individualização da pena não é dirigida somente ao aplicador do direito (o magistrado) a individualização legislativa é tarefa do legislado ordinário. Este, ao exercer a sua função de elaborar leis, tem a responsabilidade de, ao descrever tipo penais incriminadores, determinar penas mínimas e máximas, efetivamente necessárias, justas, suficientes, para que a pena possa cumprir suas finalidades preventivas e repressivas.

A individualização judicial é etapa distinta da anterior e dentro do complexo princípio da individualização da pena, complementa-a, pois, na fase legislativa, o legislador não possui mecanismos para abranger todas as possíveis ações criminosas, nas suas particularidades. Desse modo, é tarefa do juiz, analisar todas as circunstâncias presentes no artigo 59 do CP (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, entre outros) no momento da aplicação da pena, para que esta realmente seja individualizada, fundamentada e proporcional ao delito cometido pelo agente.

Cumpre salientar que assim como o dever de promover a individualização da pena não é dirigido somente ao legislador ordinário nem ao juízo que professe a sentença penal condenatória, sendo também dever do juízo das execuções penais promover o que se chama de individualização administrativa.

A individualização administrativa, realizada na fase de execução da pena, é competência do juiz da execução penal. Cabe a este a determinação do cumprimento da sanção aplicada de forma individual ao réu. Neste sentido Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 32) adverte que:

Ainda que dois ou mais réus, co-autores de uma infração penal, recebam a mesma pena, sabe-se que o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada. Enquanto um deles pode obter a progressão do regime fechado ao semi-aberto em menor tempo, outro pode ser levado a aguardar maior período para obter o mesmo benefício. É a individualização executória.

6 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: EM BUSCA DE UM CRITÉRIO OBJETIVO

Conforme mencionado anteriormente a aplicação da pena, fundamentalmente em um Estado Democrático de Direito deve estar condizente com os princípios do processo penal, e também com os princípios constitucionais, tais como dignidade da pessoa humana, isonomia, motivação e principalmente pelo princípio da individualização da pena.

A individualização da pena significa que o sujeito do delito deve ser diferenciado dos demais. Significa dizer que o aplicador da lei penal, no momento de fixá-la deve levar em consideração as circunstâncias pessoais, sociais e materiais que cercaram o delito.

O Código Penal trabalha com a pena estabelecida em mínimo e máximo, sendo papel do juiz, estabelecer o seu *quantum* ideal. Isso quer dizer que o magistrado não é totalmente livre para estipular a pena, mas trabalha com uma grande margem de discricionariedade.

Todavia, não raro inúmeras sentenças condenatórias são proferidas imputando pena ao agente sem a devida fundamentação, o quantum de aplicação da pena não é individualizado. Ocorre que os magistrados que no momento da fixação da pena, a

fixam no mínimo ou no máximo legal, não oferecendo ao condenado, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, a devida fundamentação para tal reprimenda imposta.

Aqui consiste a problemática fundamental deste trabalho. Alguns doutrinadores, ao tratar desta matéria, nem sequer mencionam qual seria o critério ao ser adotado pelo juiz no momento da fixação da pena-base. Dizem que este deveria usar de sua prudência e conhecimento jurídico para estabelecer a correta punição ao infrator.

Pode-se perceber que esta ausência de parâmetros posicionamento fere de morte a todos os princípios constitucionais e garantias individuais as quais nos remetemos ao longo deste estudo. Todo acusado tem direito a um julgamento justo, a imputação de uma pena que seja condizente ao delito cometido e a medida de sua culpabilidade, ressaltando que a sentença, conforme mandamento processual penal deve ser sempre motivada. Isso ocorre para que o réu tenha ciência dos fundamentos e motivos que resultaram na sua condenação ou absolvição.

Como dissemos alhures, com relação à delimitação da pena-base, os entendimentos doutrinários se divergem no momento da fixação de seu quantum. Sabe-se que a definição da pena base é o ponto de partida dosimetria da pena. Essa questão é controvertida.

Nelson Hungria³, por exemplo, propõe que a pena base seja alcançada ao se realizar a média entre o mínimo e o máximo da pena cominada no tipo penal incriminador. Já Gilberto Ferreira⁴ é defensor do posicionamento de que deve-se sempre adotar a pena mínima para beneficiar o réu, com fundamento em razões humanitárias.

Na maioria das vezes os doutrinadores são omissos e não apontam solução técnica e prática para suprimir a dúvida que surge ao analisar o artigo 59 do Código Penal. Qual critério de pena deve ser dado a cada uma delas? O juiz pode analisar e determinar a pena conforme seu entendimento, sem nenhum critério? Quanto de pena deve estar embutido em cada uma delas para correta aplicação da pena-base?

Segundo Juarez Cirino, as circunstâncias judiciais do Código Penal, são objeto de arbítrio exclusivo do juiz, posicionamento este acompanhado por Gilberto Ferreira e Jescheck.⁵

Os questionamentos acima colocados deixa clarividente que o legislador de 1940, ao elaborar o Código Penal e não fixar parâmetros para restringir a liberdade do

³ SANTOS, Juarez Cirino dos, apud HUNGRIA, *Aplicação da Pena*. Revista Forense, 90\525.

⁴ FERREIRA, Gilberto. *Op. cit.* p. 64.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Apud FERREIRA, *aplicação da pena*, 1995, p. 70. JESCHECK\WEIGEND, *Lehbuch des Strafrechts*, 1996, p. 871.

magistrado, acabou por deixar em suas mãos poderes discricionários. È fato que o juiz age no momento da aplicação da pena com uma ampla margem de liberdade. Em razão disso,

Os Tribunais logo perceberiam a necessidade de melhor iluminar o caminho para prevenir abusos, evitar excessos, resguardar a segurança jurídica e assegurar às partes condições efetivas de questionar os julgados. E assim o fizeram, editando precedentes em volume tão considerável que acabaram se transformando em importantes regras de orientação”⁶.

A primeira regra jurisprudencial dispõe que, quando todas as circunstâncias judiciais forem valoradas em favor do réu, a pena-base, será a pena mínima abstratamente cominada. A segunda regra estabelece que quando algumas circunstâncias judiciais forem desfavoráveis ao réu, a pena base deverá ser quantificada um pouco acima do limite mínimo cominado.

No entanto, de acordo com nosso entendimento, essa regra também deixa margem de discricionariedade ao juiz, o que representa insegurança jurídica ao acusado, pois não delimita um critério único, certo e determinado que deva ser aplicado quando o réu possuir contra si circunstâncias desfavoráveis. Constitui uma regra vaga, que não atinge seu objetivo básico, qual seja, o de auxiliar o magistrado, e o de deixar claro ao réu os motivos de seu quantum penalizatório.

Por fim, a terceira regra jurisprudencial afirma que, se o conjunto das circunstâncias for desfavorável, a pena base deveria se aproximar da pena média abstratamente cominada ao delito.

Essas regras são passíveis de crítica, novamente temos um panorama em que por mais que o réu possua contra si todas as circunstâncias desfavoráveis não seria cabível, jamais, a imputação da pena máxima. A pena máxima é admitida no ordenamento jurídico brasileiro, e deve ser aplicada sim em alguns casos, quando todas as circunstâncias judiciais presentes no artigo 59 do Código Penal forem desfavoráveis ao réu, indicando dessa forma, o grau de reprovação máximo de censura do magistrado.

Propõe-se então que na fixação da pena base, para atender o dever de individualizar a pena o magistrado promova uma análise de cada circunstância judicial de forma isolada, individualizada e que a cada uma delas corresponda um quantum fixo de pena, variável conforme o crime cometido pelo agente.

Em razão de toda esta polêmica, sugerimos a utilização de critérios objetivos para a fixação da pena base, isto é, será demonstrada como a fundamentação de cada

⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Op. cit.* p. 218.

circunstância judicial, no estudo da primeira fase de fixação da pena, pode ser realizada de maneira mais prática com o auxílio da matemática.

Neste sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 163) para quem:

A eleição do quantum inicial, a ser extraído da faixa variável entre o mínimo e o máximo abstratamente previstos no tipo penal incriminador, precisamente no preceito secundário, faz-se em respeito às circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59. Não se trata de uma opção arbitrária e caprichosa do julgador, ao contrário, deve calcar-se nos elementos expressamente indicados em lei.

Acredita-se que um parâmetro seguro para a fixação da pena base seja que quando da realização da mesma se divida o valor do lapso de pena encontrado (máximo menos o mínimo), pelas oito circunstâncias judiciais presentes no artigo 59, dessa forma, para cada circunstância corresponderá um quantum específico e determinado de pena. O mesmo deve ser realizado quantos circunstâncias agravantes e atenuante e majorante e minorantes.

A única forma de o magistrado motivar corretamente sua sentença, fixando a pena justa e ideal para o agente condenado, na medida de sua culpabilidade, é recorrendo a dosimetria da pena, passando por todas as fases de aplicação da pena, em respeito ao sistema trifásico adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Este é o entendimento jurisprudencial dominante:

É nula a sentença que, não observando a estrita individualização das penas, analisa conjuntamente as etapas da dosimetria da pena, mesmo havendo pluralidade de réus, impedindo-os que bem saibam as razões que motivaram a fixação do *quantum* da reprimenda estatal. (TJMG, 2.0000.00.440979-0\000(1), Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 16\10\2004).

O juiz, no momento em que elabora a sentença, e começa a realizar a aplicação da pena, deve inicialmente, fixar a pena-base, para posteriormente fazer a análise das circunstâncias atenuantes e agravantes, para somente ao final realizar a análise das causas gerais e especiais de aumento e diminuição da pena. Fica evidente então que o comprometimento deste primeiro processo do sistema trifásico, o da aplicação da pena base, compromete todo o processo e resulta em uma sentença ilegal e mais que isto, eivada de injustiça.

Mais que uma garantia, a individualização da pena consubstancia-se como elemento do Estado de Direito, exigência de um devido processo legal, cânones de justiça e equidade e realização do princípio da dignidade humana.

7 CONCLUSÃO

A pesquisa realizada demonstra que a aplicação individualizada da pena é um reclamo do Estado Democrático de Direito e um cânones de justiça e equidade. Ademais, constitui também garantia legal e constitucional do acusado e deve ser respeitada.

O dever de individualização da pena se dirige primeiramente ao legislador o qual deve criar parâmetros para que esta seja realizada. Percebe-se que tais parâmetros já foram criados antes mesmo do advento da Constituição Cidadã e se encontram no artigo 59 do Código Penal brasileiro.

Tal dever é dirigido ainda e principalmente ao magistrado que promove o julgamento do acusado. É então onde surge o problema uma vez que o critério de fixação de pena é um critério trifásico e tão logo na primeira etapa, a da fixação da pena base, não existem critérios seguros para a individualização da pena.

Conclui-se então que o magistrado ao fixar a pena base deva dividir o valor do lapso de pena encontrado (máximo menos o mínimo), pelas oito circunstâncias judiciais presentes no artigo 59, dessa forma, para cada circunstância corresponderá um quantum específico e determinado de pena, devendo-se realizar o cálculo correspondente no que concerne às circunstâncias agravante e atenuante e majorante e minorantes. Uma vez estabelecido este parâmetro objetivo, acredita-se efetivamente realizar uma individualização da pena, e assim atender um dos reclamos do Estado Democrático de Direito e um dos mais caros cânones da justiça.

8 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

DELMANTO, Celso, et al. **Código Penal Comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – parte geral**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

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

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos, **Aplicação da Pena**. Revista Forense, 90\525.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

9. REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

TJMG, 2.0000.00.440979-0\000(1), Rel. Antônio Armando dos Anjos, pub. 16\10\2004. Acesso em 10/10/2012. Disponível em www.tjmg.jus.br.