

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

ANA LARISSA REIS TORRES

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SUA
VINCULAÇÃO COM O *JUS PUNIENDI* ESTATAL**

São Luís
2015

ANA LARISSA REIS TORRES

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SUA
VINCULAÇÃO COM O *JUS PUNIENDI* ESTATAL**

Monografia apresentada ao Centro de Ciências Sociais da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso.

São Luís
2015

Torres, Ana Larissa Reis.

O princípio constitucional da individualização da pena e sua vinculação com *jus puniendi* estatal / Ana Larissa Reis Torres. — São Luís, 2015.

83 f.

Orientador: Roberto Carvalho Veloso.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Individualização da pena – Princípio constitucional. 2. *Jus puniendi* estatal. 3. Teorias da pena. 4. Circunstâncias judiciais. I. Título.

CDU 343.8

ANA LARISSA REIS TORRES

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SUA
VINCULAÇÃO COM O *JUS PUNIENDI* ESTATAL**

Monografia apresentada ao Centro de Ciências Sociais da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso.

Aprovada em ___ / ___ / ___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso (Orientador)

Prof. Esp. Raimundo Nonato Serra Campos Filho (UFMA)

Prof. Esp. Pedro Michel Da Silva Serejo (UFMA)

A Deus, que nos formou e foi amoroso nesta tarefa. Seu fôlego de vida em mim foi o que me sustentou e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo leque de possibilidades.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que permitiu que tudo isso viesse a acontecer, concedeu-me força, coragem e com seu grande amor, fez-me mais que vencedora.

Aos meus pais, Ezequiel Silva Torres e Lúcia de Souza Reis, pelo amor incondicional e por não medirem esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

Ao meu esposo, Luís Muniz da Silva Neto, pela paciência, auxílio e dedicação comigo desde o começo desta trajetória.

Às minhas irmãs, Bruna Reis Torres e Jacqueline Torres, pela amizade e confiança depositadas.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso, pelo suporte, correções e empenho dedicado.

A esta universidade e corpo docente, por tamanha oportunidade de aprendizado.

Aos amigos de perto e de longe, pelo apoio, amizade e ajuda no presente trabalho.

E a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

“Tudo é possível àquele que crê”.
(Jesus Cristo)

RESUMO

O presente trabalho versa sobre as essenciais diretrizes do princípio constitucional da individualização da pena e a consonância do poder de punir estatal com essa garantia concretizada na Carta Magna. Destarte, visa analisar as bases teóricas que dão sustentação à individualização da pena; discorrer sobre o método trifásico da sua aplicação, com enfoque nas circunstâncias judiciais; demonstrar os contornos do *jus puniendi* estatal e as teorias da pena que visam legitimá-lo e, por fim, expor sobre a limitação do poder de punir perante o princípio constitucional da individualização da pena. A pesquisa partirá do material doutrinário existente sobre a temática explanada e, além disso, apresentará um levantamento realizado na 1ª Vara de Execuções Penais de São Luís/MA, sobre a aplicabilidade das circunstâncias judiciais concernentes às sentenças com execução iniciada em 2012. Por conseguinte, no âmbito prático o estudo defenderá um julgamento individualizado aos integrantes da sociedade, os quais conquistaram os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 após muitas reivindicações sociais. No âmbito teórico, corroborará com a democracia no contexto brasileiro, por meio de um direito penal conforme a Constituição e uma legitimação do poder estatal em aplicar seu *jus puniendi* quando se vincula aos critérios axiológicos e os critérios legais.

Palavras-chave: Individualização da pena. *Jus Puniendi*. Teorias da pena. Circunstâncias judiciais.

ABSTRACT

This paper deals with the basic guidelines of the constitutional principle of individualization of punishment and the concordance of the power to punish state with the guarantee embodied in the Constitution. Thus, it aims to analyze the theoretical foundations that support the individualization of punishment; discuss the three-phase method of application of the penalty, focusing on judicial circumstances; show the contours of *jus puniendi* state and theories of punishment aimed at legitimizing it and finally expose on limiting the power to punish before the constitutional principle of individualization of punishment. Research will leave the existing legal material on the esplanade theme and, moreover, will present a survey conducted in the 1st Court of criminal executions of Sao Luis/MA on the applicability of legal circumstances pertaining to judgments with execution started in 2012. Therefore, the practical level the study will help to defend an individual judgment to the members of society, who won the fundamental rights listed in the 1988 Federal Constitution after many social demands. On the theoretical level, it corroborates with democracy in the Brazilian context through a criminal law according to the Constitution and legitimacy of state power to implement its *jus puniendi* when it binds to the axiological criteria and legal criteria.

Keywords: Individualization of punishment. *Jus puniendi*. Theories of punishment. Judicial circumstances.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	13
1.1 CONCEITO E PANORAMA HISTÓRICO	13
1.1.1 Regras e princípios	14
1.1.2 Aplicabilidade no Brasil	16
1.2 ETAPAS DA INDIVIDUALIZAÇÃO	17
1.2.1 Legislativa	17
1.2.2 Judicial	19
1.2.3 Executória	20
1.3 CORRESPONDÊNCIA COM OS DEMAIS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PENA	21
1.3.1 Princípio da legalidade	22
1.3.2 Princípio da presunção de inocência	23
1.3.3 Princípio da pessoalidade da pena	24
1.3.4 Princípio do contraditório e da ampla defesa	25
1.3.5 Princípio da isonomia	26
1.3.6 Princípio do devido processo legal	27
2 APLICAÇÃO DA PENA	28
2.1 CRITÉRIO TRIFÁSICO	29
2.1.1 Circunstâncias judiciais	30
2.1.1.1 <i>Culpabilidade</i>	31
2.1.1.2 <i>Antecedentes</i>	32
2.1.1.3 <i>Conduta social</i>	33
2.1.1.4 <i>Personalidade</i>	34
2.1.1.5 <i>Motivos</i>	36
2.1.1.6 <i>Circunstâncias</i>	37
2.1.1.7 <i>Consequências do crime</i>	37
2.1.1.8 <i>Comportamento da vítima</i>	38
2.1.2 Circunstâncias atenuantes e agravantes	39
2.1.3 Causas de aumento e diminuição	41
3 JUS PUNIENDI E TEORIAS DA PENA	43
3.1 JUSTIFICAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR	43

3.2 TEORIAS DA PENA	44
3.2.1 Teoria absoluta ou retributiva	45
3.2.2 Teorias relativas.....	48
3.2.2.1 Prevenção Geral.....	48
3.2.2.2 Prevenção especial	52
3.2.3 Teorias mistas	55
3.3 TEORIAS DESLEGITIMADORAS	57
3.3.1 Minimalismo	58
3.3.2 Abolicionismo penal	59
4 LIMITAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR FRENTE AO PRINCÍPIO	
DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	61
4.1 A RELEVÂNCIA DE FUNDAMENTAR NO PROCESSO	
DEINDIVIDUALIZAÇÃO	62
4.2 EFETIVIDADE NA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS	63
4.3 <i>JUS PUNIENDI</i> E ESTADO DEMOCRÁTICO	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69
APÊNDICE	74

INTRODUÇÃO

O contexto do sistema penal hodierno aponta para uma reflexão sobre a justa aplicação da pena. A grande demanda judicial, revelada semestralmente pelo relatório “Justiça em Números”¹, do Conselho Nacional da Justiça, questiona os julgamentos em massa dessa grande quantidade de processos.

Consequentemente, discute-se se há a aplicação efetiva das garantias constitucionais penais e se o Estado age em consonância com os ditames principiológicos para continuar punindo os indivíduos. Destarte, a presente monografia almeja responder o questionamento: de que modo a existência do princípio da individualização da pena, no sistema constitucional pátrio, vincula o Estado quando utiliza o seu poder de punir e aplica nos indivíduos a sanção penal?

A hipótese defendida aponta que o sistema penal, ao visar alcançar os motivos de pacificação social, da segurança jurídica, do bem comum e outros fins, deve se legitimar por meio da aplicação legal de seus preceitos e dos critérios axiológicos, os quais se constituem em uma valoração, por meio das diretrizes morais, políticas, naturais.

Portanto, partindo-se desse caráter valorativo, entende-se como primordial a vinculação do *jus puniendi* com o princípio da individualização da pena, visto que esse preceito vem “eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus”².

A atuação estatal no âmbito penal perde sua legitimação, à medida que seus agentes não resguardam o valor do indivíduo e aplicam uma pena padronizada ao adotar qualquer programa ou método que conduza a uma pena pré-estabelecida, voltada para um modelo deficiente e injusto. O pensamento, então, que torna o direito equitativo é aquele que repousa nos princípios constitucionais e que defende os direitos humanos acima de qualquer transação.

Assim, no primeiro momento, o presente trabalho intentará discorrer sobre os principais traços do princípio supracitado, o qual surge em uma conjuntura de garantias penais que se consolidaram na Carta Magna. Serão expostas as três etapas distintas da individualização: legislativa, judiciária e executória.

¹ JUSTIÇA em números 2014. Ano-base 2013. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>> Acesso em: 29 out. 2014.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: RT, 2005, p. 36.

Em suma, a primeira etapa contempla a eleição das condutas como crime, uma vez que o legislador deve observar a sua gravidade, de modo a estabelecer os patamares mínimo e máximo da reprimenda penal. Na etapa judicial, o magistrado fixará qual das penas é aplicável e estabelecerá o quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para cada tipo realizado. A fase executória busca tornar efetiva a sentença, mediante os institutos da execução penal, que se materializarão em estabelecimento prisional.

Posteriormente, o objetivo estará na etapa judicial, que se concretiza pela aplicação da pena constante no art. 68 do Código Penal, que expõe: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Nesse desiderato, o mencionado artigo expressa o critério trifásico da dosimetria, em que as três etapas são analisadas pelo magistrado separadamente e de forma autônoma. A primeira fase é o alvo da pesquisa, uma vez que corresponde às circunstâncias judiciais e possui oito elementos a serem individualizados pelo juiz e que se encontram dispostos no art. 59 do CP:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Serão demonstradas, ainda, as matrizes do poder estatal no âmbito punitivo e as teorias da pena existentes que visam legitimá-lo. Essa abordagem perpassará os fins perseguidos pelo Estado e de que forma são utilizadas as penas para possibilitar uma convivência harmônica.

Desta maneira, argumenta-se que as teorias da pena representam as teorias do próprio direito penal, que se dividem em legitimadoras e deslegitimadoras; as primeiras conferem à autoridade estatal o poder de aplicar as sanções penais e se dividem em absolutas, relativas e mistas. As deslegitimadoras se manifestam contra a potestade punitiva, uma vez que recusam legitimação para o Estado castigar.

E por fim, far-se-ão considerações sobre a limitação do direito de punir frente ao princípio da individualização da pena, nas quais será demonstrada a relevância da fundamentação das decisões judiciais e da valoração de cada etapa da individualização, visto que o magistrado deve considerar atentamente as circunstâncias judiciais, para um julgamento coerente com todo o sistema penal àqueles que infringiram as normas legais tipificadas formalmente.

1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

1.1 CONCEITO E PANORAMA HISTÓRICO

É cabível definir o princípio constitucional da individualização da pena a partir da noção de individualizar, que consiste em tornar particular ou especializar alguma coisa para se evitar a generalização e torná-la distinta em um contexto.

Essa individualização tem o viés de escolher a adequada sanção penal em meio a um conjunto de garantias penais que se consolidaram na Carta Magna e legitimam o poder de punir estatal. O princípio em comento almeja resguardar o valor do indivíduo mediante um novo posicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, sem as generalizações e abstrações que não consideram o homem em particular³.

Nesse sentido, preleciona Bettiol⁴ que:

Todo direito penal moderno é orientado no sentido da individualização das medidas penais, porquanto se pretende que o tratamento penal seja totalmente voltado para características pessoais do agente a fim de que possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou com as medidas de segurança.

Destacam-se as formas de ocorrer essa individualização: a primeira é quando a pena está determinada em lei e sem escolha do juiz, como a pena de morte ou prisão perpétua; a segunda ocorre quando a pena é indeterminada e cabe ao juiz fixar o *quantum* devido, situação presenciada em alguns Estados americanos no tocante às penas alternativas. A terceira é a pena parcialmente indeterminada com mínimos e máximos, flexíveis e adaptáveis à execução penal. Ocorre em Portugal para criminosos de alta periculosidade. E, por fim, a pena determinada com as margens mínima e máxima, em que o juiz elege o *quantum*. Esse último sistema é o mais adotado e cabível ao contexto democrático hodierno⁵.

O princípio da individualização da pena é desenvolvido em três momentos, denominados: individualização legislativa, individualização judiciária e individualização executória, os quais se complementam e interligam no processo como um todo.

No que tange ao panorama histórico, há uma interligação do princípio com o momento do Iluminismo e o seu arcabouço de humanização da pena, haja vista a relevância

³ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 47.

⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale** – Parte generale. 4. ed. Palermo: G. Priulla, 1958, p. 336.

⁵ Cf. LAMO RUBIO. J. de. **Penas y medidas de seguridad em el NuevoCodigo**. Barcelona: Bosch, 1997.

da transição do direito antigo para o moderno, bem como o consequente entendimento de rejeitar tudo aquilo que atinge os direitos humanos e a dignidade do indivíduo.

Nessa época, destacam-se nomes como Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Feuerbach (Alemanha), Beccaria, Filangieri e Pagano (Itália). Houve o surgimento do contratualismo, que se voltava para o combate do arbítrio judiciário, já que a pena passa a ter um viés utilitário, com o intuito de prevenir delitos e não apenas castigar⁶.

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, houve, por fim, a consolidação do pensamento iluminista e suas reformas. Consequentemente, o princípio em comento perpassa o aprimoramento do Direito Penal, ao se desenvolver, de forma progressiva, para penas privativas de liberdade e sanções alternativas, deixando as penalidades de morte e tortura como antecedentes históricos.

Em outra perspectiva, é relevante explicar as conceituações das regras, princípios e as distinções cabíveis. Visa-se, assim, ao entendimento do sistema penal e sua composição, que se revela como indispensável para o estudo em questão.

1.1.1 Regras e princípios

O sistema jurídico se baseia em normas e princípios. O positivismo considera que o fato de se dizer que alguém tem uma obrigação jurídica é afirmar que seu caso se encaixa em uma regra jurídica válida, que exige que ele faça ou se abstenha de fazer algo. Na ausência de tal regra jurídica válida, não existiria obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa, exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico equivalente à matéria.

Em outro viés, segundo o doutrinador Dworkin⁷, princípio pode ser entendido como “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Conforme o teórico apontado, há uma distinção entre regras e princípios que persiste em um critério lógico e diz respeito ao modo como ambos operam. Uma regra se aplica sempre que suas condições são verificadas, enquanto que os princípios se operam

⁶ Cf. FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. **Diritto penale** – Parte generale. 4. ed. Bologna: Zanichelli, 2001, p. 16-19.

⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

distintamente por terem uma dimensão de peso que não existe nas regras. Ao passo que uma regra é ou não é válida, princípios são hierarquizados de acordo com sua importância num caso concreto.

Na seara penal, opera a norma respectiva que, conforme preleciona Luiz Regis Prado⁸:

A norma jurídico-penal tem a natureza imperativa e endereça-se a todos os cidadãos genericamente considerados, através de mandados (imperativo positivo) ou proibições (imperativo negativo) implícita e previamente formulados, visto que a lei penal modernamente não contém ordem direta (v.g., não deixar de; não matar; não ofender a integridade corporal), mas sim vedação indireta, na qual se descreve o comportamento humano pressuposto da consequência jurídica.

A lei penal contém uma norma, que é a proibição da conduta por ela descrita. Em “matar alguém” está contida a norma proibitiva “não matarás”. Segundo Damásio⁹, a norma proíbe ou impõe concretamente a respectiva conduta que descreve. A regra jurídica que define um comportamento e determina uma penalidade como consequência, está proibindo a conduta.

No âmbito dos princípios penais, constituem esses um parâmetro para a devida aplicação das normas previstas no plano abstrato para os casos concretos emergentes dos conflitos sociais. Logo, devem conviver em harmonia, sem haver hierarquia entre eles, da mesma forma que os demais princípios do Direito.

Destarte, almeja-se compreender o seu papel em face do poder punitivo do Estado, conforme ressalta o doutrinador Nucci¹⁰:

Extenso deve ser o alcance dos princípios penais, porquanto possibilitam a harmonia do sistema, conferindo coerência às normas criadas pelo legislador e conduzem o magistrado ao sanar contradições e dúvidas, ultrapassando obstáculos e garantindo que o Direito Penal cumpra seu papel de interventor nos conflitos existentes na sociedade, punindo aqueles que causaram lesões a bens juridicamente tutelados.

Assim, ratifica-se o papel relevante dos princípios para os aplicadores da lei ao interpretar e aplicar aos casos concretos, sendo destaque no âmbito das normas escritas.

⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

⁹ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal- Parte geral**, vol. 1, 31.ª ed., Saraiva, 2010, p.13.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

1.1.2 Aplicabilidade no Brasil

No âmbito brasileiro, o princípio está inserido na Carta Magna, que traz consigo, conforme o doutrinador Guimarães¹¹, novos parâmetros de justiça que se refletem nos princípios por ela incorporados ao ordenamento jurídico pátrio. Surge, dessa forma, o princípio da individualização da pena em um contexto de garantias penais que se consolidaram na Lei Maior e legitimam o poder de punir estatal.

Está previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal/1988, que dispõe:

A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) prestação social alternativa; d) suspensão ou interdição de direitos.

Portanto, o corolário central encontra-se no fato de que, em obediência ao princípio da dignidade humana, deve haver a justa proporção entre os motivos que levaram à aplicação da pena e a pena efetivamente aplicada¹².

A devida importância desse tema é reconhecida pela jurisprudência brasileira, conforme explanação do Superior Tribunal de Justiça:¹³

A exigência de motivação dos atos do poder público em geral, e do Poder Judiciário em particular, representa, no que diz respeito ao processo de individualização da pena, a concretização de um ideário comprometido com as garantias individuais dos cidadãos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁴ também se manifestou ao destacar que “a individualização da pena na sentença condenatória é direito constitucional do acusado, que quando desatendida, acarreta à decisão nulidade que pode ser reconhecida de ofício pelo Tribunal”.

¹¹ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e direito penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

¹² FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense; 1999, p. 151.

¹³ STJ - REsp: 443500 SC 2002/0067524-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 30/11/2009.

¹⁴ TJPR, ApCrim 0599295-2, PR, 5ª Câm. Crim. j. 18.10.2010, v.u., rel. Maria José de Toledo Marcondes Teixeira.

1.2 ETAPAS DA INDIVIDUALIZAÇÃO

O princípio constitucional da individualização da pena se desenvolve em três etapas que, embora distintas, se complementam. São as fases: legislativa, judiciária e executória. O doutrinador Bittencourt¹⁵ conceitua:

A individualização da pena ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento.

Logo, é relevante o estudo um pouco mais aprofundado para cada etapa, a fim de se compreender o real alcance do princípio e sua função de possibilitar a aplicação de penas proporcionais a quem comete crimes, na devida proporção das circunstâncias em que ocorreram.

1.2.1 Legislativa

A primeira ocorre com a seleção feita pelo legislador, ao selecionar condutas para compor o âmbito de abrangências do Direito Penal, já que atingem os bens mais importantes. Posteriormente, advém o processo de valoração em que, ao pesar os bens mais relevantes, o legislador fixa uma pena correspondente.

Destarte, quanto maior a importância do bem jurídico lesado, mais grave será a consequência penal. Segundo o doutrinador Aníbal Bruno¹⁶ “[...] realiza-se uma individualização da medida penal em referência ao aspecto social-jurídico do crime, isto é, adapta a natureza e quantidade da pena ao valor do bem objeto da proteção legal”.

No mesmo viés, o professor Luisi¹⁷ ensina que:

Não se trata de penas com quantitativos certos e fixos. Também prevê as espécies de pena e muitas vezes as prevê de forma alternativa, e mesmo, em outras ocasiões, dispõe a sua aplicação cumulada. Em outros textos normativos, viabilizam as substituições da pena, geralmente as mais graves por espécies mais atenuadas.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. 18^a ed. São Paulo. Saraiva 2012, p. 662.

¹⁶ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

¹⁷ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

Destarte, há uma ligação entre essa fase e o princípio da legalidade, uma vez que nem mesmo nas outras fases (judicial e executória) a individualização prescinde da legalidade, haja vista a vinculação do magistrado aos normativos penais, como: o Código Penal, Código de Processo Penal, Leis Esparsas (v.g. Lei dos Crimes Hediondos etc.) e Lei de Execução Penal de seus elementos ou fases essenciais.

Nesse esteio, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹⁸ se manifestou:

Foi opção do legislador qualificar o furto e a ele cabe a edição das normas gerais e abstratas a serem observadas pela coletividade, fazendo o juízo prévio de reprovabilidade da conduta, sendo atribuível ao julgador tão-somente a individualização da pena ao caso concreto, dentro dos parâmetros estabelecidos da norma penal incriminadora.

No entanto, o moderno Direito Penal não se restringe apenas a legalidade formal, haja vista a relevância do seu aspecto material. Dessa forma, para elaboração de uma norma penal deve se atentar para o conteúdo da norma, assim respeitando o processo legislativo constitucional.

O professor Ferrajoli¹⁹ preleciona que:

O sistema das normas sobre a produção de normas – habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com fundamento constitucional – não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis. Inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos. Assim, uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade – por mais que tenha existência formal ou vigência, pode muito bem ser inválida e como tal suscetível de anulação por contraste com uma norma substancial sobre sua produção.

Por conseguinte, nota-se que nesse primeiro momento do princípio em comento, o legislador deve buscar essa conjugação da legalidade formal e material, visto que na última se busca a legitimação da norma pelos critérios morais, políticos, naturais.

¹⁸ TJRS, Ap. Crime 70029080827/RS, 7ª Câmara Criminal, j. 15.04.2010, rel. Naele Ochoa Piazzeta.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías** - La ley del más débil. Madri: Trotta, 2001, p. 20-21.

1.2.2 Judicial

A segunda fase é a judicial, em que o magistrado dirá qual a infração penal praticada pelo agente e começará a individualizar a pena a ele correspondente, por meio das circunstâncias judiciais, circunstâncias atenuantes e agravantes e pelas causas de diminuição e aumento de pena. Nesse sentido, o STJ²⁰ dispôs que:

A dosimetria da reprimenda é operação lógica que se estrutura atendendo aos parâmetros constitucionais da individualização da pena e da motivação das decisões judiciais. Não se justifica a exasperação da resposta penal calcada em elementares típicas.

Ressalta-se, portanto, que esse é um processo de aplicação da pena, em que o magistrado terá uma discricionariedade justificável, por se vincular aos ditames previstos em lei. As funções da pena (reprovação, prevenção...) serão postas em vigor pela aplicação da reprimenda do Poder Judiciário, fazendo com que a individualização saia do plano abstrato e se encaminhe para o plano concreto.

Destaca-se a explanação de Fiandaca e Musco²¹ quando escreveram sobre a temática em que “o legislador, sendo impotente para fixar em linha geral e abstrata todos os aspectos dos valores e desvalores do singular episódio criminoso, viu-se obrigado a delegar ao juiz a tarefa de valorar todas as facetas do fato relevantes [...]”.

Ao formar o seu livre convencimento motivado, o magistrado permite que haja um controle dos órgãos superiores, das partes e da sociedade como um todo da atividade jurisdicional. Destarte, será a motivação da sentença que permitirá que se levantem questões, como: equívocos na apreciação de provas, excessos na dosimetria penal.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²² elenca:

No trabalho de individualização da pena base o Juiz possui manifesta discricionariedade, sendo sua operação mental controlada pelo Tribunal através da fundamentação apresentada para a exacerbação operada, devendo sempre atentar para os elementos moduladores da pena ditados pelo artigo 59 do Código Penal.

A segunda etapa engloba outras determinações, quando cabíveis: a substituição da pena privativa de liberdade por outro tipo; a suspensão condicional do cumprimento da pena e

²⁰ STJ, HC 130428/GO, 6ª T., j. 18.08.2009, v.u., rel. Maria Thereza de Assis Moura.

²¹ **Diritto penale**-parte generale, cit., p. 60.

²² TJRJ, Ap 0014084-55.2008.19.0055, 1ª Câm. Crim., j. 11.03.2010, rel. Marcus Basílio.

o seu regime de cumprimento inicial, consoante preleciona, de forma sintética, o doutrinador Nucci.²³

No que tange ao concurso de agentes, é na presente etapa que fica em evidência a relevância da individualização da pena, porquanto o magistrado deve percorrer de forma singular cada circunstância judicial, seja objetiva ou subjetiva. Há o impedimento, assim, que se comparem, nos recursos de apelação, as sanções penais devido à natureza diferenciada que acarreta a aplicação do artigo 59 do Código Penal.

Entretanto, ao se pesquisar nas legislações de outros ordenamentos jurídicos, têm-se constantes disparidades na aplicação da pena. Por exemplo, nos Estados Unidos, o juiz usa da discricionariedade calcada em limites bem extensos do mínimo e máximo legal de cada reprimenda, possibilitando que nessa flexibilidade não recaia um controle formal por ser facultativa a motivação das sentenças.

Outra legislação comparada advém da França, onde o magistrado tem a liberdade de optar por aplicar a quantidade de sanções que lhe convier entre as previstas para a tipificação penal. Soma-se a isso a possibilidade de o membro do Poder judiciário ter discricionariedade para atribuir ao réu montante menor que o previsto nas penas de multa. Por conseguinte, essas exemplificações contrastam com o arcabouço de garantias instituídas pela Constituição Federal de 1988, contra os abusos pelo julgador.

Convém ressaltar que essa etapa intermediária e seus ramos serão detalhados no próximo capítulo, onde se verificará cada fase da dosimetria penal e as implicações no objetivo da hodierna pesquisa.

1.2.3 Executória

Por fim, a terceira etapa ocorre na execução penal, conforme a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), art. 5º, que diz “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”. O princípio em estudo ganha ainda mais relevância, por se esperar que haja, para cada apenado, uma individualização personalíssima no cumprimento de sua pena.

Nesse esteio, atenta-se que, ao haver dois ou mais réus, sendo coautores de uma infração penal e recebendo a mesma pena, deve o andamento das progressões de regime ser distinto. O doutrinador Mirabete²⁴ preleciona que é entendimento pacífico um ajustamento do

²³ **Individualização da pena**, cit., p. 131.

²⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 1996, p. 60-61.

programa de execução conforme a reação observada no condenado. Conclui que “individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto”.

O TJRS²⁵ elenca que:

A avaliação do mérito do condenado, conforme artigo 33, §2º, do Código Penal, permeia todo o sistema de individualização da pena na fase executória e, além de avaliações técnicas, poderá o juiz examinar o histórico carcerário para verificar se implementado o requisito subjetivo.

Portanto, ao adentrar o sistema carcerário, o primeiro momento é a classificação que define como e onde cumprirá a sua pena. Em seguida, ao exercer o labor como obrigação e exercendo-o conforme os parâmetros exigidos terá a remição em que ocorre a diminuição de um dia de pena a cada três dias trabalhados.

Existem outros benefícios que se destacam. O livramento condicional, que permite ao condenado abreviar sua reinserção social, por possibilitar o cumprimento de sua pena em liberdade, atentando o magistrado para os requisitos subjetivos e objetivos. O tempo exigido é de um terço da pena transcorrido para os apenados primários e metade da pena para os reincidentes.

Destaca-se mais um exemplo: o indivíduo que inicia o cumprimento em regime fechado percorre um sexto da pena e possui boa conduta no sistema prisional, pode requerer a progressão para o regime semiaberto, exceto nos casos da exigibilidade de dois quintos para apenados em crimes hediondos e equiparados, não reincidentes.

Todas essas concessões de privilégios constituem a individualização da pena, haja vista que se analisa o comportamento carcerário, que é único e intransferível a cada sentenciado. Conseqüentemente, o regime de execução pode progredir ou permanecer no inicial.

1.3 CORRESPONDÊNCIA COM OS DEMAIS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PENA

Na Lei Maior, têm-se os princípios constitucionais penais, basilares para o Direito Penal, divididos em explícitos e implícitos e se destacam: princípio da legalidade, princípio da presunção de inocência, princípio da pessoalidade da pena, princípio do contraditório e da ampla defesa, princípio da isonomia, princípio do devido processo legal. Assim, será

²⁵ TJRS, Ag 70034201525/RS, 3ª Câm. Crim., j. 28.01.2010, rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos.

analisada a aplicabilidade desses princípios constitucionais e o modo como se relacionam com o princípio da individualização da pena.

1.3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está expresso no art. 5º, inciso XXXIX da CF/88 que dispõe:

Art. 5º. 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, nos termos seguintes:
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Nota-se que esse princípio estabelece que todos os atos estatais gravosos para o cidadão devem se apoiar em uma lei formal, evitando-se, portanto, atos autoritários que manipulem o poder punitivo como forma de poder. Explana o ministro Gilmar Mendes²⁶ que “a prática de um ato, ainda que reprovável de todos os pontos de vista, somente poderá ser reprimida penalmente se houver lei prévia que considere a conduta como crime”.

Nesse viés, o professor Bonavides²⁷ explana que:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes.

Destarte, há o intuito de limitar a aplicação do direito penal a parâmetros estabelecidos por lei, pois que esse é o único instrumento normativo próprio para se criar a figura abstrata do crime assim como a sua respectiva pena. Em consonância, tudo o que não for expressamente proibido é lícito em direito penal.

Conforme o professor Nucci²⁸, o princípio da legalidade penal traduz-se pela inexistência de crime ou pena sem lei. Assim, a individualização da pena só será aplicada quando a legislação competente já tiver sido criada, bem como todos os demais requisitos para a devida e justa atribuição da sanção penal ao sentenciado.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 539.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 112.

²⁸ **Individualização da pena**, cit., p. 45.

A legalidade possibilita segurança jurídica, impedindo que a individualização se encaminhe para arbítrios ou abusos. Em outro viés, a individualização torna a legalidade dinâmica e flexível às constantes situações que os casos concretos encerram.

Portanto, o magistrado terá uma margem para efetuar a dosimetria penal, por meio de um máximo e mínimo predeterminado pelo legislador, o que possibilita a aplicação da pena ao caso concreto e demonstra a interligação dos supramencionados princípios insculpidos na Carta Magna Brasileira.

1.3.2 Princípio da presunção de inocência

Esse princípio está instituído na Constituição Federal do Brasil, no art. 5º, inciso LVII, que dispõe: “ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Conforme o doutrinador Pacelli²⁹, a doutrina majoritária entende que o mencionado princípio estabelece ao Poder Judiciário duas regras atinentes ao acusado: uma relativa ao fundo probatório, em que o ônus da prova recai sobre o acusado, e a outra versa sobre o tratamento, segundo o qual o réu não pode sofrer restrições pessoais.

Assim, defende Luiz Flávio Gomes³⁰ que provados "os fatos e a atribuição culpável deles ao acusado", presumem-se contra o réu a ilicitude e a culpabilidade, cabendo então à defesa provar eventuais causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

No que tange à segunda exigência no *iter persecutório*, todas as medidas restritivas ou coercitivas que se façam necessárias no processo só poderão ser aplicadas ao acusado quando houver real necessidade. Se existirem outras formas de conduzir a investigação, deve-se escolher a que evite ou a que traga menor constrangimento ao imputado e que enseje a menor restrição possível a seus direitos.

É uma garantia processual penal que busca a tutela da liberdade pessoal do indivíduo que é presumidamente inocente. Nota-se uma manifestação implícita, uma vez que o texto constitucional não declara o acusado inocente. Contudo, demonstra o fato de ele não ser necessariamente possuidor da culpa pela prática do fato que lhe é imputado.

O princípio da individualização da pena está em harmonia, por existir uma complementariedade desse para com o princípio da presunção da inocência, pois, somente

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 49.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio: Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência. In GOMES, Luiz Flávio: **Estudos de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: RT, 1999, p. 111-112.

após o trânsito em julgado da sentença que aplicou a pena e a individualizou, pode o indivíduo ser considerado culpado. Assim, a presunção de inocência vai até o momento em que não há mais possibilidade de recorrer da sentença condenatória. Após esse ato judicial, os efeitos concretos da individualização da pena incidirão.

Conforme se pode observar, os dois princípios não se aplicam simultaneamente, haja vista que a presunção de inocência deve ser garantida no *iter persecutório*, visando a evitar que o condenado sofra os malefícios de ser réu em um processo. A sentença condenatória transitada em julgado é o marco que encerra o supracitado princípio e representa o momento em que o membro do Poder Judiciário aplica a individualização da pena com todas as exigências estipuladas constitucionalmente.

1.3.3 Princípio da pessoalidade da pena

Está previsto no inciso XLV, do art. 5º da CF/88, o qual é categórico ao afirmar que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Esse dispositivo institui que a responsabilidade penal recai apenas sobre o sentenciado, pois somente ele poderá cumprir qualquer penalidade, seja restritiva de direito, privativa de liberdade ou multa, o que representa um avanço, se comparado à época em que o Estado transferia o cumprimento para amigos ou parentes do criminoso.

Preleciona Zaffaroni³¹ que “nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito, pelo fato de ser uma medida de caráter estritamente pessoal, uma ingerência ressocializadora sobre o condenado”.

Ressalta-se, contudo, que há uma permissão constitucional para se cobrar a reparação do dano e o perdimento de bens na situação de serem proveitos do delito. Com isso, evita-se o enriquecimento sem causa, sendo o Estado o responsável por confiscar os bens herdados aos parentes, quando comprovada a origem ilícita, assim como a reparação do dano até o limite do patrimônio transferido.

Nesse mesmo diapasão, encontra-se a correspondência com o princípio da individualização, haja vista ser a concretização da responsabilidade penal ao buscar conferir o

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1996, p.138.

caráter pessoal a pena e evitar transcender a pessoa do criminoso³². Dessa forma, a aplicação da pena atinge o indivíduo em harmonia com as garantias constitucionalmente estabelecidas.

1.3.4 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, disposto no inciso LV, do art. 5º, da CRFB/88, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...)”.

A doutrina constitucional aponta que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação do processo, pois, efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar é uma pretensão à tutela jurídica. Soma-se a isso o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, o que corresponde ao dever do juiz a eles conferir atenção, podendo-se afirmar que envolve não só o dever de conhecimento, como também o de considerar as razões apresentadas.

O doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho³³ preleciona sobre a ampla defesa:

A defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. Uma e outra estão situadas no mesmo plano, em igualdade de condições, e, acima delas, o Órgão Jurisdicional, como órgão *superpartes*, para, afinal, depois de ouvir as alegações das partes, depois de apreciar as provas, *dar a cada um o que é seu*.

A jurisprudência já se manifestou sobre o contraditório por meio do Supremo Tribunal Federal³⁴:

O contraditório é definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas se pertinentes e acompanhar sua produção, fazendo no caso de testemunhas, as perguntas que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes; recorrer quando inconformado, e poder utilizar-se dos remédios constitucionais [...].

Por conseguinte, o vínculo com a individualização da pena é bem nítido quando se visualiza um processo que, ao garantir os princípios da ampla defesa e contraditório, resultará

³² Cf. NUCCI. **Individualização da pena**, cit., p. 51.

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

³⁴ STF, HC 95.431, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 27-4-2010, Primeira Turma, DJE de 14-5-2010.

em uma pena justa e única para o apenado. Ademais, a fase de instrução do processo possibilita ao magistrado ter elementos suficientes para atribuir a sanção necessária através da aplicação da pena, em concreto, conforme as exigências que a individualização da pena acarreta na sua fase judicial.

1.3.5 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia, consagrado no *caput* do art. 5º da CF/88, o qual explana que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, mostra-se como o pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito. Essa concepção de igualdade abrange o aspecto formal que se traduz na aplicação do texto da lei de forma isonômica e o aspecto material que está baseado em instrumentos reais e sólidos de concretização dos direitos conferidos nas normas programáticas insculpidas nos ordenamentos legais.

Portanto, a relevância dessa igualdade material decorre de que somente ela possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder público e o considerem igualmente legítimos. Com isso, tira-se a concepção formal da letra fria da lei para viabilizá-la no mundo prático.

Há um duplo comando do princípio. O primeiro se volta para o legislador ao construir tipos penais incriminadores sem distinguir os cidadãos, desde que possuam características e contextos semelhantes. O outro momento é na aplicação da pena, uma vez que os réus são tratados desigualmente quando em desigualdade, apesar da lei ser igual a todos.

Destarte, esse tratamento desigual concedido pelo magistrado se materializa no princípio da individualização da pena. Assim, serão consideradas todas as particularidades que envolvem o indivíduo. Preceitua Nucci³⁵:

Pode-se concluir ser o princípio da igualdade perante a lei ou isonomia respeitado, caso certo réu termine apenado, por homicídio simples, a seis anos de reclusão, enquanto outro, porque em condições pessoais diversas, finde o processo com condenação de oito anos, por exemplo.

Nota-se, assim, que quando o magistrado atenta para as desigualdades sociais e sentencia de forma desigual os desiguais, há uma sanção penal justa. Dessa forma, a

³⁵ **Individualização da pena**, cit., p. 47-48.

individualização da pena se efetiva e possibilita a igualdade perante a lei, mas a desigualdade no caso concreto em virtude da isonomia.

1.3.6 Princípio do devido processo legal

Exposto na CF, art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, é considerado um dos mais amplos princípios do direito constitucional, pois assegura a todos o direito a um processo justo e com todas as regras previstas em lei, bem como todas as garantias constitucionais.

Dessa forma, pressupõe a incidência da isonomia, do contraditório, do direito à prova, da igualdade de armas, da motivação das decisões administrativas e judiciais, do direito ao silêncio, do direito de não produzir prova contra si mesmo. A sua incorporação no texto da Carta Magna de 1988 e a de outras garantias criou um contexto de superafetação, conforme afirma o doutrinador Rogério Lauria Tucci³⁶.

A jurisprudência do STF³⁷ se manifestou sobre o tema em Recurso Especial, no qual se indagou sobre a legitimidade constitucional de decisão tomada por tribunal estadual em razão da atuação de advogado legalmente impedido, por estar no exercício do cargo de Diretor-Geral do Tribunal Regional Eleitoral de Goiás. A Segunda Turma deu provimento ao recurso por entender que houve violação aos princípios da moralidade e do devido processo legal.

No que se refere à individualização da pena, vê-se a correlação ao entender que a obediência a esse princípio torna o processo judicial pautado nos ditames legais e nas disposições constitucionais, o que resulta na materialização do amplo princípio do devido processo legal mediante uma sanção penal justa e proporcional às singularidades dos indivíduos.

³⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 84.

³⁷ STF, RE 464.963/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 30-6-2006.

2 APLICAÇÃO DA PENA

Será exposta neste capítulo a segunda fase da individualização da pena que compreende a saída do plano abstrato advindo com a fase cominatória ou legal para o plano concreto, desencadeando em uma sanção penal que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime mediante o *jus puniendi* estatal.

Nesse viés, o STJ³⁸ elenca que “o estabelecimento da sanção penal é uma operação lógica pautada pelo princípio da individualização da pena e do dever de motivação das decisões judiciais”. Coaduna-se com o conceito de aplicação da pena elencado por Nucci³⁹:

Trata-se de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, por meio do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente em lei.

Desse modo, a exigência de motivação dos atos do Poder Judiciário representa, no que diz respeito ao processo de individualização da pena, a concretização de um ideário comprometido com as garantias individuais dos cidadãos. Assim, o magistrado deve atenção ao preceituado na Carta Magna de 1988, artigo 93, inciso X, o qual versa sobre a fundamentação das decisões.

A exposição de Motivos do Código de Processo Penal destaca que “é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento”. A lei penal traça, então, uma série de etapas que devem ser observadas, sob pena de se macular o ato decisório, acarretando até em nulidade.

A determinação da pena não se limita à fixação do *quantum* a ser cumprido, dentre os limites mínimo e máximo estabelecidos no preceito secundário. Incumbe ao julgador fixar a espécie de pena (privativa de liberdade ou multa), bem assim o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, eventual substituição quando pertinente e, ainda, possível suspensão condicional do cumprimento.

Por conseguinte, o legislador, ao definir os limites das penalidades, estabelece o campo de liberdade no qual o juiz pode mensurar a resposta estatal à prática da conduta proibida, consagrando-se esta em uma tarefa judiciária.

³⁸ STJ, HC 73470, 6.ª. T., j. 09.06.2009, v.u., rel. Maria Thereza de Assis Moura.

³⁹ **Individualização da pena**, cit., p. 130.

O que difere, por exemplo, do pensamento pregado por Beccaria⁴⁰, o qual afirmava que o dever do juiz “consiste exclusivamente em examinar se tal homem praticou ou não um ato contrário às leis”. Caberia ao membro do Poder Judiciário, destarte, enquadrar a pena em certo patamar e optar pelos graus mínimo, médio e máximo.

Contudo, hodiernamente prevalece o imperativo de que não é suficiente apenas a menção do normativo legal na determinação da pena aplicada, pois deve ocorrer minuciosa descrição dos fatos que implicam na fixação da pena em concreto.

2.1 CRITÉRIO TRIFÁSICO

É consagrada no sistema jurídico penal a aplicação da pena que percorre três fases, sendo exposto no CP, artigo 68: “A pena-base será fixada atendendo-se aos critérios do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Esse método foi preconizado por Nelson Hungria e se mostra como o mais viável, porquanto permite ao condenado o exato conhecimento do processo pelo qual passa o magistrado até concretizar a pena. Destarte, ao ocorrer a separação trifásica, com a fundamentação exigida para cada uma, torna-se mais transparente a fixação da sanção penal.

Nesse sentido, coaduna a jurisprudência do TJPR⁴¹ ao elencar enfaticamente que “de acordo com o sistema trifásico de fixação de pena privativa de liberdade (art. 68, do Código Penal) a dosimetria da pena deve-se dar em três momentos bem distintos, os quais não podem ser invertidos sob pena de vício passível de nulidade”.

Inicialmente, o magistrado fixará a pena-base, orientando-se pelos critérios previstos no mencionado art. 59, ou seja, atenderá à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Após, o julgador deverá considerar as circunstâncias agravantes (art. 61, CP) e atenuantes (art. 65, CP) aplicáveis ao caso concreto, as quais não podem exceder os limites máximos e mínimos do estabelecidos do preceito secundário do tipo penal, segundo o entendimento que atualmente prevalece.

⁴⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Edições de Outro, 1959, p. 38.

⁴¹ TJPR, Ap. Crim. 0611925-1/PR, 5.ª Câ. Crim.j. 13.05.2010, v.u., rel. Lauro Augusto Fabrício de Melo).

Na última etapa, o magistrado deverá observar se incidem causas de aumento ou de diminuição de pena, que podem estar previstas tanto na Parte Geral como na Parte Especial do Código Penal e, ainda, em Leis Especiais. Elas são causas que permitem ao magistrado diminuir aquém do mínimo legal bem como aumentar além do máximo legal.

2.1.1 Circunstâncias judiciais

Conforme mencionado, compõe a primeira etapa da dosimetria penal, servindo de alicerce para as demais modificações nas duas etapas posteriores. Preleciona a professora Barreiros⁴²: “a pena-base tem significativa importância justamente por determinar o *quantum de pena* sobre o qual incidirão, caso estejam presentes, as circunstâncias previstas nas demais fases do procedimento promovendo assim uma penalização individualizada”.

Em outro viés, ressalta-se que as oito circunstâncias judiciais são acessórias ao fato punível e devem ser entendidas como elementos externos. Contudo, podem adicionar ao delito cometido um grau distinto de reprovabilidade. Segundo Bitencourt⁴³, são elementos que, apesar de não alterar a constituição do ilícito penal, influem no conteúdo do injusto do delito.

No que tange à motivação de cada circunstância, destaca-se o ensinamento de Alberto Silva Franco⁴⁴:

No processo de individualização da pena, qualquer que seja sua espécie (privativa de liberdade, restritiva de direito ou pecuniária), não basta que se faça, na sentença, expressa referência aos parâmetros apontados no art. 59 do CP. Cada referencial deve exprimir um conteúdo fático extraído do processo para que não signifique uma palavra oca, vazia de sentido e alcance. Repetir as palavras do texto, de forma monocórdia, ou globalmente, não significa individualizar a pena.

Busca-se, pois, concretizar uma atuação jurisdicional vinculada mediante a fundamentação na sentença das circunstâncias judiciais e, assim, evitar o descumprimento dos critérios estabelecidos legalmente para a individualização da pena, por se constatar como efetiva violação do bem jurídico que se quer tutelar.

⁴² BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. **Individualização da pena**: um desafio permanente. Curitiba: Juruá, 2010.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴⁴ FRANCO, A. Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

2.1.1.1 Culpabilidade

Entende-se como culpabilidade o grau de reprovabilidade da conduta. No âmbito penal, surge com três funções: fundamento da pena; limite da pena (CP, art. 29 – cada um é punido nos limites de sua punibilidade) e fator de graduação da pena (CP, art. 59). Destarte, se analisará o último viés em que a culpabilidade se aplica.

No contexto da dosimetria penal, é o elemento de gradação da pena, pelo qual o juiz avaliará a censura do crime, com o intuito de norteá-lo na fixação da pena-base. O doutrinador Bitencourt⁴⁵ leciona que nessa situação “a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade”.

Desse modo, o magistrado averigua não se há culpabilidade – pois constitui elemento do crime – mas sim a gradação dessa culpabilidade, isto é, o grau de reprovabilidade da conduta dentro do contexto em que foi cometido o delito, devendo ser considerada a realidade fática em seu todo.

A doutrina costuma divergir acerca da relevância dessa circunstância sobre as demais; há posicionamento em que a culpabilidade teria o mesmo peso na fixação da pena-base; outra corrente defende que seria apenas um conjunto de todo o artigo 59 do Código Penal e, ainda, outros estudiosos alegam que ela ganha um papel de destaque na dosimetria penal.

Os doutrinadores Zaffaroni e Pierangeli⁴⁶ explanam que a culpabilidade agrega tanto os motivos, como as circunstâncias e as consequências do delito. Nucci⁴⁷ se posiciona em sentido semelhante ao considerar a culpabilidade como resultado da avaliação de todas as circunstâncias judiciais.

No entanto, é mister ressaltar que a culpabilidade possui elementos que, conforme o professor José Henrique Kaster Franco⁴⁸, a torna mais forte e dinâmica perante as outras circunstâncias e preceitua:

Primeiro porque todas as demais circunstâncias são examinadas tendo como parâmetro a maior ou menor reprovabilidade da conduta, isto é, a culpabilidade (...).

⁴⁵ **Manual de Direito Penal:** parte geral. cit., p. 100.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Brasileiro:** parte geral. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado.** 2. ed. rev., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴⁸ FRANCO, José Henrique Kaster. **Funções da pena e individualização:** aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 161.

Segundo, porque todos os elementos que fazem mais ou menos reprovável uma determinada conduta criminosa cabem na circunstância da culpabilidade. Deve servir como parâmetro, mas também como circunstância autônoma, tomada de forma individual.

Nesse sentido, jurisprudência do STJ⁴⁹ elenca que “a referência genérica à culpabilidade, desprovida de fundamentação, conduz à nulidade da decisão judicial neste ponto.” Assim, o magistrado deve examinar com atenção os elementos que versam sobre o fato, obedecidos todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar a justa sanção proporcional e suficiente para a reprovação do crime.

Ocorrerá, então, um juízo de valoração objetivo-subjetivo, porquanto, além dos elementos fáticos dos autos, há a apreciação pessoal do julgador conforme sua experiência de vida e conhecimentos que integram a avaliação dos casos concretos na busca pela sanção penal justa.

2.1.1.2 Antecedentes

Dizem respeito ao histórico judicial do réu, e para boa parte de doutrina e jurisprudência alcança apenas condenações criminais com trânsito em julgado, por fatos anteriores ao delito que está sendo julgado, quando não possam ser consideradas para efeito de reincidência, porquanto fornecem elementos suficientes à caracterização dos maus antecedentes.

Ressalta-se a necessidade do trânsito em julgado das sentenças nos processos criminais devido à consagração do princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição Federal, art. 5º, LVII, o qual versa que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ se manifestou na Súmula 444, em que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Na mesma Corte Cidadã⁵⁰, o ministro Vicente Cernicchiaro elencou:

Nenhuma sanção criminal poderá ser imposta, ou extrair efeito jurídico próprio de condenação. Assim, logicamente, estar o réu indiciado, ou denunciado (em outro processo) não pode conduzir à conclusão de maus antecedentes. Constituiria, sem dúvida, condenação hipotética e antecipada.

⁴⁹ STJ, REsp-264.042, Ministro Vicente Leal, DJ de 7.10.02. (HC 174850/PR, 6.ª T., J. 14.09.2010, v.u., rel. Celso Limongi.

⁵⁰ STJ, 6ª Turma, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU 28/6/93, p. 12.901.

Urge ressaltar que até a Reforma Penal de 1984, os antecedentes abrangiam também a conduta do indivíduo no meio social em que vivia. Hodiernamente, contudo, separou-se a conduta social do contexto dos antecedentes, assim como a questão da personalidade do agente, visto que se tornaram circunstâncias judiciais autônomas.

A avaliação dos antecedentes, por conseguinte, não pode influir de modo a agravar a pena do agente ao transpor os limites estipulados por sua culpabilidade no caso concreto. Dessa forma, a individualização da pena precisa estar em harmonia com o Direito Penal Moderno, o qual enfoca o direito penal do fato.

2.1.1.3 Conduta social

Conduta Social é a circunstância que busca o papel do réu na comunidade, no contexto de trabalho, amigos, escola, família. Assim, o magistrado deve observar se o apenado coopera no meio social, se ajuda os outros, se é bom pai, bom esposo ou, ao contrário, se desequilibra as relações e desestimula a harmonia.

A prova, então, se faz por todos os meios legítimos permitidos, com o intuito de saber se haverá uma reprimenda maior ou menor. No entanto, são colhidas, por vezes, de forma superficial mediante as “testemunhas referenciais”, que são convocadas pelo júízo, mas poucas conhecem a vida pregressa do indivíduo.

Nesse sentido, destaca-se a ressalva do professor Fernando Galvão⁵¹, o qual alega que “não se pode deixar de perceber que o critério da conduta social deve ser considerado em relação à sociedade na qual o acusado esteja integrado, e não em relação à “sociedade formal” dos homens tidos como “de bem” pelo juiz.”.

Destaca-se o pensamento de Baratta,⁵² que alega a existência de “diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais.” Assim, há uma dificuldade do membro do Poder Judiciário em entender os valores sociais do acusado por parâmetros que não pertencem ao seu contexto.

O ideal, portanto, seria que o julgador fizesse sua análise a partir da perspectiva do réu, tentando compreender a realidade na qual se insere, e as dificuldades, para que possa saber se, nas particularidades de seu meio social, agia de modo adequado ou não. Desse modo, graduará a pena-base conforme seja mais ou menos censurável o ato ilícito.

⁵¹ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Aplicação da pena**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 147.

⁵² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

Outro ponto de divergência entre doutrina e jurisprudência versa sobre a posição moderna do Direito Penal, porquanto há corrente que entende que essa valoração regressiva da vida social do indivíduo caracteriza o direito penal do autor e não do fato, este almejado hodiernamente.

Alegam a necessidade de avaliar, na seara penal, o fato cometido, ou seja, a conduta exteriorizada e não o modo de agir, pensar, opção religiosa, sexual do sentenciado. O professor Franco⁵³ leciona ainda que, “com efeito, não se pode punir mais severamente alguém porque é diferente ou não se enquadra nas regras tidas como normais de convívio”.

No entanto, o supramencionado autor e outros, como Nucci⁵⁴, não veem um desrespeito ao direito penal do fato a punição mais severa do réu, cuja conduta social indique uma maior reprovabilidade da conduta. Esses autores defendem sanções distintas àqueles que tiveram uma vida pautada no respeito ao próximo, em comparação àqueles que têm histórico de causar indignação na comunidade, uma vez que atingem direitos alheios.

2.1.1.4 Personalidade

A personalidade pode ser entendida como o conjunto de traços individualizantes de cada indivíduo, o que advém da carga intrínseca do ser humano em contato com os círculos sociais. Conforme preleciona Figueiredo Dias⁵⁵, “a personalidade é a forma viva fundamental do indivíduo humano por oposição a todos os outros”.

Dessa forma, constitui o núcleo inconfundível, irrepetível, peculiar de cada indivíduo, revelando as preferências e escolhas dadas a um determinado valor. No entanto, ao cometer um crime, pode se identificar características negativas da personalidade do autor como o móvel propulsor, tais como: desonestidade, agressividade, egoísmo, intolerância, inveja.

Entretanto, essa circunstância revela-se como uma das mais contraditórias no âmbito doutrinário e jurisprudencial, questionando-se qual o conhecimento do magistrado nesse viés psicológico. Boa parte da doutrina entende que o julgador não é suficientemente instruído para fazer essa avaliação e, assim, esse quesito estaria repleto de especulações sem teor técnico, acarretando também em uma pena voltada para o que o agente é ou pensa.

⁵³ **Funções da pena e individualização**, cit., p. 153.

⁵⁴ **Individualização da pena**, cit., p. 165.

⁵⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. **Liberdade, culpa e direito penal**. Coimbra: Biblioteca Jurídica Coimbra, 1983, p. 261-262.

Nesse sentido, destaca-se a jurisprudência do TJRS⁵⁶, a qual elenca:

A pena-base merece ficar no mínimo. A personalidade não pode vir contra o apelante porque o cidadão não pode sofrer sancionamento por ela – cada um a tem como entende [...] Mais, a alegação de ‘personalidade distorcida, com perfil sociológico apropriado aos delitos praticados’ é retórica, juízes não têm habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir diagnósticos desta natureza.

A corrente oposta alega que o juiz não pode se escusar de cumprir a norma penal. Segundo Franco⁵⁷, ele não deve esquecer a personalidade na dosimetria penal, visto que a dificuldade se encontra não na circunstância em si, mas no modo superficial em que é analisada por tribunais e juízes.

Em consonância a esse entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo⁵⁸ elenca que “cabe a individualização da pena-base acima do mínimo legal, quando demonstrada a personalidade agressiva e perigosa do réu, voltada ao cometimento de violência doméstica que resultaram em lesões corporais gravíssimas à mulher.”.

Desse modo, deve o julgador buscar mais elementos de apoio para chegar à justa sanção penal. Pode, sendo necessário, solicitar avaliação psicológica do acusado e colocar as partes para colaborar nessa averiguação. Ressalta-se que não deve se esperar do membro do Poder Judiciário um autêntico laudo psicológico, porém uma dosimetria pelo crime reconhecidamente cometido.

Preleciona Aníbal Bruno⁵⁹ que “desprovido de recursos técnicos apropriados, o juiz tem de proceder à investigação da personalidade por meio das suas manifestações no mundo exterior, pela observação do comportamento habitual do sujeito”. Assim, pode observar também a forma de agir do réu durante o crime ou após.

Por conseguinte, o aplicador deve estar atento para que os elementos utilizados estejam diretamente relacionados e exteriorizados ao fato criminoso, porquanto cabe ao Estado Democrático de Direito distinguir a aplicação da pena entre o que comete um homicídio por possuir inveja da vítima e outro que comete o mesmo crime em um briga de bar.

⁵⁶ TJRS, Ap. 7005127295, 5.ª C., rel. Amilton Bueno de Carvalho, Boletim IBCCRIM n. 129, p. 722-723.

⁵⁷ **Funções da pena e individualização**, cit., p. 156.

⁵⁸ TJSP, Ap. 9146612-41.2006.8.26.0000/SP, 4.ª Câ. Crim., j. 08.09.2010, rel. Willian Campos.

⁵⁹ BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

2.1.1.5 *Motivos*

Trata-se dos porquês que levaram o agente a cometer o crime. A partir dessa análise, pode-se indicar maior reprovabilidade da conduta, como nas situações em que o agente comete o crime por questões raciais, desejos sexuais. De modo contrário, acarreta em menor reprovabilidade quando o apenado age por altruísmo, patriotismo.

Explana-se que essa circunstância recai sobre fator qualitativo da vontade humana, ocasionando em questionamentos, como: por que o cometimento deste crime? Portanto, defende-se que há sempre um motivo vinculado, o qual pode ser menos ou mais nobre e que fará com que o magistrado aumente ou diminua a pena-base.

Segundo o doutrinador Franco⁶⁰, alguns motivos, como vingança, podem ter aspectos distintos a depender da situação. Menciona-se quando o réu mata a esposa por tê-lo denunciado por agressões físicas; nesse caso, há uma valoração negativa. Contudo, se um pai cometer um homicídio contra aquele que matou seu filho, recairá sobre ele uma valoração diferente.

Outro ponto a ser destacado, é a diferenciação entre motivo e objetivo. Enquanto o motivo refere-se ao elemento psicológico que propulsiona a conduta, respondendo ao questionamento ‘por quê?’, o objetivo é o fim a ser atingido pelo apenado com a prática do delito e se relaciona com o questionamento ‘para quê?’⁶¹.

O julgador precisa, ainda, ter atenção no que tange à aparente semelhança entre motivo e dolo/culpa. Roberto Lyra⁶² faz uma explanação relevante a esse respeito:

O motivo, cuja forma dinâmica é o móvel, varia de indivíduo a indivíduo, de caso a caso, segundo o interesse ou o sentimento. Tanto o dolo como a culpa se ligam à figura do crime em abstrato, ao passo que o móvel muda incessantemente dentro de cada figura concreta do crime, sem afetar a existência legal da infração. Assim, o homicídio pode ser praticado por motivos opostos, como a perversidade e a piedade (eutanásia), porém a todo homicídio corresponde o mesmo dolo (consciência e vontade de produzir morte).

Por fim, convém destacar que a consideração dos motivos determinantes da prática delitiva não pode restringir-se apenas aos aspectos imediatos da relação subjetiva entre o autor e o fato, mas também considerar a finalidade da conduta sob o enfoque da perspectiva social, de modo que os menos favorecidos socialmente sejam compreendidos no contexto em

⁶⁰ **Funções da pena e individualização**, *cit.*, p. 157.

⁶¹ Cf. **BARREIROS. Individualização da pena**, *cit.*, p. 65.

⁶² **LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 2. p. 218.**

que se inserem e não tenham sua pena agravada de modo que sejam transpostos os limites estabelecidos pela culpabilidade.

2.1.1.6 Circunstâncias

São elementos objetivos que envolvem o fato criminoso, que a ele estão relacionados e que são relevantes para averiguar a maior ou a menor reprovabilidade da conduta. Conforme Almeida⁶³, “as circunstâncias do crime são elementos ou dados tidos como acessórios ou acidentais, que cercam a ação delituosa”.

Dessa forma, não têm existência autônoma por aderirem a uma figura típica principal e, conseqüentemente, promovem uma mudança qualitativa e quantitativa na gradação da pena, tornando o fato mais ou menos grave, não interferindo na qualidade do crime. Preleciona Bitencourt⁶⁴, as circunstâncias do artigo 59 poderiam ser “forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes”.

No âmbito histórico, destaca-se o Código Criminal do Império, de 1830, que trazia exemplos de circunstâncias, as quais podem ser encaixadas nesse contexto da dosimetria penal. Por exemplo, ter o réu agido à noite ou em local ermo, com o auxílio de um ou mais comparsas ou utilizando disfarce.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁶⁵ dispôs que “a aquisição e guarda de poucas cédulas falsas não pode ser apenada com o mesmo rigor de quem é surpreendido com mais de duas centenas de dinheiro falso”. Assim, há uma consonância com o disposto pelo legislador, porquanto tal jurisprudência atende ao princípio da individualização da pena.

2.1.1.7 Consequências do crime

Representa os desdobramentos, que saem do resultado típico, advindos da conduta do agente, reveladores da danosidade decorrente do delito praticado. A perda da coisa no crime de dano ou a morte no crime de homicídio são consequências que compõem o fato típico. Assim, não podem ser consideradas nesse momento da dosimetria penal.

⁶³ ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal**: doutrina, jurisprudência e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 83.

⁶⁴ **Manual de Direito Penal**, cit., p. 554.

⁶⁵ TRF3, ACR 27116-2000.61.05.015397-4/SP, 1.ª T., j. 09.11.2010, v.u., rel. Silvia Rocha.

De forma distinta, exemplifica-se com a morte da mãe que deixa filhos menores desamparados, crimes sexuais em que resulta em um trauma a ser tratado apenas por profissionais da Psicologia, visto que as consequências desses crimes fogem à normalidade do tipo e devem ser consideradas pelo magistrado.

Entretanto, o julgador precisa estar atento para evitar o *bis in idem*, ensina David Teixeira de Azevedo⁶⁶:

É defeso ao magistrado elevar a sanção, no trabalho de motivação e aplicação da pena, em razão da virulência do ataque ou da gravidade da lesão do bem jurídico, tomando circunstâncias já consideradas no tipo incriminador. Se assim o fizer, incidirá no *bis in idem*, repetindo para a gravidade do crime a modalidade ou o grau de intensidade da ofensa, ambos já considerados e avaliados pelo legislador ao fixar a quantidade da pena mínima.

Na Ação Penal 470 (Mensalão), os ministros do STF agravaram a pena-base devido às consequências do crime de peculato. Segundo alegações do então ministro Joaquim Barbosa⁶⁷, “embora o crime de peculato sempre envolva prejuízo ao erário, o montante empregado na prática ilícita pode ser considerado para fins de elevar a pena-base, eis que é variável em cada caso concreto. Considero quanto mais alto o desvio, mais grave a conduta”.

2.1.1.8 Comportamento da vítima

Trata-se de uma circunstância judicial inovadora, trazida pelo legislador em 1984 e retrata o reconhecimento de que a vítima e seu atuar podem contribuir para a ocorrência do fato criminoso. Segundo Fernando Galvão⁶⁸, “não se trata de justificar a conduta do agente, mas sim de uma consideração que poderá reconhecer que ele não deve receber uma maior carga de reprovação”.

A vítima descuidada ou extremamente agressiva pode ser alvo fácil de delitos penais, o que torna menos reprovável a conduta do réu. Contudo, ressalta-se que esses ofendidos estão protegidos pela lei penal, e o réu não deve ser absolvido, porém a pena não deve ser agravada. De modo contrário, a pena-base deve ser exasperada quando os ofendidos não abrem margem, de modo algum, ao ataque sofrido.

⁶⁶ AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena** – causas de aumento e diminuição. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42.

⁶⁷ AP 470/MG, p. 6354 do inteiro teor do acórdão,

⁶⁸ **Aplicação da pena**, cit., p. 156.

Nesse viés, o magistrado deve estar atento para não sobressair o preconceito, resultando em uma válvula de escape. Segundo Franco⁶⁹, o qual nos ensina de modo bem claro, “homossexuais, prostitutas, meninas com roupas curtas não facilitam a prática de crime algum, exceto na mente doentia do próprio réu, o que evidentemente não pode pesar em seu favor; ao revés, pode indicar necessidade de maior censura penal”.

O doutrinador Nucci⁷⁰ elenca ainda tipos de vítimas, da seguinte forma: vítima completamente inculpável, vítima parcialmente culpável, vítima completamente culpável. O juiz deve analisar em qual categoria encontra-se o ofendido e graduar a pena conforme a participação do sujeito passivo. Destaca-se que é caso de absolvição a vítima da categoria de completamente culpável quando, por exemplo, uma mulher querendo se vingar de certo homem, acusa-o de estupro.

Por fim, como enfatiza Capez⁷¹, “não existe compensação de culpa em Direito Penal”, pois, só se busca o abrandamento da pena quando a vítima coopera para a ocorrência do ilícito penal e evitam-se os efeitos negativos que resultam na inaceitável inversão de papéis.

2.1.2 Circunstâncias atenuantes e agravantes

Corresponde a determinação da pena intermediária, a qual advém da ponderação das circunstâncias legais que incidem sobre a pena-base. Essas circunstâncias são elementos previstos pelo legislador e não alteram o crime na sua essência, mas resultam em repercussões jurídico-penais importantes.

As agravantes estão elencadas nos arts. 61 a 64 do Código Penal e as atenuantes no art. 65 do mesmo compêndio penal. No art. 66, há uma atenuante genérica, que dispõe: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

No âmbito das distinções entre as fases da dosimetria, atesta Franco⁷²:

A carga axiológica das circunstâncias legais já está estampada na lei, basta a leitura para perceber se servem para agravar ou atenuar a pena, razão pela qual estão mais para um juízo de silogismo do que uma operação mais complexa como aquela pela qual se determina a pena-base.

⁶⁹ **Funções da pena e individualização**, cit., p. 160.

⁷⁰ **Individualização da pena**, cit., p. 184.

⁷¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 431.

⁷² **Funções da pena e individualização**, cit., p. 169.

É importante atentar que quando as agravantes e atenuantes compõem a própria descrição típica fundamental, a forma qualificada ou privilegiada ou causas de aumento e de diminuição, não poderão ser consideradas na segunda fase da dosimetria, porquanto se busca evitar a dupla valoração, segundo Fernando Galvão⁷³.

Exemplifica-se com um caso de homicídio cometido por motivo fútil ou torpe, quando, ao invés de se aplicar a regra do homicídio simples, prevista no caput do art. 121 do CP, cominada com a circunstância agravante genérica, atribui-se a pena do homicídio qualificado previsto no § 2º, I e II do dispositivo citado.

Cabe destacar que doutrinadores, como Fragoso⁷⁴, defendem que as circunstâncias legais dividem-se em objetivas, quando se relacionam com o tempo, meios e modos de execução; e subjetivas, quando se referem à qualidade e condição pessoal do agente, motivos determinantes, entre outros.

Nesse viés, tem-se importante lição de Zaffaroni e Pierangelli⁷⁵, que entendem “existir uma ordem de circunstâncias que estariam a revelar um grau maior ou menor de culpabilidade, e alguns casos em que só apareceriam considerações meramente preventivas ou político-criminais, desvinculadas do delito em si”.

No contexto dessa pesquisa, é mister destacar as duas circunstâncias que mais permeiam as discussões jurídicas: a reincidência e a confissão. A reincidência agrava a pena do réu que já tenha sido condenado definitivamente, em virtude do cometimento anterior de conduta tipificada como crime, nos termos das condições estipuladas no Código Penal.

O art. 64, I, do CP elenca a questão temporal deste instituto e dispõe que:

Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

Vale ressaltar que existe a argumentação de que essa circunstância seria inconstitucional, uma vez que o apenado já teria cumprido sua pena pelo crime anterior e essa valoração negativa seria como uma segunda punição; já outros alegam que a reincidência não teria ligação com o fato que está sendo julgado.

Entretanto, o pleno do STF⁷⁶, por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade da reincidência como agravante, por entender que deve receber maior censura aquele réu que

⁷³ **Aplicação da pena**, cit., p. 162.

⁷⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁷⁵ **Manual de Direito Brasileiro**, cit., p. 832.

⁷⁶ STF, RE 453.000/RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, DJE, 03/10/2013.

se manteve na prática criminosa. Seria atribuída, assim, a concepção de que o gravame denotaria uma maior periculosidade da pessoa⁷⁷.

Vale destacar, ainda, a confissão que se manifesta como uma atenuante consagrada para beneficiar a cooperação do réu com a Justiça, sendo efetivada quando ocorre de forma espontânea. Segundo Nucci⁷⁸ “a espontaneidade somente tem sentido no contexto da sinceridade de propósito e não superficialmente no âmbito da iniciativa de agir. Afinal, quem age voluntariamente, atua através de seu próprio empreendimento, livre de qualquer coação”.

Essa circunstância é admitida mesmo que a autoria já seja conhecida por outros meios de prova, pois não há restrições no dispositivo legal. Conforme Dotti⁷⁹, a aplicação dessa atenuante é cabível, mesmo ocorrendo em momento posterior ao reconhecimento da autoria.

A Suprema Corte⁸⁰ se manifestou em consonância com esse entendimento, reconhecendo que não há qualquer razão para que seja repelida a atenuação da pena em caso de confissão espontânea feita por pessoa presa em flagrante, já que a lei não estabeleceu tal restrição.

Há posicionamentos em que a confissão deve recair em um crime e não em um ato lícito. Nos casos em que o réu é processado por um homicídio e alegue que agiu em legítima defesa na sua confissão e, ao final, o magistrado o condene, não se presenciaria o intuito de colaboração, mas de se livrar dos ditames penais.

Nesse viés, os ministros do STF não reconheceram a confissão dos réus na Ação Penal 470 (Mensalão)⁸¹ quando admitiram a autoria dos fatos, mas atribuíram os desvios a despesas não contabilizadas. Alegou-se que a atenuante da confissão exige a aceitação pelo réu da conduta criminosa imputada.

Assim, é necessária a confissão vinculada ao crime, para que o réu seja beneficiado ao sofrer a condenação. Segundo Franco⁸², “apenas a confissão simples pode ser admitida, e não a qualificada, na qual o réu admite um fato, mas agrega uma tese defensiva de exclusão da tipicidade ou da ilicitude”.

2.1.3 Causas de aumento e diminuição

⁷⁷ ZAFFARONI; PIRANGELI. **Manual de Direito Brasileiro**, cit., p. 839.

⁷⁸ **Individualização da pena**, cit., p. 227.

⁷⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 530.

⁸⁰ STF, 1ª T., HC 77.653/MS, Min. Galvão, DJU 13.03.1999.

⁸¹ AP 470/MG, p. 6646 do inteiro teor do acórdão.

⁸² **Funções da pena e individualização**, cit., p. 174.

Denominada pena definitiva, representa a terceira fase da dosimetria penal. Conforme previsto no art. 68 do Código Penal: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Essas causas estão dispostas na Parte Geral, na Parte Especial do Código Penal e em Leis Especiais e podem conduzir o magistrado aquém do mínimo ou além do máximo previstos no tipo penal. Diferenciam-se, então, das outras fases, que não permitem essa margem mais ampla para o magistrado delimitar o *quantum* penal.

As minorantes e majorantes, como também são conhecidas, localizadas na Parte Geral, são aplicáveis a todos os crimes; enquanto que as da Parte Especial modificam apenas os delitos aos quais estão relacionadas. Nas Leis Especiais, se restringem à modificação da pena do crime a que se referem.

Ressalta-se que o *quantum* a ser aplicado já vem definido no próprio dispositivo que as enunciam. Destarte, independente de estarem no Código Penal ou em Leis Esparsas, possuem aumentos ou reduções em quantidades fixas (por exemplo: dois terços da pena) ou quantidades variáveis (por exemplo: de um a dois terços da pena), conforme Santos⁸³.

É importante ressaltar a distinção entre as majorantes com as qualificadoras. Nessa última, há um novo tipo penal, no qual se alteram em abstrato as penas. O magistrado, ao verificar uma circunstância qualificadora, parte de uma nova moldura penal, antes mesmo de adentrar o método trifásico.

Fernando Galvão⁸⁴ explana: “Note-se o exemplo do furto qualificado, previsto no §4º do Código Penal, que estabelece cominação na ordem de dois a oito anos e multa, bem distinta da cominação prevista para o furto simples, na ordem de um a quatro anos e multa”.

Por fim, destaca-se o entendimento de Barreiros⁸⁵ no que tange à obrigatoriedade ou facultatividade dessas circunstâncias. A autora ressalta que as reduções devem ser obrigatórias, apesar de constar no dispositivo a expressão “poderá ser”, porquanto se busca a interpretação mais favorável ao réu e se coaduna com princípios reitores de um direito penal democrático e humanitário.

⁸³ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC/Lúmen Juris, 2005, p. 142.

⁸⁴ **Aplicação da pena**, cit., p. 223.

⁸⁵ **Individualização da pena**, cit., p. 144.

3 *JUS PUNIENDI* E TEORIAS DA PENA

Posteriormente à elaboração do estudo teórico sobre o princípio constitucional da individualização da pena, demonstrando seus contornos, faces e âmbitos de aplicação, a pesquisa adentrará seu segundo momento, no qual se delinearão os moldes da legitimação do poder estatal em aplicar seu *jus puniendi*, mediante as teorias da pena existentes.

3.1 JUSTIFICAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR

É notável que toda sociedade possui uma estrutura de poder (política e econômica) com os blocos que dominam e os que são dominados. Nesse desiderato, surgem diversas formas de controle com a influência da sociedade delimitando o âmbito de conduta do indivíduo.

Essa esfera limitadora é bastante complexa e tem meios encobertos até meios específicos, tal como o sistema penal por meio da polícia, juízes, agentes penitenciários. Destarte, para avaliar esse controle social, é necessário que se observe o sistema penal, o qual configura o controle social formal.

As estruturas familiares, escolas, organizações religiosas e outras composições exercem o controle social informal que constituem o tecido social. Assim, destacam-se várias dimensões do mesmo fenômeno de controle e a importância do estudo de suas diretrizes. O professor Zaffaroni⁸⁶ leciona que:

A enorme extensão e complexidade do fenômeno do controle social demonstra que uma sociedade é mais ou menos autoritária ou mais ou menos democrática, segundo se oriente em um ou outro sentido a totalidade do fenômeno e não unicamente a parte do controle social institucionalizado ou explícito.

Nota-se a relevância de se expor, então, sobre a fundamentação do direito de punir, o qual representa a conjugação das vertentes da justificação e legitimação do *jus puniendi*, porquanto é a motivação exposta como meio de justificar atitudes de poder que, se procedentes, acabam por conferir legitimidade a tais atitudes⁸⁷.

A justificação do Direito Penal está nos fins perseguidos pelo Estado, que procura obter por meio desse exercício do poder punitivo, a regulação das sociedades, em busca da

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Direito Penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

⁸⁷ Parte-se do entendimento dos contratualistas, tais como: Locke, Rousseau e Hobbes.

paz social, harmonia, segurança jurídica, bem comum e outros meios. Essa conceituação leva a pensar que os fins devem justificar o uso de meios legítimos para a violência que o Estado exerce por meio do Sistema Penal.

Destacam-se duas vertentes de atuação do Estado na busca pela legitimação: a primeira é vista como aquela alcançada pela legitimação baseada apenas nos critérios de legalidade, enquanto que a segunda conjuga esses critérios com outros denominados axiológicos, pois considera essencial uma valoração por meio de critérios morais, políticos, naturais⁸⁸.

É mister ressaltar que a defesa da paz e convivência harmônica entre os indivíduos são fins almejados tanto pela democracia quanto pelos regimes totalitários e, nesse sentido, a esfera justificadora não é suficiente, haja vista a indispensável construção de meios idôneos legítimos para o alcance de fins anteriormente justificados.

Por conseguinte, defende-se a percepção axiológica, uma vez que o direito justo é aquele que repousa nos princípios constitucionais e que se coaduna com os direitos humanos. Esse efetivo respeito mostra-se como parâmetro avançado da sociedade em relação à legitimação que pode se considerar formal.

O panorama explanado deve conduzir a essencial associação do poder de punir estatal e o princípio da individualização da pena como um dos marcos que legitimam essa atuação estatal e que possibilita ao apenado uma sanção justa e singular conforme os aspectos que o distingue dos demais.

3.2 TEORIAS DA PENA

Esse tópico almeja explicar sobre as teorias que buscam compreender e sistematizar as funções exercidas pela pena. Esse processo envolve muitas divergências e alguns consensos, além de demonstrar que ainda está em evolução, porquanto acompanha a constante marcha do direito penal⁸⁹.

Nesse contexto, serão analisadas as finalidades apresentadas, tais como: aplicação da justiça, intimidação; reforço da confiança nas normas; neutralização; ressocialização; retribuição. A prevalência de um ou outro objetivo, e a forma com que se conjugam, é o que, essencialmente, distinguem umas das outras.

⁸⁸ Cf. GUIMARÃES. **Constituição, Ministério Público e direito penal**. cit., p. 15.

⁸⁹ **Funções da pena e individualização**, cit., p. 33.

Desse modo, há o reconhecimento de que a existência da pena é inafastável e, conforme o pensamento de Francesco Carrara⁹⁰:

Sem as penas os indivíduos, que pela repetição das malfeitorias sentiriam cada dia mais esvair-se a própria segurança, seriam constrangidos ou a entregar-se às violentas reações privadas, perpetuando-se a desordem e substituindo-se o governo da força ao da razão, ou a abandonar uma sociedade incapaz de protegê-los.

Os posicionamentos doutrinários se agrupam em três grandes grupos: teorias absolutas, relativas e mistas. O primeiro visa a pena como um fim em si mesmo, ora como realização da justiça, ora como expiação de um mal, ora por outras razões⁹¹; as teorias relativas concebem a pena como uma ferramenta necessária para a consecução de outros fins e, por fim, as teorias mistas identificam os vários aspectos da pena, podendo ocorrer a predominância de um sobre os outros.

O doutrinador Fernando Falcão⁹² enfoca que:

Compreendida a necessidade da existência do ordenamento jurídico-regressivo e da pena como instrumento apto a garantir sua observância, resta indagar sobre os fins, ou seja, os possíveis sentidos da pena reservada a cada delito em particular, tanto no que diz respeito a sua previsão legal quanto a sua concreta aplicação pelo juiz.

Nesse desiderato, as teorias da pena são, no fundo, as teorias do próprio direito penal e se fundam no reconhecimento da legitimação ao Estado, para intervir de forma coercitiva na liberdade dos cidadãos. Assim, esse tópico também poderia ser denominado de teorias legitimadoras⁹³ do Direito Penal, pelo fato de explanar as funções desse ramo do Direito.

3.2.1 Teoria absoluta ou retributiva

A teoria retributiva da pena configura-se como teoria absoluta, pois entende a pena como um fim em si mesmo. Advém da Escola Clássica e tem por escopo a missão de

⁹⁰ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Ed. LNZ, 2002, p. 82.

⁹¹ Cf. QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 21.

⁹² **Aplicação da pena**, cit., p.24.

⁹³ Resumem-se em três conhecidas máximas: *punitur quia peccatum est*; *punitur ut ne peccetur*; *punitur quia peccatum est et ne peccetur*. Respectivamente: pune-se porque pecou (teoria absoluta); pune-se para que não peque (teoria relativa); pune-se porque pecou e para que não peque (teoria mista).

fazer justiça, se algum fim prático há, é consideração secundária que não deve se sobrepor ao fim principal. Afirma Bettiol⁹⁴:

A pena é uma exigência de retribuição que pretende fazer o réu sentir o que significa violar a lei. Somente a pena retributiva, aflitiva, apresenta-se como remédio para a alma, e a redenção do homem só pode ocorrer através da dor, que é o grande estímulo que impele o homem a voltar-se a si mesmo.

Assim, a noção retributiva pode encontrar fundamento em princípios religiosos, jurídicos e morais, trabalhando sob os pressupostos que a culpabilidade do indivíduo pode ser graduada e que é aceitável estabelecer uma pena que seja totalmente adequada à gravidade do delito, de modo que tanto a sociedade quanto o indivíduo a entendam como justa.

Os seus principais defensores são Kant, que formulou sua teoria em bases de ordem ética, e Hegel, em bases de ordem jurídica. Em ambos os teóricos, a justificação da pena é idealista, pois o direito de que se trata não é o direito como ele é, histórica e praticamente, mas como deve ou deveria ser, à qual qualquer legislação deve se adequar para poder ser considerada justa⁹⁵.

A tese de retribuição moral, defendida por Kant, sustenta que a pena responde a uma necessidade absoluta de justiça, que advém de um imperativo categórico, ou seja, de um imperativo moral incondicional, independentemente de considerações preventivas ou utilitárias, de sorte que basta a si mesmo como realização da justiça.

Conforme esse autor, “o homem não deve ser tratado como um puro meio a serviço do fim de outro ser, confundindo-se com objetos do direito real, porque isso é garantia de sua personalidade, embora ele possa ser condenado a perder sua personalidade civil”⁹⁶, rejeitando toda pretensão de se emprestar fins políticos às penas.

Kant exemplifica sua teoria com a hipótese de dissolução da sociedade, por decisão dos seus membros. O último assassino que estivesse no cárcere deveria ser executado, para que cada indivíduo recebesse a pena merecida pelo delito que cometeu. Defendia que se não houvesse a aplicação da reprimenda penal, o próprio povo poderia ser considerado cúmplice da violação da lei⁹⁷.

Por fim, o supracitado filósofo, ao perceber o vínculo da lei penal com a ética, formula um sustentáculo para o Direito Penal, com o seguinte princípio: “Obra de modo que a

⁹⁴ BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 120-121.

⁹⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed. Brasília: UnB, 1995, p. 71.

⁹⁶ Cf. KANT, Emmanuele. **La metafísica dei costumi**: parte 1.^a. Milano: Studio Editoriale Lombardo, MCMX-VI. p. 142.

⁹⁷ **Aplicação da pena**, cit., p. 27.

máxima de tua vontade possa sempre valer também como princípio de uma legislação universal”.

Em outro parâmetro, encontra-se a retribuição jurídica prevista por Hegel. Entende o filósofo que o Estado busca a manutenção da ordem jurídica, e o crime causa uma aparente destruição do direito. Assim, a pena seria a violência que anula aquela primeira violência; a pena, então, é a negação da negação do direito representada pelo delito⁹⁸. Elege-se uma concepção dialética do fenômeno em que se busca reafirmar o direito no final das proposições.

A concepção do indivíduo, para o autor, somente existe em função do Estado e para o Estado, porquanto o Estado é o espírito objetivo. Então, só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade, razão pela qual o indivíduo deve obediência incondicional à autoridade estatal.

Logo, se a vontade geral foi negada pela vontade do que cometeu o crime, é essa que deve prevalecer, deve-se negar essa negação com a aplicação de uma pena e o conseqüente restabelecimento da vontade geral (ordem jurídica). A pena é, portanto, a restauração positiva do direito, constituindo uma necessidade lógica.

Por conseguinte, “a repressão penal passa a ser a reconciliação do direito consigo mesmo na pena, pois, do ponto de vista objetivo, há reconciliação por anulação do crime e nela a lei restabelece-se a si mesma e realiza sua própria validade⁹⁹”.

De modo geral, os pontos positivos da teoria absoluta aceitos pela doutrina encontram-se na ideia da proporcionalidade entre o fato cometido, o delito penal e a noção de penalizar alguém porque cometeu um crime e não pelo seu estado (direito penal do fato).

Entretanto, as críticas decorrentes da retribuição repousam na carência de cientificidade, pois se fundamenta em um ideário de justiça divina e está distante do momento em que se vivenciava a secularização do Estado de Direito. Portanto, fica em evidência a incompatibilidade entre os cânones retributivos e o Estado laico¹⁰⁰.

Outro ponto essencial está na função de o Estado ser algo mais alcançável do que a justiça absoluta, como a viabilização da convivência harmônica entre os indivíduos, mediante a proteção de bens jurídicos. Conseqüentemente, distancia-se de objetivos éticos ou religiosos. Nesse viés, expõe Kelsen¹⁰¹ que:

⁹⁸ Cf. HEGEL. **Princípios da filosofia do direito**. Lisboa: Guimarães, 1959.

⁹⁹ **Idem**, p. 196.

¹⁰⁰ Cf. GUIMARÃES. **Constituição, Ministério Público e direito penal**, cit., p. 55.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 23.

Se podemos aprender algo da experiência espiritual do passado é o fato de que a razão humana só consegue compreender valores relativos. Se se pressupõe a paz como valor maior, a solução de compromisso pode ser vista como justa, mas também a justiça da paz é a justiça relativa, não absoluta.

Para Claus Roxin¹⁰², a noção de uma retribuição compensadora só se aceita mediante um ato de fé, uma vez que, racionalmente, não se compreende como pode se pagar um mal cometido acrescentando-lhe um segundo mal, que é a pena. Portanto, entende ser contestável que o Estado, por meio da retribuição, possibilite a expiação do delinquente.

Em suma, a forma absoluta de Estado se contrapõe aos Estados modernos democráticos, uma vez que se defende a punição, ainda que seja desnecessária ou inútil a pena. Destarte, ratifica-se que o direito penal é um instrumento de controle social formal, e a sanção não pode ser aplicada apenas por uma questão de justiça, mas deve contribuir, de algum modo, à sociedade.

3.2.2 Teorias relativas

Esse tópico abordará as teorias que partem de uma concepção utilitária da pena, justificando-a por seus efeitos preventivos. Defende-se que a pena não poderia existir sem a consideração de sua necessidade para a obtenção de um fim específico. Nesse desiderato, as penas não visam retribuir o mal cometido, mas evitar sua prática.

Sob a influência do pensamento humanitário do Iluminismo, essas teorias “pressupõem a possibilidade de educar as pessoas, apesar de adultas, mediante uma adequada intervenção repressiva”¹⁰³ e conciliar ideias sociais, racionais, humanitárias e utilitárias.

As teorias relativas se dividem em preventivas gerais e preventivas especiais. As primeiras denotam a coletividade e podem ser negativas ou positivas, enquanto que as especiais centram-se no criminoso e se subdividem, do mesmo modo, em negativas e positivas.

3.2.1.1 Prevenção Geral

Essa vertente visa à sociedade como um todo, havendo distinção conforme o âmbito negativo ou positivo. A análise da teoria da prevenção geral negativa demonstra seu

¹⁰² ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 19.

¹⁰³ Cf. GALVÃO. **Aplicação da pena**, cit., p. 30.

objetivo de intimidar, ou seja, inibir a prática de novos delitos para os membros da sociedade e destina-se a todos aqueles cujas propensões pudessem levar ou tenham levado à delinquência.

O principal expoente dessa teoria é Feuerbach¹⁰⁴, o qual formulou a “teoria da coação psicológica”. Esse autor expôs que o papel do direito penal estava no combate à criminalidade, seja no momento da cominação, com a ameaça da pena, com a qual os membros da sociedade tomam ciência do que é proibido, seja na aplicação propriamente dita da punição, quando se deixa clara a disposição estatal em fazer cumprir a ameaça.

No mesmo entendimento, manifestam-se Zaffaroni e Pierangeli¹⁰⁵:

A prevenção geral negativa pretende obter com a pena a dissuasão dos que não delinquiram e possam vir a se sentir tentados a fazê-lo. Com esse discurso, a criminalização assume uma função utilitária, livre de qualquer consideração ética, isto é, parte-se de uma concepção mecânico-racional do humano, como um ente que em qualquer circunstância realizaria a comparação custo-benefício.

Nesse desiderato, Feuerbach alega que essa vertente não almeja a prevenção contra futuros delitos de um indivíduo em particular, nem a retribuição ou melhoramento moral, porquanto esses fins pertencem à ética e não ao direito e, assim, não poderia ser o objetivo da pena.

É relevante destacar as falhas dessa função. Inicialmente, se questiona em face de o Estado possuir a faculdade de intimidar com uma forte tendência ao Estado policial. Roxin¹⁰⁶ alega que a doutrina da prevenção geral partilha com as doutrinas da retribuição esta debilidade: permanece por esclarecer o âmbito do criminalmente punível.

Outro ponto significativo é que a atemorização penal passa a depender não daquele que sofre a pena, mas da capacidade de atemorizar a pessoa a quem a pena é dirigida de forma abstrata, ou seja, daquele que ainda não delinuiu. Levanta-se a possibilidade de, a cada aumento nos índices de criminalidade, a resposta correspondente seja um aumento da intensidade das penas¹⁰⁷.

Nesse viés, a tal instrumentalização pode levar a legislação penal a um endurecimento desmedido com o claro fim da intimidação, como se visualiza no contexto estadunidense, por exemplo, onde as penas desonrosas (shamefull sentences) configuram verdadeiras penas desumanas.

¹⁰⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

¹⁰⁵ **Manual de Direito Brasileiro**, *cit.*, p. 117.

¹⁰⁶ **Problemas Fundamentais do Direito Penal**, *cit.*, p. 25.

¹⁰⁷ *Cf. FRANCO. Funções da pena e individualização*, *cit.*, p. 43.

Destaca-se também que não há prova empírica dessa função, já que não é possível verificar se essa coação realmente atua na vontade de delinquir e evita, com ameaça e execução da pena, novas violações à lei. Sobre a temática, Baratta¹⁰⁸ explana que:

A função de prevenção geral negativa, sobre a qual, todavia, em boa parte se baseia o consenso de que goza o sistema penal no ‘sentido comum’, pode ser considerada não verificada e nem verificável. [...] A falta de evidência empírica para realização desta função em medida estatisticamente relevante tem feito surgirem dúvidas sobre a possibilidade de alcance da finalidade imediata: a tutela de bens jurídicos e defesa social.

Nesse desiderato, ressalta-se a chamada cifra oculta da criminalidade que representa a relação entre o número de crimes cometidos e a quantidade de crimes efetivamente punidos: do total de crimes, poucos são objetos de sanção penal. Predomina, então, a total impunidade na maioria das infrações penais cometidas, o que contribui diretamente na análise do custo-benefício para a prática de tais delitos.

Passa-se para a análise da teoria da prevenção geral positiva, que tem como finalidade implantar na consciência coletiva a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a lealdade ao direito e possibilitando a integração social. Conforme Zaffaroni e Pirangeli¹⁰⁹, “o delito seria uma má propaganda para o sistema, e a pena seria a expressão através da qual o sistema faria uma publicidade neutralizante”.

A prevenção geral positiva é vista sob duas diretrizes¹¹⁰, a fundamentadora e a limitadora. A primeira vertente possui como objetivo a perpetuação do sistema social vigente e encontra nesse tipo de prevenção a única função da pena. É defendida por Günther Jakobs¹¹¹ que se distancia da teoria da prevenção geral negativa e da teoria retributiva. Preleciona o autor:

A pena tem, pois, uma função, que deve repercutir justamente sobre o nível no qual a interação social ocorre, não se restringindo a significar algo: a pena deve proteger as condições dessa interação e tem, portanto, uma função preventiva. Nesse sentido, a pena é aplicada no intuito de exercer a confiança normativa.

O que importa não é o fato lesivo de bens ou interesses sociais dignos da tutela pena, mas o abalo funcional que o sistema venha a sofrer em razão da ausência de fidelidade

¹⁰⁸ BARATTA, Alessandro. **Funciones instrumentales e simbólicas Del Derecho Penal**: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. Pena y Estado, Barcelona, ano 1, nº 1, sep./dic. 1991, p. 49-50.

¹⁰⁹ **Manual de Direito Brasileiro**, cit., p. 118.

¹¹⁰ Cf. FRANCO. **Funções da pena e individualização**, cit., p. 46.

¹¹¹ JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 32-33.

aos valores consagrados no ordenamento positivo e, assim, a pena faz com que a que a norma siga sendo um modelo de orientação idôneo.

O viés limitador tem como representante o alemão Claus Roxin, que concebe essa função em harmonia com os outros fins da pena. Almeja restringir a intervenção penal por parte do Estado, em consideração aos direitos do indivíduo, sem se apartar dos efeitos já referidos da prevenção fundamentadora.

Portanto, essa corrente entende a necessidade de harmonizar o reforço da confiança no ordenamento jurídico com os limites advindos dos princípios concernentes ao Estado Democrático de Direito, como a culpabilidade, proporcionalidade e outros que conduzem a uma pena justa¹¹². Nesse sentido, Roxin¹¹³ expõe que:

O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal. O Direito Penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica.

As críticas apontam que a confiança no sistema jurídico não é um fim intrínseco apenas à sanção penal em seu âmbito de atuação, uma vez que o fortalecimento da vigência nas normas jurídicas essenciais é o objetivo do sistema jurídico- normativo como um todo.

Verifica-se também a incapacidade de estabelecer limites ao poder punitivo, porquanto o entendimento da teoria ocasiona um terrorismo estatal com o conseqüente desrespeito à dignidade humana. Nesse esteio, conduz-se para o direito penal do inimigo, o qual não considera o homem como sujeito de direito, mas apenas objeto do direito¹¹⁴.

Destarte, o indivíduo perde importância, deixando de ser o centro e o fim da sociedade e do direito, sendo valorado apenas quando desempenha um papel funcional em relação à estabilidade e à manutenção das normas postas pelo grupo hegemônico. Consoante Baratta¹¹⁵, o indivíduo permanece excluído do conflito, de sua condição de destinatário e fim de uma política de autêntica reinserção social.

Por fim, acrescenta-se que a estabilização por meio da pena poderia ser alcançada por outros meios, como o direito civil, o direito do trabalho, o direito administrativo. O Estado pode se valer de outros equivalentes funcionais, que não a reprimenda, podendo

¹¹² Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporâneo**. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 240.

¹¹³ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82.

¹¹⁴ Cf. QUEIROZ. **Funções do Direito Penal**, cit., p. 50.

¹¹⁵ BARATTA, A. **Integración-prevención**: una nueva fundamentación da la pena dentro de la teoria sistémica. Revista de Derecho Penal y Criminología 29, v. VIII, 1986, p. 96.

inclusive renunciar à intervenção jurídico-penal, por ser uma resposta funcional subsidiária, como reconhece o próprio Jakobs¹¹⁶:

O princípio de subsidiariedade constitui a variante penal do princípio constitucional da proporcionalidade, em virtude do qual não está permitida a intervenção penal se o efeito se pode alcançar mediante outras medidas menos drásticas.

3.2.1.2 *Prevenção especial*

Essa teoria busca impedir a prática delitiva, porém de modo distinto da prevenção geral, destinando-se ao delinquente, com o intuito de que ele não mais cometa crimes¹¹⁷. Apresenta duas vertentes, positiva e negativa, que se diferenciam no que tange à forma de evitar a reincidência do indivíduo.

Analisando, então, a teoria da prevenção especial negativa, nota-se em suas principais diretrizes, a missão de neutralizar ou corrigir. Em especial, essa teoria concede à sociedade o direito de afastar aqueles cidadãos que se mostrem hostis às normas do sistema e que não possam ser reinseridos.

Essas concepções advêm especialmente de Franz Von Liszt, o qual classificava os crimes em ocasionais, quando prevaleciam as paixões repentinas e as necessidades prementes, em que a pena serviria como advertência; crimes por hábito ou profissão, quando os traços inatos da personalidade do indivíduo, como a crueldade, o fanatismo dominava, devendo a pena torná-lo inócuo por tempo indeterminado¹¹⁸.

A prevenção especial negativa representa o ápice teórico das teorias da defesa social, demonstrando o insucesso da prevenção geral negativa, uma vez que o indivíduo não foi intimidado pela norma penal e, nesse momento, evita-se a prática de um novo crime por parte de quem já o cometeu¹¹⁹.

Diante de tudo o que foi exposto, nota-se que as carências da teoria são visíveis, uma vez que se prega que em nome de uma pretensa defesa da sociedade¹²⁰, as pessoas poderiam ficar indefinidamente segregadas em cárceres. Não se busca a modificação moral do delinquente, tão somente segrega-se para que aquele indivíduo, por determinado período, não

¹¹⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoria de La imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 61.

¹¹⁷ Cf. BITTENCOURT, **Manual de Direito Penal**, cit., p. 79.

¹¹⁸ Cf. LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Higinio Duarte Pereira. Atualização e notas: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003, p. 143-144.

¹¹⁹ Cf. GUIMARÃES. **Constituição, Ministério Público e direito penal**, cit., p. 84.

¹²⁰ Cf. GARCIA, Basileu. **Instituições do direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1977, p. 72.

volte a delinquir. Os teóricos dessa corrente defendem a pena de morte ao afirmarem que seria a única que garante sem margem de erro o alcance pretendido.

Expõe-se que, se o objetivo maior for evitar a reincidência, contrastaria com os casos em que, pela natureza do sujeito criminoso, a pena seria desnecessária, visto que a pessoa não iria mais delinquir, como exemplo: os assassinos do período dos campos de concentração que vivem discreta e socialmente integrados, conforme alega Roxin¹²¹.

Essa finalidade neutralizadora demonstra-se como a que mais expõe o problema crucial do Direito Penal, ou seja, defende-se que é por meio de muros e da segregação que o Estado pretende resolver seus próprios problemas e conflitos. O cárcere apenas domina o problema da criminalidade, temporariamente, pois o cerne encontra-se nos problemas estruturais do Estado.

Outro fator relevante é a propensão que essa segregação causa no indivíduo, levando-o a cometer novos delitos. Verifica-se que pelas condições que são neutralizados ocorre a produção de efeitos na pessoa humana de inferiorização, visto que existe um manifesto desprezo estatal em possibilitar condições aceitáveis de sobrevivência no cárcere. Decorrente disso, criam-se verdadeiras carreiras criminosas e, segundo Baratta¹²²:

Por um lado, há a desculturação progressiva, consistente no desaprendizado dos valores e normas próprios da convivência social e, por outro, o aprendizado forçado dos valores e normas próprios da vida na prisão: os valores e normas da violência e da corrupção.

Enfoca-se, enfim, que a prevenção especial não pode operar no instante da cominação penal, mas só na execução da pena. Dessa forma, versa apenas sobre o destino a ser dado pelo que delinuiu e, destarte, torna-se uma teoria da execução penal e não especificamente do direito penal¹²³.

A teoria da prevenção especial positiva e seus objetivos mais relevantes também são alvos de estudo. Seu principal escopo está na substituição da concepção retributiva pelo tratamento, visto que se avança da repressão para a prevenção. Em sua versão mais radical, deveria haver essa transformação da justiça penal por uma “medicina social” que teria como função um saneamento social, por meio de um tratamento ressocializador que anulasse as tendências criminosas.

¹²¹ **Problemas Fundamentais do Direito Penal**, cit., p. 30.

¹²² BARATTA. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. cit., p. 184-185.

¹²³ Cf. QUEIROZ. **Funções do Direito Penal**, cit., p. 56.

Por intermédio de influências do movimento “Nova Defesa Social”, adotou-se a tese de que indivíduos incorrigíveis eram indivíduos não corrigidos. Destarte, a pena seria um bem para o condenado, quer no âmbito moral, quer no psicofísico, pois que a sanção seria um remédio benéfico contra o delito. Zaffaroni¹²⁴ expõe que “a pena cumpriria uma função de defesa social ao melhorar as células imperfeitas do corpo social, cuja saúde, como expressão de saúde de todas as células, é o que interessa em última análise”.

Desse modo, visualiza-se que toda argumentação dessa teoria se volta contra as diretrizes da retribuição, a qual compensa o mal com o mal. Seus defensores apontam que esses programas ressocializadores seriam falhos apenas por serem aplicados na forma como ocorre atualmente nos presídios ou por serem nesses presídios, bem como a falta de verbas para implementação dos mesmos¹²⁵.

Outro destaque a ser concedido está no homem preso, que passa a ter significação para o direito penal. Encontra-se, assim, o embrião da maioria das decisões que ocorrem no decorrer da execução da pena, como a progressão ou regressão do regime e o livramento condicional¹²⁶.

Ademais, a ressocialização passou a ser meta prevista nas mais relevantes legislações do mundo, como as constituições da Itália e da Espanha e, no Brasil, a Lei de Execução Penal determina que as penas privativas de liberdade e as medidas de segurança visem à reeducação e reinserção social do condenado (art. 25).

No entanto, vale ressaltar os pontos falhos e ineficazes dessa teoria, pelo fato de ser notável que essa concepção viola o direito do fato e prioriza o direito penal do autor, uma vez que se privilegia a condição do autor, ressocializado ou não, em detrimento do cometimento do delito.

Verifica-se que não cabe ao Estado essa ressocialização coercitiva, haja vista que não é lícito forçar os cidadãos a serem ‘bons’, assim como alterar - reeducar, redimir, recuperar ou outras ideias semelhantes - a personalidade dos réus. Desse modo, não se há de convir que o Estado atue como pedagogo ou terapeuta, pois tais doutrinas se mostram antiliberais e antigarantistas. Sobre o assunto, Ferrajoli¹²⁷ afirma que as penas devem consistir em sanções taxativamente predeterminadas.

¹²⁴ ZAFFARONI. **Direito Penal brasileiro**, cit., p. 127.

¹²⁵ Cf. RIBEIRO, Claudio Luiz Frazão. A autopreservação da instituição carcerária e o objetivo das medidas anunciadas de reinserção; O dilema dos agentes da ressocialização do condenado à pena privativa de liberdade. **Revista Jurídica**. Ano 51, nº 313. nov. 2003, p. 76.

¹²⁶ Cf. FRANCO. **Funções da pena e individualização**, cit., p. 53.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

A promessa de ressocialização serve como propulsor ao aumento de penas privativas de liberdade, porquanto propicia que se prenda com a “consciência limpa” por não se estar prendendo por prender, mas para o fim legítimo de educar e devolver o condenado à sociedade¹²⁸.

Outro ponto de destaque se relaciona com a medida da pena, pois se questiona quais seriam os critérios utilizados pelo magistrado ao proferir a sentença penal condenatória que possibilitem, com mínima margem de segurança, determinar o quanto é necessário para ressocialização do infrator¹²⁹.

Por conseguinte, esse posicionamento abandona o critério de determinação da pena, baseado na culpabilidade ao escolher o critério clínico, fato que possibilita um maior arbítrio das decisões judiciais, o que implica no desrespeito aos princípios estabelecidos constitucionalmente, entre eles o da segurança jurídica.

3.2.2 Teorias mistas

E por fim, analisam-se as teorias unitárias ou mistas que, de modo geral, buscam combinar ou unificar as teorias existentes, além de uma mediação entre as teorias absolutas e as relativas, com o intuito de se alcançar uma relação equilibrada entre os fins da pena.

Segundo o doutrinador Bittencourt¹³⁰, essas teorias ecléticas criticam as soluções monistas das teorias absolutas ou relativas, consideradas unidimensionais e, portanto, incapazes de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal.

Dividem-se, ainda, em duas linhas doutrinárias: conservadoras – priorizam a retribuição justa como fundamento que se apoia no Projeto do Código Penal Alemão de 1962 – e as progressistas – veem a culpabilidade como limite da pena e defendem a proteção de bens jurídicos¹³¹.

O primeiro grupo, denominado de neorretribucionista, não fundamenta a pena somente no caráter absoluto da pena, uma vez que nutre a noção de que a prevenção de delitos só pode ser alcançada a partir de uma pena que respeite os primados da proporcionalidade e da culpabilidade.

¹²⁸ Cf. HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura e política**. Tradução Adriana B. Meirelles, Carlos E. de O. Vasconcelos, Felipe R. Nitske, Mariana R. de Souza e Odím B. Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editos, 2008, p. 233-237.

¹²⁹ Cf. GUIMARÃES. **Constituição, Ministério Público e direito penal**, cit., p. 99.

¹³⁰ Cf. BITTENCOURT. **Manual de Direito Penal**, cit., p. 83.

¹³¹ Cf. BARREIROS. **Individualização da pena**, cit., p. 36.

Nesse viés, o italiano Élio Morselli¹³², a partir da psicologia dinâmica e apoiado em grandes juristas, preleciona que os efeitos preventivos seriam meras consequências da retribuição e “a prevenção geral não é outra coisa que prevenção de futuros delitos; mas esta prevenção não é senão um efeito induzido da retribuição: efeito negativo de aflição e efeito positivo sobre o sentimento coletivo de justiça”.

No segundo grupo, entre os que privilegiam a prevenção, destaca-se o alemão Claus Roxin, doutrinador que destaca os fins de prevenção geral positiva, não mais como fundamento, mas agora como limite da pena e reconhece que, mesmo indiretamente, a retribuição ainda se faz presente¹³³.

Roxin elabora a teoria dialética unificadora a partir da finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos pelo Direito Penal, por entender que esse ramo visa impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios menos gravosos. Essa teoria tem predominado em muitos países, inclusive no Brasil¹³⁴.

Destaca, ainda, que de acordo com o momento de incidência do direito penal, certos fins da pena têm prevalência sobre outros. Na cominação, predomina a prevenção geral negativa. Na sentença, as preventivas gerais e especiais. Na execução, a prevenção especial. Destarte, haveria um equilíbrio ao se evitar exageros unilaterais.

As críticas se direcionam para a argumentação que a soma das teorias não excluem as falhas decorrentes. No entanto, predominam as tentativas de reconstruir o que já foi posto por meio de melhorias internas do sistema, não ocorrendo uma inovação substancial nos aspectos mais caracterizadores.

¹³² MORSELLI, Élio. A função da pena à luz da moderna criminologia. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.) **Doutrinas essenciais: direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 310.

¹³³ ROXIN. **Derecho penal: parte general**, cit., p.99.

¹³⁴ Cf. FRANCO. **Funções da pena e individualização**, cit., p. 63.

3.3 TEORIAS DESLEGITIMADORAS

Dentre as teorias já expostas, percebe-se que apesar de divergirem quanto às razões do Direito Penal que as diferenciam, acreditam na necessidade das normas penais para o controle da criminalidade e atribuem ao Estado a legitimidade no que tange ao controle social. No entanto, surgiram correntes que se manifestaram contra a potestade punitiva, ao recusarem legitimação para o Estado castigar.

Por um lado, propõe-se a restrição do Direito Penal a um campo mais reduzido, tutelando os bens jurídicos mais importantes de forma subsidiária, perspectiva minimalista. Por outro lado, acredita-se na pena como um sofrimento estéril e desnecessário, perspectiva abolicionista. Destarte, seus defensores revelam a insatisfação com o sistema penal e a deslegitimação conferida ao Estado para tal fim¹³⁵.

Essas teorias estão situadas no âmbito da Criminologia Crítica, que surgiu nos Estados Unidos, por volta dos anos 60 e 70, rompendo com a criminologia positiva. Alega Queiroz¹³⁶ que “essa ruptura, porém, não é absoluta, já que se reconhece em geral, não ser possível a abordagem e investigação do problema criminal, prescindindo-se das causas mediatas e imediatas que lhe subjazem”.

As bases dessa criminologia se materializam na crítica às posturas tradicionais da criminologia de consenso, as quais seriam incapazes de compreender a totalidade do fenômeno criminal. A premissa de pensamento estava ancorada no pensamento marxista, porquanto sustentava ser o delito um fenômeno dependente do modo de produção capitalista.

Deixando de lado possíveis diferenciações no seu interior, ela se ocupa hoje em dia da análise dos sistemas penais vigentes. Nesse sentido, vale destacar que uma importante expoente da criminologia crítica no contexto brasileiro é a professora Vera Regina Pereira de Andrade¹³⁷.

Faz-se relevante expressar as argumentações que compartilham as duas vertentes da Criminologia Crítica, as quais apontam para a deslegitimação do sistema penal. Inicialmente, demonstra-se que o sistema penal é seletivo, porquanto recruta sua clientela entre os mais miseráveis e, conforme Zaffaroni¹³⁸, “a doutrina pré-moderna não só admitiu a seletividade do poder punitivo como tratou de legitimá-la”.

¹³⁵ Nesse viés, destaca-se a grande influência de Foucault.

¹³⁶ **Funções do Direito Penal**, cit., p. 84.

¹³⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**. De controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

¹³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 88.

Conforme Alessandro Baratta¹³⁹, essa seletividade advém da ineficácia do direito de igualdade, uma vez que não defende todos e somente os bens essenciais e, quando os pune, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário.

Afirma o supramencionado autor que haveria um nexó funcional entre os mecanismos seletivos do processo de criminalização e a lei de desenvolvimento de formação econômica e preceitua que “a criminalidade é um bem negativo, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”¹⁴⁰.

Pontua-se também que o sistema penal não consegue prevenir, nem em caráter geral, nem em caráter especial, a prática de novos delitos, por meio da cominação ou aplicação de penas. Argumenta-se que a pena não é o meio capaz de evitar o delinquente de praticar delitos, visto que os indivíduos cometem os crimes por inúmeros motivos que não são impedidos pelo temor da pena.

O sistema penal intervém sobre pessoas e não nas situações, haja vista que despreza o ambiente e sistema social em que se inserem. Desse modo, a pessoa é considerada como uma variável independente e não como uma variável dependente das situações. Nesse viés, o criminólogo norueguês Christie¹⁴¹ pontua que “um sistema que permite a si mesmo ser dirigido unicamente pela gravidade do ato, em nada contribui para que se tenha um conjunto satisfatório de modelos para os valores da sociedade”.

Após a exposição de algumas bases da Criminologia Crítica, prossegue-se com os principais fundamentos e críticas ao minimalismo e abolicionismo penal, com o intuito de se alcançar o entendimento do viés deslegitimador dessas teorias.

3.2.3 Minimalismo

A priori, destacam-se alguns expoentes dessa corrente: Raúl Zaffaroni, Alessandro Baratta, Sebastian Scheerer. O minimalismo propõe a máxima contração do âmbito de atuação do sistema penal, preservando-o dessa forma até o abolicionismo penal, uma vez que acredita na sua implantação em longo prazo.

¹³⁹ BARATTA. *Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal*. cit., p. 162.

¹⁴⁰ *Idem.* p. 161.

¹⁴¹ CHRISTIE, Nils. *Los limites del dolor*. Trad. Mariluz Caso. México: Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 60-61.

Zaffaroni¹⁴² enfoca que essa proposta deve ser apoiada por todos que deslegitimam o sistema penal, porém não como meta insuperável, mas como passo para o abolicionismo. Portanto, visualiza o sistema penal como um reprodutor de desigualdades sociais, mas considera que devem ocorrer mudanças sociais estruturais antes de sua abolição.

Essa contração ocorreria com a descriminalização de condutas, despenalização, diversificação, adoção do princípio da oportunidade, adoção de penas alternativas à prisão, tudo isso vinculado ao pensamento de que não deve se punir uma bagatela. Destarte, prevaleceriam crimes aqueles que contivessem uma maior reprovabilidade social, caracterizando o direito penal como a última forma de socorro.

Os críticos do minimalismo argumentam que um direito penal mínimo jamais existiu e seria incompatível com a complexidade das sociedades hodiernas (sociedade de riscos), cujos riscos produzidos pelos mais variados avanços tecnológicos reclamam proteção penal. Sanchez¹⁴³ alega ainda que o minimalismo seria uma proposta anacrônica e ucrônica.

3.2.3 Abolicionismo penal

Entre os teóricos abolicionistas, destacam-se: Nilhs Christie, Herman Bianchi, Louk Hulsman, que defendem a imediata abolição de todo o sistema de justiça penal por ser um problema social que cria mais problema do que resolve. Os princípios dos seus defensores são variados, convergindo apenas no que diz respeito à atual estrutura penal, já exposta nas bases críticas elencadas. Hulsman¹⁴⁴ afirma que:

É preciso abolir o sistema penal. Isto significa romper laços que, de maneira controlada e irresponsável, em detrimento de poucas pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de outra era e se apoiando em um falso consenso, unem os órgãos de uma máquina cega cujo objeto é a produção de um sofrimento estéril.

Os críticos ao abolicionismo alegam ser utópica a maneira de pensar, ao afirmarem intenções libertárias e humanitárias, uma vez que sob os pressupostos ilusórios de uma sociedade boa e de um Estado bom estaria se apresentando modelos em realidade desregulados ou autorregulados de vigilância. Segundo García-Pablos de Molina¹⁴⁵:

¹⁴² **Direito Penal brasileiro**, cit., p. 83.

¹⁴³ SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **La expansión del derecho penal**. Madrid: Civitas, 1999.

¹⁴⁴ HULSMAN, Louk. et. al. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro/Niterói: Luam, 1997, p. 91.

¹⁴⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos**. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1992. p. 58.

O Direito Penal há de experimentar transformações substanciais. Está chamado a intervir menos nas relações sociais e conflitos comunitários, a verificar racionalmente seu objetivo e a ponderar empiricamente o custo social real de sua intervenção. Deverá potenciar as exigências garantistas e melhorar qualitativamente seus instrumentos, dando passo a outros menos devastadores. Não se trata, pois, da desapareção do Direito Penal, senão de sua progressiva racionalização e penalização.

Alega-se ainda que com o advento do abolicionismo, iria continuar a existir um direito sancionador com as falhas do atual, apenas com outra nomenclatura. Bustos Ramírez¹⁴⁶ aponta que ocorreria uma “fraude de etiquetas”, visto que continuaria a existir esse direito e sem garantia alguma.

Por conseguinte, o abolicionismo tem um extenso caminho a percorrer, uma vez que precisariam ser pesquisados os equivalentes funcionais ao sistema penal. Almeja se evitar um “poder punitivo” privado em que não se tem sistema penal algum regulando a sociedade.

¹⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. Bogotá: Temis, 1994, p. 195-196.

4 LIMITAÇÃO DO DIREITO DE PUNIR FRENTE AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Após a explanação das diretrizes do princípio constitucional da individualização da pena e os moldes da legitimação do *jus puniendi*, almeja-se fazer a essencial avaliação sobre os limites do poder punitivo frente ao princípio em comento e, por fim, conduzir a uma reflexão sobre o papel do Direito Penal no atual Estado Democrático.

As teorias da pena, como vistas, se dividem em legitimadoras e deslegitimadoras, e o presente trabalho defende a necessidade dessas normas penais para o controle da criminalidade, enfatizando o papel do Estado no que tange ao controle social. Entretanto, discute-se como a busca pela efetivação dos fins do Estado precisa estar pautada nos ditames da Carta Magna que conduz aos fundamentos da democracia existente.

Nesse viés, ressalta-se que o papel de individualizar a pena consiste na necessidade de encontrar uma pena sem as generalizações e abstrações que não consideram o homem na sua particularidade. Desse modo, o Direito Penal pode se considerar legítimo, quando atenta para a individualização da pena e as demais garantias que cerceiam o âmbito punitivo e coadunam-se com os parâmetros legais estabelecidos.

Como demonstrado no capítulo 1, as circunstâncias judiciais (art. 59, CP) são de suma relevância para se encontrar uma pena singular no que tange à etapa judicial do princípio em estudo, assim como as fases posteriores da aplicação da pena que constituem o critério trifásico.

No entanto, o contexto brasileiro hodierno tem demonstrado um desrespeito nessa esfera, uma vez que, em algumas sentenças penais, determinados quesitos ou todos não são apreciados¹⁴⁷. Dessa forma, em uma análise ampla, o Estado perde sua legitimidade ao descumprir preceito constitucional pertinente às garantias ao indivíduo penalizado.

Por conseguinte, essa pesquisa almeja levantar formas de se alcançar a real individualização ao aplicar a pena de modo que se respeite o indivíduo como um ser singular. Busca-se, assim, evitar que o Poder Judiciário deixe de aplicar o princípio supramencionado ou o faça de forma equivocada e carente da necessária fundamentação.

¹⁴⁷ Consultar a pesquisa realizada na 1ª Vara de Execuções Penais de São Luís constante no apêndice.

4.1 A RELEVÂNCIA DE FUNDAMENTAR NO PROCESSO DE INDIVIDUALIZAÇÃO

A Lei Maior de 1988, em seu art. 93, IX, expõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”. Destarte, há um mandamento para que o Poder Judiciário expresse os motivos da condenação, elevação da pena, absolvição.

Reportando-se à aplicação da pena, o magistrado deve passar pelas três fases e fundamentar “o processo utilizado para formar seu convencimento em torno da pena merecida pelo acusado”¹⁴⁸. Nesse viés, individualizar a pena de acordo com os parâmetros legais é dever do juiz, seja para elevá-la além da base, seja para fixá-la no mínimo.

Assim, possibilita ao órgão acusatório saber quais argumentos foram escolhidos, permite que o réu tenha amplo direito de defesa em um futuro recurso e demonstra para a sociedade a atribuição da pena que era devida ao indivíduo condenado, não equiparando os desiguais. Destaca-se o ensinamento de Germano Marques da Silva¹⁴⁹:

A fundamentação da medida concreta da pena aplicada, para além de ser imposta expressamente por lei, é uma exigência da própria função jurisdicional, o que a legitima e distingue do poder arbitrário. Não basta, pois, enumerar os critérios legais, é necessário indicar os motivos da opção por este ou aquele fator determinante da quantidade da pena, justificando ainda as razões de ter chegado àquele resultado.

Enfoca-se, ainda, que deve haver a correlação dos fundamentos com os fatos e provas expressas nos autos, com o intuito de evitar a simples menção ao texto legal. O magistrado deve, portanto, coletar elementos durante a instrução para conseguir se posicionar nas fases da aplicação da pena.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁰ dispôs que:

No processo de individualização da pena, cabe ao Julgador analisar as determinações contidas no art. 59 do CPB, fundamentadamente, de modo a demonstrar qual a reprimenda adequada e suficiente para o cumprimento das finalidades retributiva e preventiva da sanção penal.

¹⁴⁸ Cf. NUCCI. **Individualização da pena**, cit., p. 304.

¹⁴⁹ SILVA, Germano Marques da. **Direito penal português** – parte geral – teorias das penas e das medidas de segurança. Lisboa: Editorial Verbo, 1999, p. 121-122.

¹⁵⁰ HC 147.147/SP, 5.ª T., j. 09.02.2010, v.u., rel. Napoleão Nunes Maia Filho.

4.2 EFETIVIDADE NA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Em obediência à fundamentação exposta no tópico anterior, deve ocorrer a valoração de cada um dos elementos previstos no art. 59 do Código Penal, quais sejam: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima.

Nesse desiderato, não é aceitável a política da aplicação compulsória da pena mínima, na qual se dispensa a fundamentação por ser o desejável para o réu e não lhe causar prejuízo. Contudo, com a adoção dessa premissa há um notório desrespeito à norma constitucional, à sociedade em geral e a todo o ordenamento jurídico.

No contexto hodierno, vem crescendo o número de membros do Poder Judiciário, adeptos da supramencionada política da pena mínima¹⁵¹. O doutrinador Nucci¹⁵² enfoca que “são ignorados, ou mesmo desprezados, os riquíssimos elementos e critérios fornecidos pela lei penal para a escolha, entre o mínimo e o máximo, cominados para cada infração penal, da pena ideal e concreta destinada a cada réu”.

Por conseguinte, são renegados todos os estudos acerca da relevância de cada circunstância judicial e sua aplicabilidade. Outrossim, optam por não considerar que a maior gravidade do dano deve repercutir na dimensão das penas, elevando o castigo devido. Nesse sentido, jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁵³ elenca que:

Quanto à pena, certo é que o Juiz tem poder discricionário para fixar à pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo.

Decorrente disso, questiona-se qual a causa para essa prática ter se generalizado em diversas instâncias de 1º e 2º graus no Brasil, quando punem distintos casos com a mesma gradação penal. Conseqüentemente, a sanção tem se tornado praticamente a mesma para crimes com maiores perversidades e outros sem esses requintes peculiares.

Segundo Miguel Reale Júnior¹⁵⁴:

¹⁵¹ Checar a pesquisa realizada, constante no apêndice.

¹⁵² **Individualização da pena**, cit., p. 274.

¹⁵³ Ap 0191335-28.19.0001/RJ, 2.ª Câmara, j. 27.04.2010, rel. José Muinos Pineiro Filho.

¹⁵⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal** – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. II, p. 88.

Imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o quantum da sanção e sua modalidade, no que entende ser necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação que merece o réu, de acordo com seus antecedentes, conduta social, personalidade, bem como tendo em vista os motivos, circunstância e consequências do seu ato.

Outro julgado que merece destaque advém do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais¹⁵⁵ ao dispor que “o art. 59 do Código Penal enuncia um elenco de circunstâncias orientadoras na individualização da pena e, para que esta seja fixada no mínimo legal, é exigível uma situação em que todas sejam favoráveis ao apenado”.

Em outra abordagem, ainda, está a análise da fixação da pena máxima, que só é possível quando todas as circunstâncias do art. 59 apresentam-se desfavoráveis ao réu, uma vez que o juiz irá partir da pena-base estipulada no máximo e, na hipótese de não ter atenuantes ou causas de diminuição, será a pena definitiva. No entanto, haverá a transposição desse limite apenas nas causas de aumento, terceira fase da aplicação da pena.

Estipular a pena-base no máximo ainda na primeira fase se justifica pela adoção do critério trifásico, expresso pelo art. 68 do Código Penal, e que decide pela utilização dos três momentos, apartadamente, para a estipulação da pena. Destarte, há autonomia pelo magistrado para fixar a pena no limite máximo sem se deter a eventual agravante na fase seguinte.

Ressalta-se, contudo, que não deve ser aplicada uma política da pena máxima, visto que se procederia à injusta individualização, já que o juiz não pode prescindir dos parâmetros que são concedidos para fazer a devida gradação, evitando valorar apenas para os extremos, máximo ou mínimo, em discordância com os ditames legais e conforme o STJ¹⁵⁶:

Ainda que se possa admitir um certo arbítrio do juiz ao aplicar a pena ao caso concreto, a fixação da sanção no grau máximo legalmente permitido exige fundamentação ampla, sob pena de permitir-se o estabelecimento em todos os casos de idêntica pena – a máxima – violando-se duplamente o princípio da individualização da pena.

Assim, constata-se a existência de instruções probatórias falhas, em razão da ausência dessas informações nos autos para a valoração de circunstâncias, o que ocasiona, em certos casos, inclinações ao reconhecimento de um direito penal do autor, em detrimento de um direito penal do fato¹⁵⁷.

¹⁵⁵ TJMG, ApCrim 1.0024.09.603626-4/001/MG, 3.ª Câm. Crim., j. 09.11.2010, rel. Paulo César Dias.

¹⁵⁶ STJ, HC 131.336/SP, 5.ª T., j. 09.02.2010, v.u., rel. Jorge Mussi.

¹⁵⁷ Checar a pesquisa realizada, constante no apêndice.

Sobre essa temática, Sérgio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Júnior¹⁵⁸, prelecionam que “a consideração dos elementos mencionados dependem de uma boa colheita de provas na fase instrutória. Muitas das questões que servirão para fundar o *quantum* da pena fixada dependem de um eficiente interrogatório (art. 188 do CPP [atual art. 187])”.

Outro fator preocupante na aplicabilidade do supramencionado princípio encontra-se nos índices alarmantes de valorações equivocadas, a exemplo da distorção do conceito de culpabilidade e do reconhecimento da existência de maus antecedentes criminais apenas com o curso de processos e inquéritos criminais, o que contraria entendimento sumulado do STJ¹⁵⁹.

Isso conduz, claramente, ao entendimento de que permeia no âmbito penal uma padronização de sentenças criminais, em que os juízes não se preocupam em garantir uma justa e adequada aplicação da pena, preocupando-se, mais, em sentenciar e finalizar os processos.

4.3 *JUS PUNIENDI* E ESTADO DEMOCRÁTICO

Constata-se, então, que não há uma conformidade do *jus puniendi* com os princípios constitucionais, panorama que se revela como um efetivo impedimento à concretização da democracia no contexto brasileiro, uma vez que a própria estrutura penal condiz com a supressão das garantias atribuídas pela Carta Magna brasileira.

Entretanto, a democracia precisa se orientar para a construção de uma base social equilibrada em que, os princípios dispostos na Lei Maior e que fundamentam o sistema democrático, passem a possuir verdadeiras possibilidades de se concretizar e afastar formas de dominação ilegítimas.

É imprescindível, assim, conjugar o Direito Constitucional com o âmbito sancionador para uma estrutura penal que busque um controle racional da criminalidade e que permita ao cidadão ser visto pelo viés da dignidade que lhe é imanente e, por isso, como ser humano, inviolável em sua liberdade e personalidade.

O direito penal somente deve ter espaço quando for realmente indispensável, haja vista se entender que o exercício punitivo é a forma mais violenta de intervenção na vida do cidadão, devendo atuar quando ocorrer o insucesso das primeiras esferas de prevenção e

¹⁵⁸ SHECARIA, Sérgio Salomão. CORREA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena** – finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002, p. 277.

¹⁵⁹ Súmula 444, STJ: é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

controle social, escola, família, e de outras formas de intervenção civil, jurídica, administrativa, trabalhista¹⁶⁰. Preleciona Guimarães¹⁶¹:

Em última instância, quando a pena de prisão se fizer imprescindível, insubstituível por outras formas de controle social, devem ser conferidos ao homem criminoso – assim reconhecido formalmente por um processo penal cercado de todas as garantias que lhe são iminentes – todos os direitos que lhe são devidos, pelo simples fato de ser uma pessoa humana, e assim plena de dignidade.

A liberdade deve ser a regra e a não liberdade a exceção, o que resulta na concepção de que o direito penal deve ser a *extrema ratio* de uma política social orientada segundo os valores constitucionais que se enquadram na configuração de um Estado Democrático de Direito.

¹⁶⁰ Cf. Queiroz. **Funções do Direito Penal**, cit., p.116.

¹⁶¹ **Constituição, Ministério Público e direito penal**, cit., p. 131.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da Federação Brasileira de 1988 elevou a princípio constitucional penal a individualização da pena, como forma de eleição de uma justa e adequada sanção penal quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado.

Individualizar a pena é fugir de sua padronização, de sua mecanização, com o intuito de que o princípio supracitado possa resguardar o valor do indivíduo – por ser juridicamente considerado e merecer uma pena que contemple todas as singularidades que o inserem no contexto subjetivo e objetivo.

Destarte, no primeiro momento, almejou-se demonstrar os principais contornos do princípio em comento e focou-se, indubitavelmente, no artigo 59 do Código Penal, que é o centro da individualização da pena no âmbito judicial e que possui os seguintes elementos: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e o comportamento da vítima.

É imprescindível, assim, em um Estado Democrático de Direito, no qual o valor da pessoa humana deve ser o centro axiológico de todo o ordenamento jurídico, o reconhecimento do caráter vinculante dos princípios constitucionais e a busca incessante por sua efetivação, no sentido de tornar realidade o “dever ser” que trazem.

Nesse viés, foi exposto que a atuação estatal materializa-se pelo seu poder de punir (*jus puniendi*) e tem como justificativa os fins perseguidos pelo Estado, como a regulação das sociedades em busca da paz social. Por sua vez, a legitimação ocorrerá ao considerarem os parâmetros legais estabelecidos na aplicação da lei penal e as diretrizes axiológicas mencionadas.

Entretanto, o último capítulo apontou uma distinta realidade prática na aplicabilidade do princípio em estudo. No contexto do Poder Judiciário brasileiro, em algumas sentenças penais, determinados quesitos ou todos não são apreciados, conforme pesquisa realizada na 1ª Vara de Execuções Penais de São Luís/MA.

A política da pena mínima, na qual se dispensa a fundamentação, por ser o desejável para o réu e não lhe causar prejuízo, é uma clara afronta aos ditames do sistema penal, por desconsiderar todo o arcabouço de elementos estabelecidos na valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. De semelhante modo, é repudiada a aplicação da pena máxima sem a devida justificativa.

Acrescenta-se que foi verificada na pesquisa supramencionada a existência de individualizações equivocadas, reconhecimento de circunstâncias sem qualquer

fundamentação doutrinária ou jurisprudencial, bem como a repetição de expressões utilizadas nas sentenças, inclusive, com a aplicação de pena padronizada nas sentenças com corréus.

Por conseguinte, todo esse quadro mostra uma deficiência no momento de se alcançar elementos para uma efetiva valoração. Em uma análise ampla, o Estado perde sua legitimidade ao descumprir esse preceito constitucional pertinente às garantias ao indivíduo penalizado e impede o fortalecimento das bases de um Estado Democrático de Direito.

O magistrado deve, então, ir além da colheita de provas voltadas para fins de comprovação de autoria ou materialidade do delito, sendo fundamental que promova a captação de subsídios para formar um panorama da personalidade do apenado, de sua conduta social e, de modo geral, das circunstâncias que compõem o rol do art. 59 do CP.

Ao perquirir dados concretos para fundamentar sua sentença e possibilitar o cumprimento do princípio em comento, evita a valoração desfavorável de circunstâncias sem qualquer justificativa e a ausência de fundamentação doutrinária ou jurisprudencial que é outro fator que corrobora a mitigação do princípio da individualização da pena.

Por fim, ressalta-se que a hipótese que norteou o presente trabalho restou confirmada, uma vez que é imperativa a vinculação do *jus puniendi* com o princípio constitucional da individualização da pena e todos os seus postulados, para lhe conferir legitimidade na sua atuação em defesa da harmonia, segurança jurídica, bem comum e outros meios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Eulálio Figueiredo de. **Sentença penal**: doutrina, jurisprudência e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: de controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena**: causas de aumento e diminuição. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Funciones instrumentales e simbólicas** *Del Derecho Penal*: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado*, Barcelona, ano 1, nº 1, sep./dic. 1991.

_____. Integración-prevención: una nueva fundamentación da la pena dentro de la teoría sistémica. **Revista de Derecho Penal y Criminología** 29, v. VIII, 1986.

_____. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. **Individualização da pena**: um desafio permanente. Curitiba: Juruá, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Edições de Outro, 1959.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale** – parte generale. 4. ed. Palermo: G. Priulla, 1958.

_____. Direito Penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Tratado de Direito Penal** – Parte Geral. 18^a ed. São Paulo. Saraiva 2012.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

_____. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. Bogotá: Temis, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Ed. LNZ, 2002.

CHRISTIE, Nils. **Los limites del dolor**. Trad. Mariluz Caso. México: Fondo de Cultura Econômica, 1984.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Liberdade, culpa e direito penal**. Coimbra: Biblioteca Jurídica Coimbra, 1983.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madri: Trotta, 2001

_____. **Derecho y razón: teoria del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni. MUSCO, Enzo. **Diritto penale: parte generale**. 4. ed. Bologna: Zanichelli, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANCO, A. Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Funções da pena e individualização**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FRIEDE, Reis. **Curso analítico de direito constitucional e de Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense; 1999.

GARCIA, Basileu. **Instituições do direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1977.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio. **Criminologia**: uma introdução a seus fundamentos teóricos. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 1992.

GOMES, Luiz Flávio: **Sobre o conteúdo processual tridimensional da presunção de inocência**. In GOMES, Luiz Flávio: Estudos de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo: RT, 1999.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e direito penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura e política**. Tradução Adriana B. Meirelles, Carlos E. de O. Vasconcelos, Felipe R. Nitske, Mariana R. de Souza e Odim B. Ferreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editos, 2008.

HEGEL. **Princípios da filosofia do direito**. Lisboa: Guimarães, 1959.

HULSMAN, Louk. et. al. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro/Niterói: Luam, 1997.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoria de La imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**, vol. 1, 31.^a ed., Saraiva, 2010.

JUSTIÇA em números 2014. Ano-base 2013. Disponível em: <
<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>> Acesso em: 29 out. 2014.

KANT, Emmanuele. **La metafisica dei costumi: parte 1.^a**. Milano: Studio Editoriale Lombardo, 1916.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LAMO RUBIO. J. de. **Penas y medidas de seguridad em el Nuevo Código**. Barcelona: Bosch, 1997.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Higinio Duarte Pereira. Atualização e notas: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003.

LYRA, Roberto. **Comentários ao código penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 2.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**. São Paulo: Atlas, 1996.

MORSELLI, Élio. **A função da pena à luz da moderna criminologia**. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.) *Doutrinas essenciais: direito penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2. ed. rev., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Individualização da pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal – parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. II.

RIBEIRO, Claudio Luiz Frazão. A autopreservação da instituição carcerária e o objetivo das medidas anunciadas de reinserção: o dilema dos agentes da ressocialização do condenado à pena privativa de liberdade. **Revista Jurídica**. Ano 51, nº 313. nov. 2003.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Aplicação da pena**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Problemas fundamentais do Direito Penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **La expansión del derecho penal**. Madrid: Civitas, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC/Lúmen Juris, 2005.

SHECARIA, Sérgio Salomão. CORREA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: RT, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximación al derecho penal contemporâneo**. Barcelona: J.M. Bosch, 1992.

SILVA, Germano Marques da. **Direito penal português: parte geral. Teorias das penas e das medidas de segurança**. Lisboa: Editorial Verbo, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Manual de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1996.

_____. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito brasileiro**: parte geral. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

APÊNDICE

APÊNDICE A – PESQUISA REALIZADA NA 1ª VARA DE EXECUÇÕES PENAIS EM SÃO LUÍS-MA

DADOS TÉCNICOS

Sentenças coletadas: 250

Tipificação: crimes contra o patrimônio com execução iniciada em 2012.

Técnica utilizada: amostragem (100)

Período da coleta: 1.º de setembro de 2013 a 31 de outubro de 2013.

Local da coleta: 1.ª Vara de Execuções Penais de São Luís/MA

PESQUISA

Título: O Princípio Constitucional da Individualização da Pena: a objetivação das circunstâncias judiciais como forma de mitigação da seletividade penal.

Coordenador: Prof. Dr. Cláudio Alberto Gabriel Guimarães

Colaboradora: Prof. Esp. Karla Cristina Pereira Vale

Projeto: PIBIC/UFMA 2013-2014.

Discentes: Allisson Gomes Guimarães, Ana Larissa Reis Torres e Jéssica de Sousa Oliveira.

FUNDAMENTAÇÃO DA APLICAÇÃO DA PENA

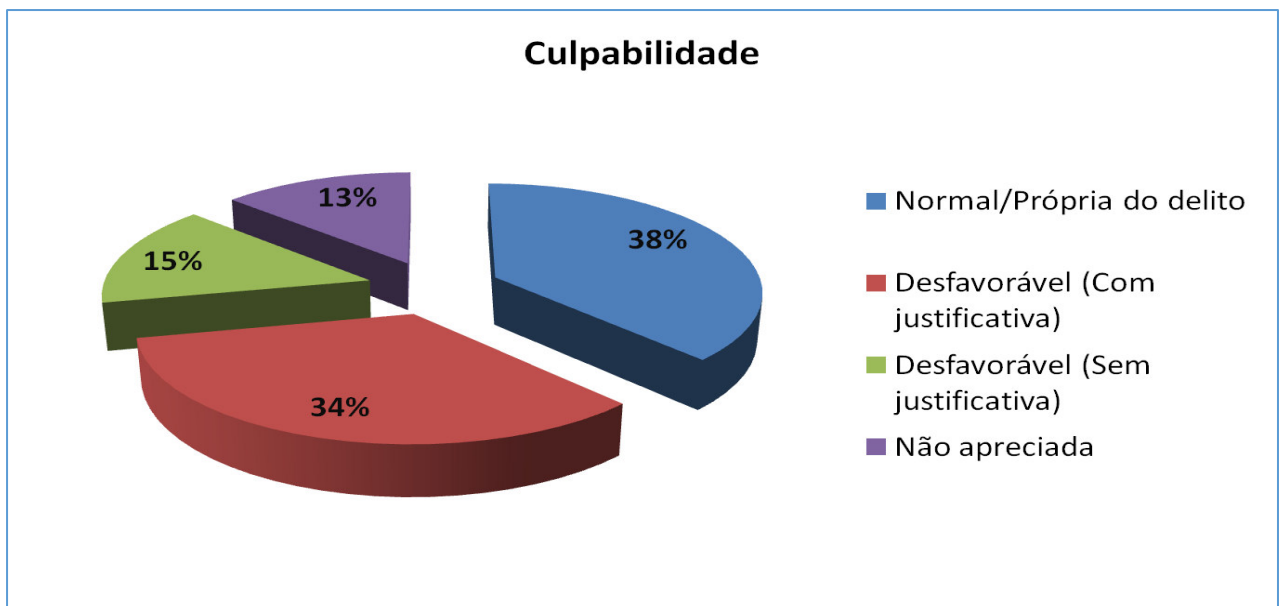
1. Circunstâncias judiciais

A) Culpabilidade

Há fundamentação doutrinária	1	0,68%
Há fundamentação jurisprudencial	3	2,05 %
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	142	97,26%
Total	146	100%

Fonte: 1º Vara de Execuções Penais de São Luís/MA

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corréus em algumas delas.

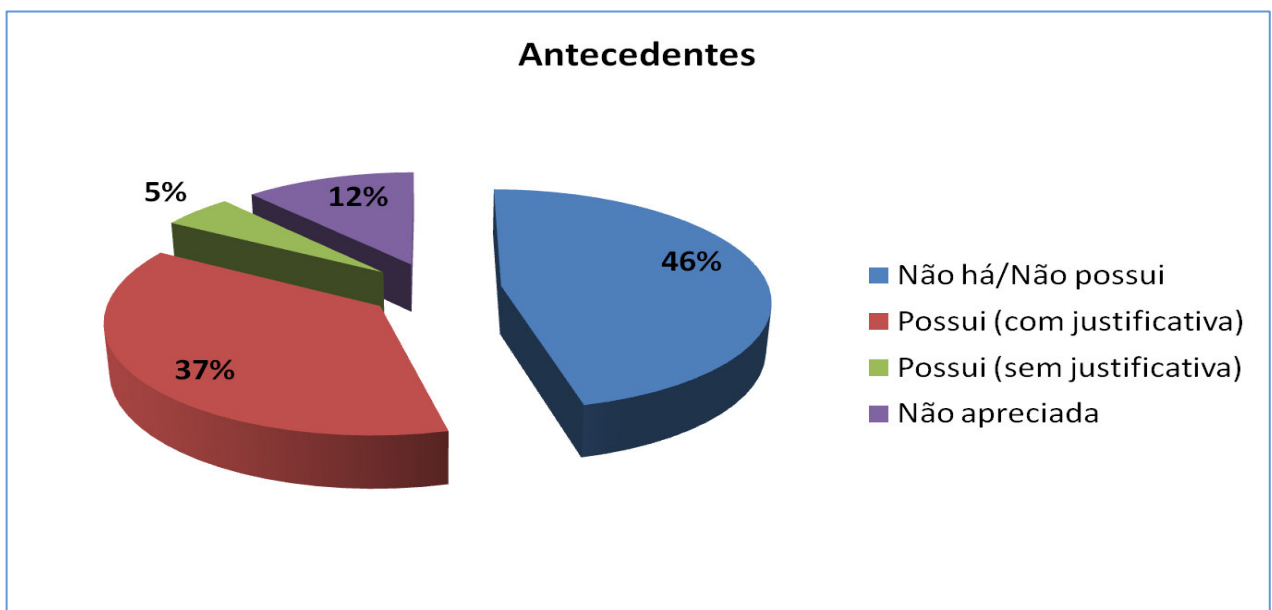


B) Antecedentes

Há fundamentação doutrinária	3	2,05 %
Há fundamentação jurisprudencial	9	6,16%
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	1	0,68%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	133	91,10 %
Total	146	100%

Fonte: 1º Vara de Execuções Penais de São Luís/MA

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corrêus em algumas delas.

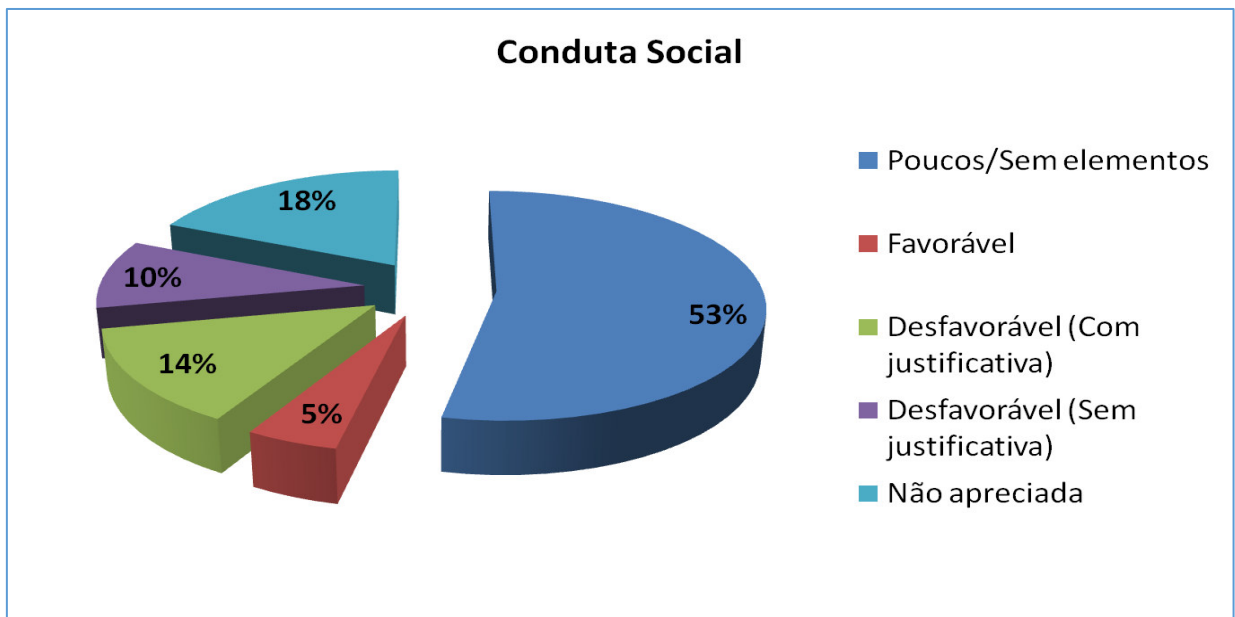


c) Conduta social

Há fundamentação doutrinária	0	0%
Há fundamentação jurisprudencial	0	0%
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	146	100%
Total	146	100%

Fonte: 1º Vara de Execuções Penais de São Luís/MA

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corrêus em algumas delas.

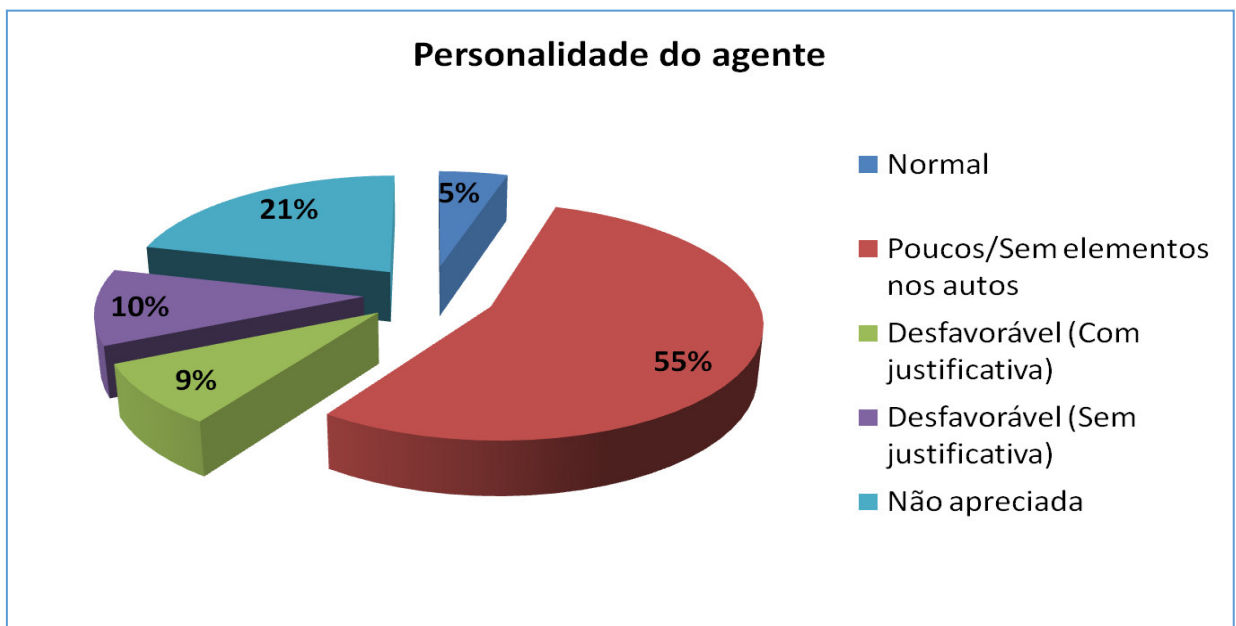


D) Personalidade do agente

Tabela 4 – Quanto à fundamentação da personalidade do agente		
Há fundamentação doutrinária	0	0%
Há fundamentação jurisprudencial	0	0%
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	146	100%
Total	146	100%

Fonte: 1º Vara de Execuções Penais de São Luís/MA

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corrêus em algumas delas.

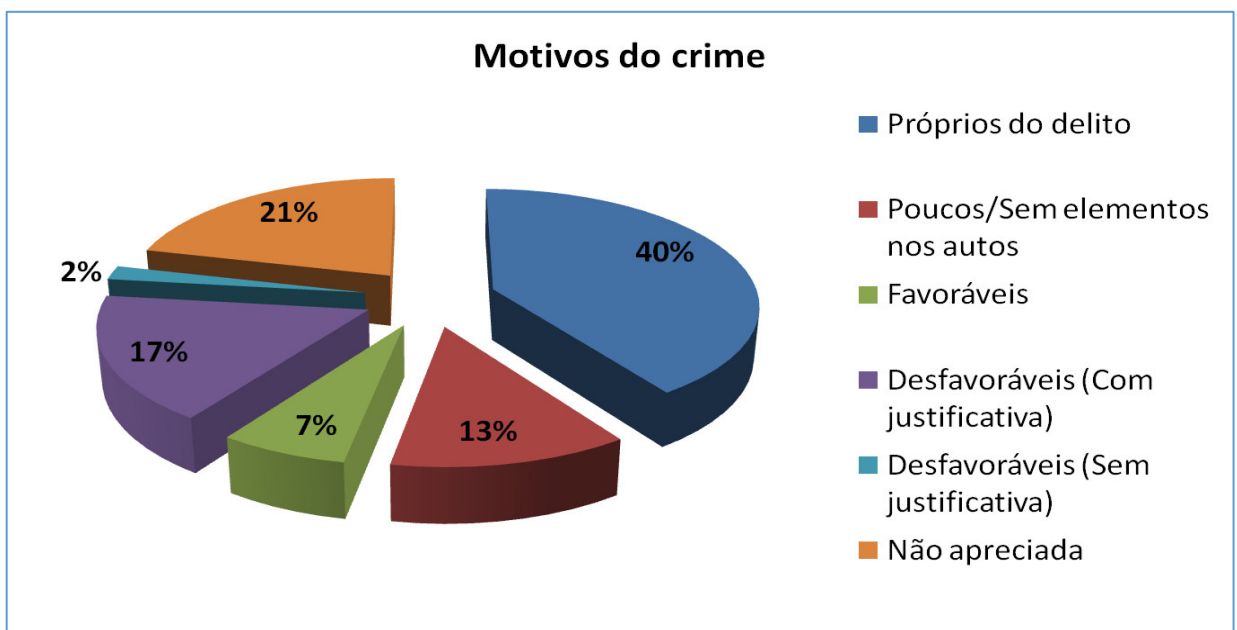


E) Motivos

Há fundamentação doutrinária	0	0%
Há fundamentação jurisprudencial	0	0%
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	0	100%
Total	146	100%

Fonte: 1º Vara de Execuções Penais de São Luís/MA

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corréus em algumas delas.

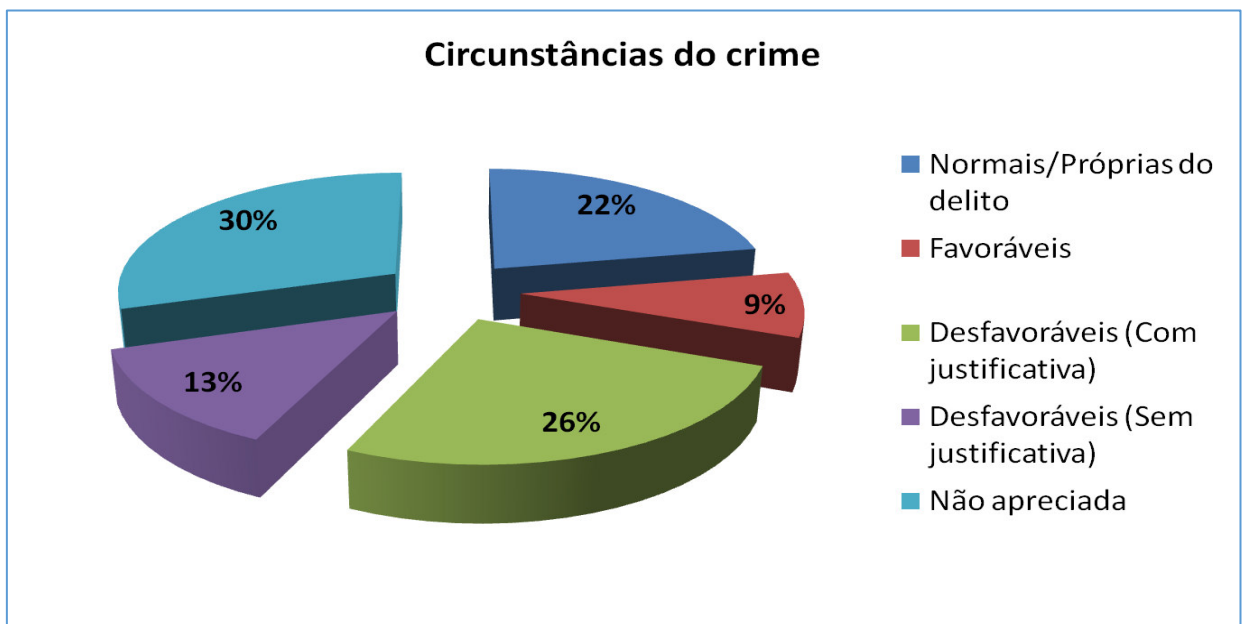


F) Circunstâncias do crime

Tabela 6 – Quanto à fundamentação das circunstâncias do crime		
Há fundamentação doutrinária	0	0%
Há fundamentação jurisprudencial	0	0%
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	146	100%
Total	146	100%

Fonte: 1º Vara de Execuções Penais de São Luís/MA

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corrêus em algumas delas.

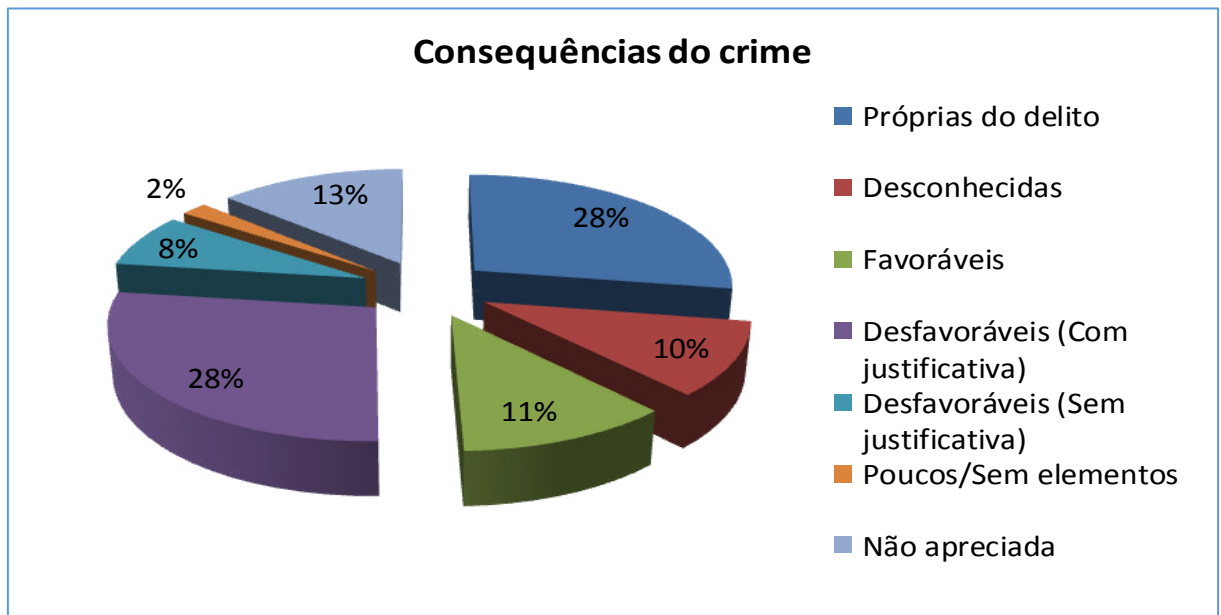


G) Consequências do crime

Há fundamentação doutrinária	0	0%
Há fundamentação jurisprudencial	0	0%
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	100	100%
Total	146	100%

Fonte: 1º Vara de Execuções Penais de São Luís/MA

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corréus em algumas delas.



H) Comportamento da vítima

Há fundamentação doutrinária	0	0
Há fundamentação jurisprudencial	0	0
Há fundamentação doutrinária e jurisprudencial	0	0%
Não há fundamentação doutrinária ou jurisprudencial	146	100%
Total	146	100%

Fonte: 1º Vara de Execuções Penais de São Luís/MA

OBS: O número de indivíduos (146) difere do número de sentenças analisadas, em virtude da existência de corréus em algumas delas.

