

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

INDIVIDUALIZATION OF PUNISHMENT

Patrícia Tolotti Rodrigues Donati¹

Resumo: Este artigo reflete sobre a individualização da pena, informa sobre os aspectos históricos, conceituais e aspectos legais, conceituando as principais funções da pena na dogmática jurídica. Analisa as modalidades bem como a utilização das circunstâncias judiciais como critério essencial para a efetiva individualização além de ponderar parâmetros para a sua realização.

Palavras-chave: Individualização da Pena. Evolução Legislativa. Parâmetros de Individualização. Circunstâncias Judiciais.

Abstract: This paper reflects on the individualization of punishment, informs about the historical, conceptual and legal aspects, conceptualizing the main functions of punishment in legal doctrine. Analyzes methods of individualization and the use of judicial circumstances as an essential criterion for effective individualization beyond considering parameters for its implementation.

Keywords: Individualization of Punishment. Legislative developments. Individualization parameters. Judicial circumstances.

¹ Delegada de Polícia no Estado do Rio Grande do Sul, mestranda em Direito Penal pela Universidade Católica de São Paulo – SP. E-mail: patriciatolotti@gmail.com

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1- EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	4
1.1 Ordenações Afonsinas e Instituições Indígenas.....	4
1.2 Ordenações Manuelinas.....	5
1.3 Ordenações Filipinas	6
1.4. Código Criminal do Império de 1830.....	6
1.5. Código Penal Republicano de 1890.....	7
1.6 Consolidação das Leis Penais de 1932	8
1.7. O Anteprojeto Alcântara Machado	9
1.8 Código Penal de 1940.....	10
1.9. O Anteprojeto Hungria.....	12
1.10 Código Penal de 1969.....	13
1.11 Reforma de 1977.....	14
1.12. Reforma da Parte Geral do Código Penal (introduzida pela Lei 7.209/84).....	14
1.13. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012.....	15
2 – FUNÇÕES DA PENA NA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	17
2.1 Pena como instrumento de retribuição	17
2.2 Pena como prevenção geral.....	18
2.3 Pena como prevenção especial.....	19
3 – A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	19
3.1 Princípio da individualização da pena	19
3.2 Individualização legislativa, judicial e executória ou administrativa	20
3.3 As circunstâncias judiciais como critérios de individualização	23
3.3.1 Culpabilidade.....	26

3.3.2 Antecedentes	27
3.3.3 Conduta social	27
3.3.4 Personalidade do Agente	28
3.3.5 Motivos.....	29
3.3.6 Circunstâncias e consequências do crime	29
3.3.7 Comportamento da vítima	30
3.4 Parâmetros da individualização da pena	30
3.4.1 A implementação da política da pena mínima pelo Poder Judiciário	30
3.4.2 A motivação da aplicação da pena.....	32
CONCLUSÕES.....	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar a sistemática da individualização da pena. Para tanto, faremos um breve esboço histórico sobre a legislação criminal em nosso País, desde as Ordenações Afonsinas e Instituições Indígenas até o atual Projeto de Lei do Senado Federal nº 236, de 2012, para posteriormente analisar as principais funções da pena na dogmática jurídica: pena como instrumento de retribuição, como prevenção geral e como prevenção especial.

A seguir, apreciaremos a individualização da pena propriamente dita e como princípio com assento constitucional integrante dos direitos e garantias individuais erigido à condição de cláusula pétrea, abrangendo as três espécies de individualização: legislativa, judiciária e executiva (ou administrativa).

Destacaremos a importância das circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do Código Penal como critério para a efetivação e aplicação da individualização da pena a qual constitui relevante salvaguarda do indivíduo criminoso e da sociedade.

Abordaremos também, os parâmetros da individualização da pena, em dois enfoques indispensáveis: a implementação da pena mínima pelo Poder Judiciário, hábito que tem sido verificado nas sentenças exaradas por magistrados, independente do grau de jurisdição além da imperiosa necessidade da motivação da aplicação da pena, impedindo que a mesma seja dotada de generalidade e abstração.

1- EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

1.1 Ordenações Afonsinas e Instituições Indígenas

Na época do descobrimento do Brasil(1500), o regime jurídico oriundo de Portugal fundamentava-se nas Ordenações Afonsinas (de D. Afonso V) além de textos do Direito Romano, Canônico e costumeiro.

A servidão penal pouco aparecia como pena no regime das ordenações, embora fosse admitida nas hipóteses, como, de um mouro ou judeu que pretendia se fazer passar por cristão.

A prisão possuía um caráter de prevenção e objetivava evitar a fuga do autor do crime até o seu julgamento, além de servir como forma de coerção para obrigar o autor ao adimplemento da pena pecuniária. Essa forma de detenção física, semelhante a uma prisão

provisória da atualidade, era muito usual na antiguidade, direito romano e nas práticas penais indígenas².

No que tange às instituições indígenas, refere João Bernardino Gonzaga que a privação da liberdade era imposta no intuito de detenção dos inimigos logo após à captura ou em momento precedente ao seu sacrifício. As lesões praticadas dentro de cada tribo eram respondidas na forma do talião, utilizando-se a vingança de sangue, executada pelo representante da vítima ou pelo próprio grupo. Havia forte predominância das penas corporais e a pena de morte era aplicada através do tacape, ainda que em algumas regiões fosse através de veneno, sepultamento e forca.³

Sustenta-se, em que pese opiniões contestadoras, que as Ordenações Afonsinas exerceram ínfima influência na terra conquistada, exceto quanto à orientação para que fossem elaboradas as Ordenações Manuelinas, verdadeira legislação do período pré-colonial.

1.2 Ordenações Manuelinas

Após a descoberta do Brasil, o país passou a ser regido pelas Ordenações Manuelinas, onde raramente era aplicada a servidão penal, salvo nas hipóteses em que o infrator era submetido ao cativo. Por sua vez, a prisão era uma medida de coerção pessoal utilizada até o julgamento e a condenação, pouco ocorrendo a prisão por dívida, ao passo que a privação de liberdade como pena propriamente dita também era pouco utilizada.

Oswaldo Henrique Duek Marques assevera que, na época do descobrimento do Brasil, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, de 1446. Foi, todavia, sob as Ordenações

² Analisando o contexto da época, assinala José Henrique Pierangelli: “Quando se processou a colonização do Brasil, as tribos aqui existentes apresentavam diferentes estágios de evolução. Os tupis apresentavam um desenvolvimento superior ao dos tapuias, estes chamados por aqueles de bárbaros. Toda ideia de Direito Penal que se possa atribuir aos indígenas está ligada ao direito costumeiro e afirma-se que nele se encontram a vingança privada, a vingança coletiva e o talião. A guerra nunca era movida por motivos econômicos, pelo menos até o descobrimento. O motivo das hostilidades era capturar prisioneiros para os ritos antropofágicos, a tomada de troféus ou para vingar os parentes mortos. As crianças erram castigadas para que aprendessem a urbanidade. “A polidez e o respeito mútuo eram encarados como a forma ideal para atingir a vontade dos filhos e incitá-los aos exemplos dos mais velhos” Martins Júnior notícia que os historiadores nacionais “costumam dedicar aos primitivos habitantes do Brasil páginas inteiras relativas a certas instituições ou usos selvagens de alçada perfeitamente jurídica”. Em algumas tribos havia o casamento monogâmico, contudo, a poligamia era a constante, sendo que as famílias tinham, na maioria das vezes, como base o sistema patriarcal e o parentesco só se transmitia pelo lado paterno. Observou-se, entretanto, vestígios de poliandria – o casamento de uma mulher com vários homens -. Se um índio se apaixonasse por uma donzela, deveria se entender com o pai da moça, e, se não fosse aceito, em muitos casos, procurava o desterro, voluntariamente. O furto a estrangeiros hóspedes que não fossem conhecidos, era perfeitamente lícito. O adultério, na maioria das vezes, era fato indiferente. Quando muito, dava origem ao espancamento da mulher. Dado o seu primarismo, as práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o nosso país, em nenhum momento, influíram na nossa legislação” (PIERANGELLI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 05-06).

³ GONZAGA, João Bernardino. O Direito Penal Indígena. A Época do Descobrimento do Brasil. São Paulo: Max Limonad, s.d, p. 125-127

Manuelinas (1512), que se conferiram a Martim Afonso de Souza (1530), nomeado Capitão-mor, poderes de julgar e aplicar até a pena de morte.⁴

1.3 Ordenações Filipinas

Datadas de 1603 adicionaram o elenco de infrações e reações tipificadas no diploma anterior. Havia um grande arsenal punitivo, caracterizadores de um regime fantástico e terrorista. Os ilícitos contra a fé e a administração pública e o poder estatal eram punidos com considerável gravidade, por exemplo, a morte cruel ou agravada era cominada para o crime de lesa majestade.

A grande maioria dos delitos era combatida através da sanção capital, cujas execuções eram procedidas das seguintes formas: morte cruel, morte atroz, morte simples. A morte civil constituía a perda dos direitos de cidadania.

Vigoraram por mais de dois séculos em nosso País, nada dispondo acerca da individualização da pena.

1.4. Código Criminal do Império de 1830

Legislação sancionada pelo Imperador D. Pedro I em 16.12.1830, possuiu grande inspiração do modelo francês com sua doutrina libertária da Revolução.

Previa a existência de onze tipos de penas: morte (arts.38 a 43); galés (arts. 44 e 45§§1º e 2º); prisão com trabalho (art.46); prisão simples (art. 47); banimento (art. 50); degredo (art. 51); desterro (art. 52); multa (art. 55); suspensão do emprego (art.58); perda do emprego (art. 59) e açoites (art. 60).

A principal característica foi a redução das hipóteses de aplicação da pena de morte e a consequente crueldade de sua execução, assim como a supressão das penas infamantes. Fundado nas ideias iluministas, substituiu as penas corporais pela privação da liberdade.

Entretanto, a pena de prisão com trabalho poderia ser perpétua como em algumas hipóteses de crimes políticos, obrigando os réus ao trabalho que lhes fosse infligido. Por sua vez, a prisão simples obrigava os réus a permanecerem reclusos nas prisões públicas pelo tempo definido na sentença.

Apresentava um tratamento punitivo diferenciado consoante a camada social a que os réus pertenciam e apesar de seus propósitos liberais, limitou-se a declinar a individualização da pena sem maior repercussão de ordem prática.

⁴ MARQUES, Osvaldo Henrique Duek. A Pena Capital e o Direito à Vida. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 49

1.5. Código Penal Republicano de 1890

O Código Penal Republicano foi instituído pelo Decreto nº 817, de 11 de outubro de 1890, tendo como seu principal idealizados o advogado criminalista João Baptista Pereira.

Nesse sentido assinala Pierangelli:

O artigo 179, § 18, da Constituição do Império impunha a urgente organização de “um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”. Os movimentos liberais e as novas doutrinas penais, aliadas às modificações sociais do tempo, impunham que essas novas concepções viessem influir na nova legislação. A própria Constituição já determinava, no artigo 179, a igualdade de todos perante a lei; a não retroatividade da lei penal e que a pena não passaria da pessoa do delinquente. Embora determinasse a Carta de 1824 a urgência da elaboração do Código, só em 16 de dezembro de 1830 foi ele sancionado, com o nome de Código Criminal do Império. Sobre o projeto Bernardo Vasconcelos se assentaram os trabalhos da comissão mista da Câmara e do Senado, vindo o Código a se constituir numa obra que mereceu louvores dos penalistas de seu tempo. Comenta-se que penalistas como Haus e Mittermayer aprenderam português para lê-lo no original. Nesse Código presentes estão as ideias de Bentham, que também influenciou na elaboração dos Códigos Francês de 1810 e Napolitano de 1819, com os quais guarda, em muitas passagens, grande proximidade. O nosso Código Criminal do Império influenciou poderosamente na elaboração do Código Penal espanhol de 1848 e através deste em vários Códigos Penais de países da América Latina; Suas originalidades são assim enumeradas por Roberto Lyra “1º) – no esboço da indeterminação relativa e de individualização da pena, contemplando, já, os motivos do crime, só meio século depois tentado na Holanda e, depois, na Itália e na Noruega; 2º-) – na fórmula da cumplicidade (codelinquência como agravante) com traços do que viria a ser a teoria positiva a respeito; 3º) – na previsão da circunstância atenuante da menoridade, desconhecida, até então, das legislações francesa, napolitana e adotada muito tempo após; 4º) – no arbítrio judicial no julgamento dos menores de 14 anos; 6º) – na responsabilidade sucessiva nos crimes por meio da imprensa antes da lei belga, e, portanto, esse sistema é brasileiro e não belga, como é conhecido; 6º) – a indenização do dano ex-delicto como instituto de direito público, também antevisão positivista; 7º) na imprescritibilidade da condenação”. O Código, como todos, não era perfeito, o que originou uma série de críticas, principalmente por parte de Tobias Barreto. Não definia a culpa, referindo-se tão somente ao dolo. A lacuna, contudo, não se fazia sentir, porquanto só com o desenvolvimento dos meios de transporte passou ela a exigir uma elaboração legislativa, o que veio a ocorrer em 1871. O escrevo recebeu no estatuto, tratamento desigual, embora assegurasse a Constituição a igualdade de todos perante a lei. A eles estava reservada ainda, a pena de galés e a pena de morte, o que provocou acalorados debates durante a sua elaboração. Com o advento da Lei Áurea, por Joaquim Nabuco e João Vieira de Araújo foram apresentados projetos visando a reforma do Código Penal, para adaptá-lo à nova situação dos negros até então considerados escravos. Tais projetos, no entanto, não chegaram a ser votados, porque o governo encarregou Batista Pereira de elaborar o respectivo projeto.⁵

Pontifica Antônio Carlos da Ponte:

No campo penal, proclamada a República, foi conferida ao Conselheiro Baptista Pereira a incumbência de organizar um projeto de Código Penal, o qual, uma vez concluído, foi submetido a uma Comissão Revisora presidida pelo então Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Salles. O indigitado projeto foi convertido em lei. Respeitado segmento doutrinário sustenta que o Código Penal de 1890 já

⁵ PIERANGELLI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 08-09.

nasceu velho, desatendendo à realidade social de seu tempo, chegando a ser classificado como o pior de todos os Códigos conhecidos.⁶

Eram previstas as seguintes penas privativas de liberdade: prisão celular (aplicável para quase todos os crimes e algumas contravenções, com isolamento celular com obrigação de trabalho a ser cumprida em estabelecimento especial – art. 45); reclusão (executada em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares – art. 47), prisão com trabalho obrigatório – art. 48; prisão disciplinas (destinada aos menores até 21 anos com execução em estabelecimentos industriais especiais – art. 49).

A sanção pecuniária consistia no pagamento ao Tesouro Federal ou dos Estados de uma soma pecuniária regulada pelo que o condenado pudesse ganhar em cada dia por seus bens, emprego, indústria ou trabalho(art.58). Manteve o critério adotado pelo Código Imperial, fixando a multa em dias(art.55).

No art. 53 se vislumbrava a preocupação em se individualizar a execução da pena de prisão, eis que os condenados deveriam ter, nos estabelecimentos onde cumpriam a sanção, trabalho adequado às suas habilitações ou ocupações anteriores.

Galdino Siqueira aduz:

O caráter excessivo nas medidas consagradas de repressão e correção, além de outros defeitos do diploma republicano, foi posto em destaque pelo Ministro da Justiça Esmeraldino Bandeira em 1911, enfatizando: “Distanciando de muito anos do atual momento, o código que ainda vigora no Brasil carece urgentemente de ser substituído, por lacunoso na precisão de diversas figuras do polimorfismo criminal; errado, muitas vezes, na doutrina jurídico-científica; baldo de sistema e de unidade teórica.”⁷

1.6 Consolidação das Leis Penais de 1932

A profusão das leis durante o período republicano e a tendência de revisão do Código de 1890 levaram o Congresso a promover uma consolidação das leis existentes, pois havia dificuldades tanto no conhecimento como aplicação da legislação extravagante. Surge assim, a Consolidação das Leis Penais, que se tornou oficial através do Decreto nº 22.213, de 14 de Dezembro de 1932.

René Ariel Dotti ensina que o trabalho de consolidação foi realizado pelo Desembargador Vicente Piragibe e continha 410 artigos. Nos termos do decreto de promulgação, o diploma aprovado não revogava dispositivo da lei em vigor no caso de incompatibilidade entre os textos respectivos (art. 1º § único).⁸

Pierangelli assevera:

⁶ PONTE, Antonio Carlos. Crimes Eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

⁷ SIQUEIRA, Galdino. Tratado de Direito Penal, Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1950, p.75-76

⁸ DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2. ed. – São Paulo: RT, 1998

Por conta das reformas e alterações realizadas no Código Penal Republicano de 1890, foram editadas legislações esparsas visando sua complementação ou retificação, as quais “[...] foram compiladas pelo Desembargador Vicente Piragibe, que as sistematizou em um corpo de dispositivos, recebendo o nome de Consolidação das Leis Penais, a qual passou a ser o novo estatuto penal do Brasil, oficializada que foi por decreto de 14 de dezembro de 1932. Já em 1983, foi apresentado à Câmara dos Deputados um projeto de reforma do Código Penal, por João Vieira de Araújo, professor da Faculdade de Direito do Recife. Tal projeto também apresentava alhas, embora revelasse um avanço em relação ao então vigente. Dos pareceres opostos, merecem citação o do Instituto da Ordem dos Advogados, redigido por Batista Pereira e do Professor João Monteiro, em nome da Faculdade de Direito de São Paulo. Pouco depois, João Vieira apresentou um substitutivo que, embora fosse aprovado pela Câmara, não teve seguimento no Senado. O ministro Esmeraldino Bandeira, em 1910, encarecia a necessidade urgente da substituição do Código e a 7 de janeiro de 1911, uma resolução do Congresso autorizava o Governo a determinar a elaboração do projeto, sem nenhum resultado. Galdino Siqueira, em 1913, apresentava o seu projeto, também sem êxito. Em 1916, o Instituto da Ordem dos Advogados, no Rio de Janeiro, encarecia a necessidade de urgente reforma. Por determinação do Governo de Arthur Bernardes, o Desembargador Sá Pereira se incumbiu da elaboração de novo projeto. A parte geral foi publicada no Diário Oficial de 10 de novembro de 1927 e em 23 de dezembro de 1928, era publicado o projeto completo, com a parte geral reformulada. Nesse projeto era perceptível a influência do Projeto do Código Penal Suíço, da lavra de Stoos, bem como dos projetos sueco e italiano (projeto Rocco), e ainda do Código Penal da Argentina. O Projeto Sá Pereira também não logrou aprovação, embora se tratasse de obra digna do desenvolvimento da ciência jurídica em nosso país. As críticas, principalmente as formuladas na Conferência Brasileira de Criminologia, realizada no Rio de Janeiro em 1936, desgastaram profundamente o Projeto e com o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, que inclusive dissolveu o Congresso, não foi ele aproveitado. Dois outros Códigos completam o período republicano [...]”⁹

1.7. O Anteprojeto Alcântara Machado

Em 1937, com a deflagração do Golpe de Estado, o novo Ministro da Justiça, Francisco Campos designou o Professor Alcântara Machado para estudar a alteração da legislação penal.

O anteprojeto acompanhou e utilizou como fonte o *Codice Rocco* (código italiano de 1930), adotando o sistema dualista de penas e medidas de segurança e tendo como efeitos da condenação o registro da sentença, confisco, publicação da sentença e a inabilitação.

Galdino Siqueira expõe:

Os trabalhos de revisão tiveram a duração de dois anos mas não contaram com a intervenção de Alcântara Machado, justamente ao autor do anteprojeto, que em artigo sob o título “Para a história da reforma penal brasileira” afirmou que só teve conhecimento do projeto da Comissão depois de concluído, por cópia datilografada que lhe enviou o Ministro da Justiça, “desde que efetuara ela suas reuniões a portas e janelas cerradas, como se o trabalho tendesse, não à repressão, mas à prática de crime”.¹⁰

Posteriormente, o referido anteprojeto sofreu a avaliação de uma comissão revisora integrada pelos ilustres magistrados Nelson Hungria, Vieira Braga e Narcélio de Queiroz além

⁹ PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 10-11.

¹⁰ SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1950, p.81-82

do ilustre representante do Ministério Público, Dr. Roberto Lira, resultando no Código Penal de 1940.

1.8 Código Penal de 1940

Diploma legal publicado em 31.12.1940, através do Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (quando o Congresso Nacional ainda permanecia fechado), somente passou a ter vigência a partir do dia 1º de janeiro de 1942.

Conforme obtempera Francisco Assis Toledo, apesar do momento político, sob um regime de exceção, o curioso é que, fruto de um Estado ditatorial e influenciado pelo código fascista, manteve a tradição liberal iniciada com o Código do Império.¹¹

Nesse sentido discorre Pierangelli:

Com a instauração do novo regime, o chamado Estado Novo, o Ministro Francisco Campos encarregou o Professor Alcântara Machado de elaborar um anteprojeto de Código Penal, de cuja missão o professor paulista se desincumbiu rapidamente e em 15 de maio de 1938, já com a exposição de motivos, era publicado o “Projeto de Código Criminal Brasileiro”. O projeto foi revisto por uma comissão composta por Vieira Braga, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Néelson Hungria. Embora também se mencione o nome de Costa e Silva, este afirma que não participou dessa comissão, por razões de saúde e que sua colaboração constou tão somente no encaminhamento de sugestões constituídas pelo Governo. O certo, porém, é, ele próprio confirma, é que muitas de suas ideias foram consagradas pelo Código. Divergências profundas advieram entre Alcântara Machado e a comissão revisora. O Projeto Alcântara Machado foi substancialmente modificado, muito embora sobre ele se desenvolvesse o trabalho de onde se originou o novo Código, que foi sancionado em 7 de dezembro de 1940 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942. O Código de 1940, embora partisse do Projeto Alcântara Machado, teve em mira o Projeto Sá Pereira e projetos de Códigos da Europa, a cuja corrente, da chamada política criminal, veio a nosso estatuto filiar-se. Para Néelson Hungria, “o Projeto Alcântara Machado está para o Código Penal, assim como o projeto Clóvis está para o Código Civil”. Basileu Garcia, entretanto, afirma que “O Código não corresponde exatamente ao Projeto Alcântara Machado, pois muitas modificações viscerais foram realizadas pela Comissão”. O próprio Ministro Francisco Campos, na Exposição de Motivos (nº 86), salientou que “da revisão resultou um novo projeto”. Observa Costa e Silva que “o projeto Alcântara Machado foi, como se exprimiu o Ministro Campos, um grande passo para a reforma da nossa lei penal. Nada mais do que isso. Entre ele e o Código encontram-se numerosos pontos de semelhança: são aqueles em que ambos (às vezes com pouca fidelidade) copiaram os seus modelos prediletos – o código italiano e o suíço. Mas traços inconfundíveis os distinguem. Há mais originalidade na obra da comissão do que na do professor paulista. A sua técnica é mais perfeita. O Código de 1940 é eclético, pois concilia no seu texto as ideias dos neoclássicos com o positivismo, o que é salientado pela própria Exposição de Motivos. Daí afirmarem que o legislador acendeu uma vela a Carrara e outra a Ferri. O Código de 1940 possui defeitos, como não poderia deixar de ocorrer, os quais foram demonstrados durante os seus trinta e sete anos de aplicação. Verdade, porém, é que constitui obra que enaltece a cultura jurídica de nosso país e tem merecido elogiosas referências da crítica estrangeira. Em 3 de outubro de 1941 foi promulgado o Código de Processo Penal e na mesma data a Lei das Contravenções Penais, vindo o Código Penal Militar a lume em 24 de janeiro de 1944. O Código Penal de 1940 possibilitou um grande desenvolvimento da literatura

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 63

penalista pátria Diversas obras, umas abrangendo tão somente a parte geral, outras a parte especial e algumas interpretando todo o estatuto, surgiram [...] ¹²

Nessa época havia uma desprestígio por parte dos penalistas da geração dos anos 30 pela criminologia. Nesse sentido, Nelson Hungria declarou em várias oportunidades a marginalização da Criminologia em face de uma legislação nova que mandou para o limbo as denominadas ciências criminológicas. ¹³

Constituíam como espécies da pena privativa de liberdade instituídas pelo Código Penal de 1940 a reclusão (cominada no máximo em trinta anos) e a detenção (cominada no máximo em três anos), sendo a prisão simples reservada para a Lei das Contravenções Penais. ¹⁴

A multa estava disciplinada nos artigos 28 e 35 ¹⁵, compondo o elenco das sanções principais ao passo que as penas acessórias previstas eram: perda da função pública, interdições de direitos, publicação da sentença. Para as contravenções as penas acessórias constituíam: publicação da sentença e interdições de direitos.

Sobre a fixação da pena, então prevista no art. 42, Basileu Garcia observa:

O art. 42, como bem se vê dos seus vocábulos, obriga a uma larga e profunda averiguação. Pode-se mesmo dizer que não há indagação de interesse, para medir a gravidade do fato e a responsabilidade do agente, que não tenha guarida na fórmula elástica daquele preceito. O delinquente é considerado na sua vida pregressa, boa ou má, e na sua realidade atual. São observados o elemento subjetivo e o elemento material do crime, a sua natureza, o seu modo de execução, os seus pormenores, as suas repercussões. Os motivos da conduta criminosa são examinados. ¹⁶

Por sua vez, René Ariel Dotti refere:

Muito embora no texto do Código se procurasse estabelecer diferença no processo de execução entre a reclusão e a detenção (arts.29 a 31), na verdade não se cumpriam as regras para um tratamento diferenciado. Em consequência de tal fenômeno, cresceram as adesões à chamada pena unitária sob a denominação exclusiva de prisão. A importante matéria referente ao cumprimento das penas privativas de liberdade, especialmente no tocante aos princípios e às regras atinentes à legalidade, à humanidade, à personalidade, etc., foi descuidada pelo legislador de 1940 em prejuízo da ressocialização do delinquente e do processo de diálogo que deve existir entre o condenado e o Estado. ¹⁷

A exposição de motivos conferiu ao magistrado um considerável espectro de apreciação, revelando uma inspiração individualizadora.

¹² PIERANGELLI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980, p. 11.

¹³ HUNGRIA, Nelson. Questões jurídico-penais. Rio de Janeiro : Jacintho, 1940, p. 15.

¹⁴ Decs.-lei 2.848, de 07.12.1940 e 3.688, de 03.10.1941

¹⁵ Art. 28 . As penas principais são: I - reclusão; II - detenção; III - multa. Pena de multa. Art. 35 . A pena de multa consiste no pagamento, em selo penitenciário, da quantia fixada na sentença.

¹⁶ GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal, v. 1, tomo II – 7. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 101

¹⁷ DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2. ed. – São Paulo: RT, 1998, p. 70

Carmen Silvia de Moraes Barros observa que antigamente, o Código de 1940 adotava a teoria clássica: dolo e culpa estavam na culpabilidade; como consequência, a pena era dosada em razão da intensidade da vontade do agente. A individualização da pena, tal como concebida hoje, só passou a vigor após 1984, com a adoção, pela reforma penal, do princípio da culpabilidade.¹⁸

1.9. O Anteprojeto Hungria

Em 1961, ciente da necessidade de reformulação da legislação penal, o Presidente Jânio Quadros atribuiu a Nélson Hungria a missão de elaborar um anteprojeto de Código Penal.

Nesse sentido, René Ariel Dotti assevera que no ano de 1961 incumbiu-se o Ministro Nélson Hungria da elaboração de um anteprojeto que refletisse as modificações sociais ocorridas nos anos 50, objetivando propor uma ordem positiva em harmonia com os valores fundamentais do homem e da comunidade, influenciados pela democracia.¹⁹

Ensina o referido doutrinador:

O diploma contendo 390 artigos veio a lume em 1963, editado pelo Ministério da Justiça a fim de receber contribuições. As penas principais eram as mesmas no Código Penal de 1940 (reclusão, detenção e multa- art. 34). Mas foram introduzidos princípios e regras muito importantes: a) o regime mais rigoroso da reclusão; b) a separação dos condenados; c) a execução programada para se obter uma individualizada ação educacional visando a gradativa recuperação social do condenado (art. 35). A questão da prevenção especial da pena, e particularmente o senso de humanidade na execução, foram debatidas amplamente na Itália em face do disposto pelo art. 27, terceira parte, da Constituição de 1947. Preenchendo a omissão do Anteprojeto Alcântara Machado e do Código Penal, o trabalho de Nélson Hungria continha disposições relativas à execução das penas privativas de liberdade com os tipos de estabelecimentos penais (industrial, agrícola ou misto) e a criação do estabelecimento aberto sob o regime de semiliberdade e confiança para os condenados primários e de nenhuma ou escassa periculosidade e quando a duração da pena imposta não fosse superior a cinco anos (art. 37). E reconhecendo a importância do assunto, o art. 41 atribuiu aos códigos de Processo Penal e das Execuções Penais a pormenorizada regulamentação dos estabelecimentos penais. Em atmosfera de liberdade política e intelectual e como resultado das novas concepções que se modelavam: em importantes projetos europeus e latino-americanos, muitos trabalhos foram submetidos à meditação dos integrantes da primitiva Comissão, composta por Nélson Hungria, Roberto Lyra (presidente) e Hélio Tornaghi.²⁰

Uma vez apresentados os três anteprojeto, o governo constituiu uma comissão revisora composta pelos mesmos juristas, com o desiderato desta analisar todos os anteprojeto para que, posteriormente, os remetessem ao Congresso, cujas atividades passaram a funcionar em 1964, principiando-se com a análise do anteprojeto do Código Penal.

¹⁸ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. A individualização da pena na execução penal. São Paulo: RT, 2001, p. 122

¹⁹ DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2. ed. – São Paulo: RT, 1998, p. 72

²⁰ DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o Sistema de Penas. 2. ed. – São Paulo: RT, 1998, p. 72-73

Nesse ínterim, relata Heleno Cláudio Fragoso:

Dissonâncias pontuais foram traçadas por NÉLSON HUNGRIA e ROBERTO LYRA, Contudo, após transição política nesse período, ROBERTO LYRA deixou a comissão, sendo, portanto, a comissão anterior dissolvida e composta outra em 9 de fevereiro de 1965, pelo até então Ministro Milton Campos, sendo então a nova comissão composta por NÉLSON HUNGRIA, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, HÉLIO TORNAGHI e ANÍBAL BRUNO.²¹

No Projeto Hungria é nítida, no entanto, a preocupação em alcançar objetivo finalístico, posto que deveriam ser executadas, consoante disposição do art. 35, de modo a exercer sobre o condenado uma individualizada ação educacional no sentido de sua gradativa recuperação social.

1.10 Código Penal de 1969

Em janeiro de 1969, o novo Ministro da Justiça, Gama e Silva, demonstra o interesse em ver editado, com a maior brevidade possível, o Código Penal. Por sua vez, o Ministro Nélon Hungria transmitiu a Heleno Fragoso aquela aspiração. Antes do seu falecimento no mesmo ano, Hungria havia remetido ao Ministério da Justiça os originais do anteprojeto revisto e que tivera os seus trabalhos interrompidos desde 1965.

Heleno Cláudio Fragoso refere:

Ponderamos ao mestre que o projeto revisto não estava em condições de se transformar em lei como se achava, lembrando que ficáramos de realizar uma segunda leitura, bem como que diversas questões haviam ficado em aberto. Assinalamos também a necessidade de reexaminar várias outras questões. Era evidente, porém, o desejo de Nelson Hungria em ver o seu projeto finalmente transformado no novo Código Penal. Disse-nos estar convencido de que não haveria possibilidade de que isso ocorresse se tivesse de depender de aprovação pelo Congresso. Recolhendo, porém, as ponderações que fizéramos, com a bondade e o carinho que sempre nos dispensou, prometeu chamar-nos quando recebesse o Ministério da Justiça os originais do projeto na forma em que a Comissão Revisora o havia deixado em 1965, para que eventualmente o examinássemos em conjunto, convocando em seguida o Prof. Aníbal Bruno, para que se pronunciasse sobre as alterações acaso introduzidas no texto que se afirmava definitivo. Faleceu, no entanto, o mestre, sem que nenhuma notícia nos desse. Dias após a sua morte, procurou-nos o secretário da Comissão Revisora, com os originais do projeto revisto, para dizer que o Ministro Nelson Hungria, pouco antes de falecer, os havia devolvido ao Ministério da Justiça, com a recomendação de que os enviassem a nós para que elaborássemos a respectiva Exposição de Motivos, sendo tal incumbência confirmada pelo Ministro da Justiça. Imediatamente esclarecemos ao diligente funcionário que o projeto não estava em condições de ser promulgado, explicando-lhes o que já antes disséramos ao próprio Hungria, e que receberíamos a tarefa honrosa, que expressava a confiança do velho mestre, com a condição de um preliminar reexame metucioso do texto. E a isso nos dedicamos, tendo podido verificar que, aos defeitos do original, outros acrescentara o serviço do Ministério da Justiça, com erros graves na transcrição e até com a omissão de artigos. Ia longe nosso trabalho de revisão do texto, quando fomos avisados, por simples

²¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Subsídios para a História do Novo Código Penal. Revista de Direito Penal e Criminologia. n.º 3. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982, grifo nosso. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo67.pdf> Acesso em: 05 de novembro de 2013.

comunicação telefônica, que estávamos desincumbidos da tarefa, pois a Exposição de Motivos seria redigida pelo próprio pessoal do Ministério.²²

Verificava-se que a prevenção especial foi consagrada expressamente pelo art. 37²³, proclamando que a execução penal deve ser promovida de maneira a exercer sobre o condenado uma individualizada ação educativa no sentido de sua recuperação social.

Passado algum tempo, em que pese os estudos e acaloradas discussões, o anteprojeto, transformado em Código Penal através do Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, sofreu diversas emendas, mas, no fim, não vingou sendo, então, revogado razão pela qual a nação brasileira assistiu o tempo da *vacatio legis* mais longa de sua história jurídica.

1.11 Reforma de 1977

Com o objetivo de incluir significativas mudanças nos Códigos Penal e Processual Penal, o Presidente Ernesto Geisel, em 22 de janeiro de 1977, em pleno regime ditatorial militar, através do Ministro da Justiça Armando Falcão, remeteu ao Congresso Nacional um projeto de lei que foi convertido na Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

Apesar de trazer várias modificações importantes, como: abolição da reincidência específica, extinção da penalidade pelo crime contra os costumes em face do casamento da ofendida com terceiro quando o crime fosse cometido sem violência, instituição do perdão judicial para os crimes culposos e a reestruturação do *sursis*, a legislação penal continuava inadequada, razão pela qual foi instituída a Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, responsável pela reformulação da parte geral do Código Penal.

1.12. Reforma da Parte Geral do Código Penal (introduzida pela Lei 7.209/84)

Em 1980, no governo do Presidente militar João Figueiredo, foi nomeada pelo Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel uma comissão para elaborar o anteprojeto de reforma do Código Penal em sua parte geral. Faziam parte da referida comissão os seguintes juristas: Francisco de Assis Toledo, Francisco Serrano Neves, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci e Hélio Fonseca.

Foram realizadas inúmeras conferências e debates no território nacional para discussão do anteprojeto que instituía a reforma penal. Em 1981, o Ministro da Justiça, numa segunda

²² FRAGOSO, Heleno Cláudio. Subsídios para a História do Novo Código Penal. Revista de Direito Penal e Criminologia. nº 3. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo67.pdf> Acesso em: 05 de novembro de 2013

²³ Art. 37. A pena de reclusão e a de detenção devem ser cumpridas, sempre que possível, em estabelecimentos separados ou em seções especiais do mesmo estabelecimento, e devem ser executadas de modo que exerçam sobre o condenado uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social.

fase dos trabalhos, instituiu comissão destinada à revisão do texto em comento e incorporação do material resultante dos debates, composta por Francisco de Assis Toledo, Dínio de Santis Garcia, Jair Leonardo Lopes e Miguel Reale Júnior.

Verifica-se que o art. 42 da parte geral de 1940 sofreu algumas alterações em razão do art. 59 da parte geral de 1984. Acrescentou-se a “conduta social”, com expressa referência ao “comportamento da vítima” que muitas vezes constitui um fator criminógeno bem como a substituição da “intensidade do dolo e grau da culpa” pela culpabilidade do agente.

Segundo entendimento esposado por Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, o art. 59 do Código Penal estabelece a culpabilidade, como critério básico e principal na fixação da pena, vem mencionada em primeiro lugar.²⁴

Fragoso recorda:

No regime do CP de 1940, foi largamente debatida na doutrina a questão de saber se a determinação da pena deveria ser feita em duas ou três etapas. Em duas etapas seria feita se o juiz já fixasse na pena-base as circunstâncias agravantes ou atenuantes. Esse critério nos parece favorecer o arbítrio judicial e contrapor-se à exigência de motivação completa da pena imposta. O réu tem o direito de saber que valor atribui o juiz às circunstâncias legais que reconheceu presentes, como expressão de seu direito de saber por que recebe esta pena e não outra qualquer. Em defesa desse critério se diz que o método das três etapas expõe o acusado ao risco de ver valoradas duplamente as circunstâncias, mas é evidente que essa dupla valoração é inadmissível. A lei vigente deixou expressa a solução adotada.²⁵

A Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, introduziu a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), onde prevaleceu o entendimento esposado por Nelson Hungria (em detrimento ao defendido por Roberto Lyra), inserto no art. 68, com a adoção do sistema trifásico de aplicação da pena.

1.13. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012

Infelizmente o projeto supra citado desconsiderou a relevante história da legislação penal brasileira, sobretudo no que tange às principais discussões doutrinárias que foram solenemente ignoradas. Esqueceu-se que para evoluirmos, devemos olhar o passado com a cabeça erguida e refletida para o futuro.

Como assevera RENÉ ARIEL DOTTI:

²⁴DOTTI, René Ariel, ANDREUCCI, Ricardo A. e PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Penas e medidas de segurança do novo Código. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 160.

²⁵FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal – Parte Geral. rev. e atualizada por Fernando Fragoso, 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 325.

Todos os diplomas legais e projetos de lei desenvolvidos na seara penal devem servir como bases ideológicas para a elaboração de um novo texto criminal no Brasil, o que deveria ter se verificado com o Projeto nº 236, de 2012. No que toca ao Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, adverte DOTTI – e com toda razão - que o Projeto Sarney deixou de levar em conta a previsão dos diplomas penais anteriores, assim como dos textos doutrinários até então consolidados no cenário jurídico-penal brasileiro. Em verdade, limitou-se a Comissão do Anteprojeto a analisar – e nem mesmo em sua inteireza – o contexto do Código Penal de 1940, deixando de seguir textos penais até então editados, dentre eles a Exposição de Motivos da Parte Geral de 1940 e de 1984; do Código Penal de 1969; dos Anteprojeto da Parte Especial de 1984 e 1999 e a página redigida pelo Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, que antecede o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973).²⁶

Importantes alterações foram feitas a respeito das circunstâncias judiciais (presentes no art. 59 do atual Código Penal), onde foram abolidos os antecedentes, conduta social e personalidade do agente (art. 75 do projeto).

Assim, os antecedentes e a conduta social deixaram de ser circunstâncias judiciais, passando a ser considerados os primeiros como agravante (art. 77, inciso II) e a segunda como atenuante (art. 81, g), analisados na segunda fase de aplicação da pena.

No que diz respeito aos antecedentes, importante consignar a disposição que instituiu que, como circunstância agravante, só ocorrerá quando as condenações transitadas em julgado não puderem configurar reincidência, nos termos do arts. 78 a 80 do projeto. Ademais, foi criado um limite temporal pois não podem ser considerados os antecedentes com mais de 5 (cinco) anos desde a extinção da punibilidade (art. 80).

Inovação legislativa desprovida de fundamento foi a previsão de matéria eminentemente de natureza cível no corpo da legislação penal, possibilitando a fixação de alimentos, quando o juiz proferir sentença condenatória, para os dependentes da vítima, nos crimes de homicídio doloso ou culposo ou de outro crime que a afete a vida (art. 76).

Aboliu-se a circunstância atenuante da menoridade (art. 81, I), isto é, quando for o agente menor de 21 (vinte e um) anos na data do fato, embora tenha sido mantida a causa de redução do prazo de prescrição quando o agente era, ao tempo do crime, menor de 21 anos (art. 115).

Manteve-se o método trifásico de aplicação da pena (art. 84). Contudo, o projeto estabelece que as causas de aumento e de diminuição de pena previstas em lei não poderão ser inferiores a 1/6, salvo disposição em sentido diverso (art. 71, parágrafo único).

²⁶ DOTTI, René Ariel. Algumas bases ideológicas do projeto 236/2012. In: Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 20, n. 240, p.2-4, nov. 2012 .p. 04

Impõe dever do juiz fundamentar, na apreciação das circunstâncias judiciais e legais (agravantes e atenuantes), cada circunstância e o respectivo aumento ou diminuição (art. 84, §1º).

No que tange à fixação da pena-base no mínimo legal cominado com acréscimo em consequência de exclusiva causa de aumento, o juiz poderá reconhecer atenuante até então desprezada, limitada a redução ao mínimo legalmente cominado (art. 84, §3º).

Permanece o limite das penas em 30 (trinta) anos (art. 91). Entretanto, no caso de nova unificação da penas por crime praticado posteriormente à primeira unificação, o limite passa a ser 40 (quarenta) anos (art. 91, §2º).

Diante do noticiado, esperamos, e com muita esperança, que a tramitação do referido projeto seja sobrestada no intuito de possibilitar ampla e efetiva discussão acerca da matéria possibilitando a participação do meio acadêmico, representado pela Universidade. Imprescindível também será a submissão do texto à comissão revisora. Se for aprovado do jeito que está, trará mais dúvidas do que certezas, ignorando que o direito penal deve conter unidade, coerência e completude.

2. – FUNÇÕES DA PENA NA DOGMÁTICA JURÍDICA

2.1 Pena como instrumento de retribuição

José Paganella Boschi ensina que as penas, para os clássicos, tem por fim exclusivo castigar o delinquente, conforme propõe a expressão encontrada em todos os livros de direito penal: ao mal do crime, o mal da pena (punitur cuia peccatum est).²⁷

Bettioli obtempera:

Se se considerar a pena sob o perfil retributivo, vê-se depois que a retribuição não pode ser considerada em abstrato, mas apenas em concreto. É o legislador que determina as orientações cogentes em abstrato para o juiz, limites que não poderá superar, mas em concreto é o juiz que determinar a atualidade ou a quantidade de pena que, tendo-se em conta critérios vários, aparece como verdadeira pena retributiva, como pena justa. Não existe, portanto, uma pena retributiva que não seja uma pena justa, que não leve em conta todas as características do caso concreto, a fim de que a relação entre crime e pena não se considere inexoravelmente rompida. A pena retributiva, mesmo orientada para a gravidade do fato praticado, incide sempre sobre o homem, tanto que se pode afirmar decisivamente que qualquer pena, por sua natureza, quando retributiva, é uma pena de “autor”, isto é, uma pena que tem sempre presente a personalidade do homem delinquente. Não é possível prescindir do exame do caráter do réu numa concepção retributiva da pena.²⁸

²⁷ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 109.

²⁸ BETTIOLI, Giuseppe. Direito Penal. Versão portuguesa do original italiano Diritto Penale (parte generale). Campinas: Red Livros, 2000, p. 686-687

Carmen Silvia de Moraes Barros refere que:

Do caráter absoluto da pena retributiva, desligado de quaisquer fins, extrai-se que na teoria retributiva a aplicação da pena tem a exclusiva função de compensar, contrabalançar a culpa. Dessa forma, e sendo inegável que na teoria retributiva há verdadeira confusão entre direito e moral, ela caracteriza violência à dignidade humana, na medida em que prioriza a satisfação da generalidade em detrimento do indivíduo.²⁹

Para os defensores da pena como instrumento de retribuição, verifica-se que a aplicação da pena tem o objetivo de compensar, contrabalançar a culpa, retribuir o mal causado pelo agente com a sua conduta delituosa.

2.2 Pena como prevenção geral

Nesse sentido, a pena é tida como um elemento preventivo, intimidativo para a prática de novos delitos, consoante conhecido brocardo jurídico: *punitur et ne peccetur* (pune-se para que o indivíduo não mais peque).

Bitencourt critica:

Para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos. Ante esta postura encaixa-se muito bem a crítica que se tem feito contra o suposto poder atuar racional do homem, cuja demonstração sabemos ser impossível. Por outro lado, esta teoria não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinquente; sua confiança em não ser descoberto. Disto se conclui que o pretendido temor que deveria infundir no delinquente, a ameaça de imposição de pena não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo.³⁰

Jeremias Bentham preleciona:

A pena deve fazer-se respeitar em um grau maior do que o crime se faz apetecível: todas as vezes que a pena não consegue o seu fim é um dobrado mal: para o público, por isso que deixa cometer o crime, que devia obstar; e para o réu, porque vem a castigar sem tirar utilidade. Que conceito faríamos de um cirurgião, que para não molestar o doente deixasse o tratamento incompleto? Seria um ato de humanidade bem entendida acrescentar à doença o tormento de uma operação inútil? Logo, é necessário que a pena corresponda a todos os graus da tentação, exceto quando a mesma tentação é um sinal de inocência, ou do bom caráter do réu; porque então deve dar-se a modificação da pena, como, por exemplo, a respeito de um pai, que, para matar a fome de sua família, tivesse cometido um roubo.³¹

Carmen Silvia de Moraes Barros conclui:

Vista assim a prevenção, à pena só pode ser atribuída a função de manter limites toleráveis de comissão de delitos e de produção de reações sociais informais ou privadas, frente à delinquência. O direito penal tem, pois, a função de proteger o delinquente e sua intervenção só é legitimada quando houver a necessidade e quando

²⁹ BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. A individualização da pena na execução penal. São Paulo: RT, 2001, p. 55-56.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal – Parte Geral. 4 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 106.

³¹ BENTHAM, Jeremias. Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos. Organizada por José Pérez. São Paulo: Edições Cultura, 1943, p. 29.

a conduta delitiva despertar na coletividade expectativa de sanção. Nesses casos, a intervenção penal é justificada para impedir geração de reações informais. Essa é uma função plenamente garantista: a intervenção penal deve limitar-se à imposição de sanção mínima necessária para proteger o autor do delito de eventuais ações de vingança. Assim, garante-se a proteção do delinquente frente ao Estado – que deve limitar-se a impor a sanção mínima com fins exclusivos de proteção – e à sociedade – à qual é subtraída a possibilidade de reação.³²

2.3 Pena como prevenção especial

Como prevenção especial também se objetiva evitar a prática da conduta delituosa. O que a diferencia da prevenção geral é que esta dirige-se exclusivamente ao criminoso para que este não retorne a delinquir. Não há intimidação tampouco retribuição do ato praticado, pois o que se almeja é a ressocialização.

Miguel Reale Júnior pondera que se a ressocialização consiste na mudança da estrutura da personalidade do condenado, desfazendo o que ele é, para impor, por métodos científicos, o que deve ser, rompe-se com os pressupostos fundamentadores de um direito penal do Estado democrático, para se consagrar e justificar a manipulação das consciências.³³

3 – A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

3.1 Princípio da individualização da pena

Princípio inserto no art. 5º, XLVI da Constituição Federal, arts. 5º, 41, XII e 92 da Lei de Execuções Penais e art. 34 do Código Penal³⁴, garante que as penas dos infratores não sejam igualadas mesmo que tenham praticados crimes iguais, pois independentemente da prática da mesma conduta, cada indivíduo possui uma estória pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.

A individualização da pena tem lugar no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental com assento constitucional. Seu fundamento é resguardar o princípio da proporcionalidade das penas, voltada a busca da sua racionalidade e humanização. Significa

³² BARROS, Carmen Silvia de Moraes Barros. A individualização da pena na execução penal. São Paulo: RT, 2001, p. 66.

³³ REALE. Miguel Jr. Novos Rumos do Sistema Criminal. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 63.

³⁴ Art. 5º, XLVI Constituição Federal: XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes(...)

Art. 5º, LEP: Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Art.41, XII LEP:(...) igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena

Art. 92, LEP: Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei. Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas: a) a seleção adequada dos presos; b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

Art. 34 Código Penal: O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

que a pena deverá ser ajustada às características do agente infrator e da ação por ele cometida, constituindo pilar do direito penal desenvolvido consoante o estado democrático de direito. Deverá possuir dinâmica não permitindo que a pena se torne injusta e desproporcional.

René Ariel Dotti institui que:

Não se poderá imagina a importância prática de alternativas ao sistema e particularmente como opções à pena de prisão se o instituto mais importante no vínculo que se forma entre o Estado e o réu não for suficientemente revisto e aperfeiçoado. As proclamações otimistas em torno da garantia da individualização e da motivação da medida penal somente serão confiáveis se forem introduzidos mecanismos materiais e formais que efetivamente permitam viabilizar o princípio constitucional da personalidade da pena.

[...]

A individualização da pena, portanto, se coloca na perspectiva de um direito a constituir, como o centro de decisão do grande confronto entre os valores e interesses postos em discussão pela comunidade e pelo acusado. E no alto do poder decisório deve estar aquele juiz que efetivamente acompanhou o início da aventura processual, quando os protagonistas do drama ou da comédia forense ainda não tinham os seus papéis definitivamente distribuídos e nem os locais de representação perfeitamente ordenados.³⁵

Guilherme de Souza Nucci observa que:

O mandamento é constitucional: “a lei regulará a individualização da pena(...) (art.5º, XLVI, CF)”. Em primeiro lugar, deve-se registrar a imperativa colocação no sentido de que a pena deve ser individualizada- e jamais, por óbvio, padronizada. Em segundo, nota-se ter o constituinte transmitido ao legislador infraconstitucional a tarefa de detalhar o modo pelo qual se fará necessária individualização. Noutros termos, torna-se inviável- e seria inconstitucional- que a lei ordinária, a pretexto de individualizar a pena, na ótica legislativa, retire do magistrado qualquer margem razoável de ação.

[...]

A individualização da pena torna o Estado arejado e atencioso, pretendendo visualizar todos os membros da sociedade como indivíduos, com características, interesses e necessidades particulares. Pessoas não podem padecer da padronização, pois são racionais e emocionalmente superiores. Essa é a tarefa primordial do Judiciário na senda criminal.³⁶

3.2 Individualização legislativa, judicial e executória ou administrativa

O princípio da individualização da pena exerce vinculação ao poder público representado pelo Poder Legislativo, Judiciário e Executivo, razão pela qual menciona-se a individualização nas etapas legislativa, judicial e administrativa da pena.

Na individualização legislativa, o legislador ao descrever uma infração estabelece os limites mínimos e máximos do preceito secundário do tipo, assim como os regimes de cumprimento e respectivos benefícios que poderão ser concedidos ao infrator. Em nome do princípio da proporcionalidade, a ação do legislador deverá ser razoável, evitando cominar

³⁵ DOTTI, Renné Ariel. Bases e Alternativas para o sistema de penas. 2. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 159-161

penas severas para condutas com pequena lesividade ou penas insignificantes para infrações de maior gravidade. Nesse sentido, sua liberdade não é absoluta, pois deve se guiar por critérios objetivos como natureza da infração, o bem jurídico tutelado e a necessidade social de repressão do fato.

Segundo Aníbal Bruno, nesta individualização dita legal ou legislativa, tem-se em vista o valor que a ordem de Direito atribui ao bem jurídico que se pretende proteger, adapta-se a natureza e quantidade da pena ao valor do bem objeto da proteção legal.³⁷

Carmen Silvia de Moraes Barros assevera que:

Cabe ainda ao legislador, ao cominar penas, considerar que as restrições dos direitos fundamentais (que sempre implicam em alguma criminalização e respectiva punição) devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. O conteúdo da necessidade se atualiza na história, da mesma forma que o direito se legitima pela sua realização em cada momento histórico. Assim, o legislador, ao ameaçar com pena um determinado comportamento, deve considerar, além do efeito intimidatório dos cidadãos, a valoração que eles fazem do comportamento, a importância do bem jurídico afetado, a necessidade de recorrer à pena, as diversas classes de pena aplicáveis ao caso e se não são suficientes outras sanções, reservando as penas privativas de liberdade para os casos extremos.³⁸

No mesmo sentido Muñoz Conde e Mercedes Arán advertem que o legislador assinala uma quantidade genérica de pena que considera necessária e suficiente para a intimidação, isto é, para evitar que os cidadãos cometam o fato em questão; e, para lográ-lo, deve tratar-se de uma pena proporcional à gravidade abstrata do mesmo.³⁹

Liszt conclui que o legislador antes socializa que individualiza, o juiz individualiza a pena, socialmente.⁴⁰

A respeito da individualização judicial, o magistrado ou Tribunal, valendo-se dos parâmetros positivados pelo legislador, fixa a pena in concreto, determinado sua quantidade e o regime inicial de cumprimento da pena, cabendo também, verificar se o condenado faz jus à possibilidade de gozar certos benefícios, notadamente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou o sursis (suspensão condicional da pena).

Ferrajoli especifica que:

Cabe ao juiz individualizar a pena, fixar a pena, escolhendo, entre a pluralidade de possibilidades previstas legalmente, a adequada para o autor e o fato por ele praticado. Portanto, a individualização é a aplicação da norma abstrata ao caso

³⁷ BRUNO, ANÍBAL. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, v.III, 1969, p. 90

³⁸ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. A individualização da pena na execução penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 115-116.

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARÁN, Mercedes. Derecho penal: parte general. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 553.

⁴⁰ LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal Alemão; traduzido por José Higinio Duarte Pereira- Campinas: Russell Editores, 2003, p. 338.

concreto, atendendo-se às peculiaridades do fato. E assim sendo, a individualização judicial da pena sempre comportará um juízo de valor. A lei contém indicações úteis para orientar o juiz sobre os elementos que deve levar em consideração, mas ainda assim esses critérios jamais serão exaustivos e a individualização da pena, por sua própria natureza, escapa a uma completa predeterminação legal. Deve o juiz, no entanto, motivar a decisão com argumentos pertinentes que evidenciem as inevitáveis premissas valorativas que de qualquer forma, devem limitar-se ao fato concreto e ter por fundamento a imparcialidade e vinculação à lei e aos valores constitucionais⁴¹

Aníbal Bruno ensina:

[...] Ademais, verifica-se que não é possível ao legislador promover a efetiva individualização da pena porque, para ele, a realidade do crime não é o fato concreto, mas o tipo penal abstrato, motivo pelo qual acaba por admitir e assegurar largas possibilidades à individualização judicial.⁴²

Carmen Silvia de Moraes Barros conclui:

O princípio da individualização é garantido pela fundamentação da sentença, quer do juiz da condenação, quer do juiz da execução. Ao juiz do processo de conhecimento cumpre, considerada a culpabilidade do agente, estabelecer a pena adequada. Assim, individualiza a pena conforme a culpabilidade demonstrada no fato. Portanto, é direito subjetivo do sentenciado ter estabelecido o quantum da pena, o regime inicial de cumprimento, bem como a substituição, pelo juiz que proferiu a sentença condenatória; faz parte do direito que tem de ver fixada a pena nos limites de sua culpabilidade. E isso porque só o juiz do processo de conhecimento tem elementos para análise dos limites da culpabilidade e, conseqüentemente, dados para estabelecer a pena e o regime necessário e proporcional. Só após adequadamente individualizada a pena é que a sentença condenatória passa a ser título executivo apto a produzir efeitos.⁴³

Por sua vez, a individualização administrativa ou executória é realizada posteriormente à judicial, ocorrendo o trânsito em julgado da condenação, momento de sua aplicação ao condenado, mediante os institutos da execução penal. Nela, o cumprimento da pena deverá se materializar em estabelecimento prisional, observando a natureza do delito, idade, sexo e comportamento carcerário do condenado.

A respeito do tema Sebastian Soler entende que:

A individualização legislativa é aquela que realiza o legislador quando preestabelece diferentes classes de penas ou de medidas, seja com relação ao ato ou ao sujeito, de maneira que o juiz encontra já feita uma classificação individualizante, a qual deve submeter-se. Assim, por exemplo, a pena de reclusão nunca é aplicável a um delito culposos; por outra parte, a lei dispõe regimentos distintos, segundo se trata de um menor ou de um adulto, de um saudável ou de um enfermo mental. Diremos que na lei são elementos individualizadores aquele que, não obstante correspondam

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal, trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 405

⁴² BRUNO, Aníbal. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, v.III, 1969, p. 104.

⁴³ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. A individualização da pena na execução penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 121

a um mesmo delito, determinam consequências distintas, segundo o sujeito que o tenha cometido.

[...]

Este procedimento de escolha entre várias medidas e várias magnitudes de uma mesma medida, deixado ao discreto arbítrio do juiz pela própria lei, se chama individualização judicial da pena.

[...]

A individualização administrativa é uma técnica cujo estudo excede o plano desta obra e não tem caráter jurídico-penal, senão principalmente psicológico, social, administrativo.⁴⁴

Sobre a individualização na execução da condenação, Ferri dispõe:

Reservando a particularidade da técnica penitenciária para a parte III (A pena), podemos até agora constatar que a individualização na execução da condenação – que deve continuar, completar e aproveitar a individualização da norma legal e da sentença – se pode praticamente organizar com dois critérios fundamentais: 1º a seriação antropológica dos presos: 2º o seu tratamento.⁴⁵

Sobre as três espécies de individualização Federico Puig Peña reflete:

A individualização legal é aquela levada a cabo pelo legislador, considerando a gravidade das penas em relação aos feitos delitivos, estabelecendo a determinação penal e a base das circunstâncias da infração, do momento consumativo, do delito, da participação dos delinquentes, dos motivos que influenciaram o ato, etc. Na individualização judicial o juiz tem diante de si a pessoa a quem deverá julgar e pode penetrar, mais profundamente, na zona de sua culpabilidade, dos motivos, no mundo interno de suas condições psíquicas, etc. Esta individualização judicial, para que fosse completa, necessitaria: um amplo arbítrio judicial, uma ampla e eficaz responsabilidade judicial e uma preparação especial do julgador que por desgraça hoje há falta. Por isso se fala como grau avançado da questão a individualização administrativa, que é realizada pelos funcionários encarregados da execução das penas privativas de liberdade.⁴⁶

3.3 As circunstâncias judiciais como critérios de individualização

No direito penal brasileiro ficaram conhecidos dois sistemas de aplicação da pena, denominados bifásico, atribuído a Roberto Lyra, e trifásico, atribuído a Nelson Hungria, o qual restou consagrado no Brasil com a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984.

O método trifásico de aplicação da pena, comumente atribuído a Nelson Hungria, está previsto art. 68, caput do Código Penal brasileiro, que determina o seguinte:

Art. 68 - 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só

⁴⁴ SOLER, Sebastian. Derecho Penal Argentino – Tomo II. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1951, p. 470-471.

⁴⁵ FERRI, Henrique. Princípios de Direito Criminal – O criminoso e o crime. Traduzido do italiano por Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1931, p. 355.

⁴⁶ PEÑA, Federico Puig. Derecho Penal – Parte General, Tomo II. 4.ed. – Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 328-329.

diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)⁴⁷

Consoante esse sistema, em primeiro lugar o magistrado fixará a pena-base, orientando-se pelos critérios previstos no referido art. 59, isto é, 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, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Posteriormente, 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.

Na última etapa, deverá ser observado pelo juiz 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. Essas, reconhecidamente, podem fazer com que a pena vá além ou aquém dos limites legais estabelecidos no preceito secundário do tipo penal.

Vislumbra-se a partir da explanação inicial que a individualização da pena baseia-se fundamentalmente nos critérios estipulados no artigo 59 do Código Penal, os quais constituem diretrizes para a fixação da pena-base e em virtude de considerarem aspectos relativos à pessoa do delinquente, prontificam a solidificação do princípio da individualização da pena.

José Antônio Paganella Boschi refere:

As circunstâncias judiciais - cuja sede legal é o artigo 59 do CP – se classificam em dois grupos. No primeiro estão as circunstâncias subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade, motivos) e, no segundo, as objetivas (circunstâncias e consequências do fato e comportamento da vítima).

[...]

A validade da “pesagem” de cada circunstância judicial pressupõe a existência nos autos de informações objetivas que a sustentem. Daí por que deve o magistrado registrar na sentença, com indisfarçável clareza e objetividade, a respectiva fonte provatória, de modo que o procedimento de individualização da pena não espelhe laboriosa mas... desarrazoada criação mental.⁴⁸

Helena Cláudio Fragoso expõe que:

A doutrina tem afirmado que a enumeração contida no art. 59, CP, é taxativa e não meramente exemplificativa. Todavia, a referência genérica a “circunstâncias” permitem ao julgador considerar toda espécie de elementos acidentais relacionados com o fato. Na aplicação da pena é importante que o juiz tenha presente certas exigências da Política Criminal. O poder discricionário que ele possui lhe é conferido para atuar os fins próprios do Direito Penal que são, como já vimos, os de evitar a

⁴⁷ DL 2.848/1940 (DECRETO-LEI) 07/12/1940

⁴⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 189 - 192

prática de crimes. Na imposição da pena o juiz deverá ter presente o efeito nocivo da prisão, e reservá-la, sempre que possível, para os delinquentes perigosos, autores de crimes graves. A probabilidade de reincidência é maior se o condenado vai para a prisão e será tanto maior quanto mais longa for a pena imposta. Na aplicação da pena torna-se cada vez mais importante a preocupação com as consequências e não com os pressupostos.⁴⁹

Acerca do tema E. Magalhães Noronha:

Analisando tais critérios, constata-se que a primeira etapa de individualização da pena não tem mais em vista somente o delito. Ao lado da apreciação dos aspectos objetivos que ele apresenta, o juiz deverá considerar a pessoa que o praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, um estudo de sua personalidade, sem olvidar, sobretudo, a possibilidade de voltar a delinquir.⁵⁰

Aníbal Bruno ressalta:

Nesta tarefa de individualização, o juiz tem importante missão. Ao servir-se do artigo 59 do Código Penal que admite um extenso arbítrio no sentido de ajustar a pena à pessoa do delincente, tem de satisfazer duas exigências de segurança e de justiça – a do interesse público de ordem e equilíbrio social- e a do destino do homem violador da norma que se vai cumprir por decisão sua.⁵¹

Importante precedente jurisprudencial demonstra entendimento do STJ:

RHC - PENAL - PROCESSUAL PENAL - PRISÃO PENAL E PRISÃO CAUTELAR - PENA - INDIVIDUALIZAÇÃO - PROCESSO - INQUERITO POLICIAL - A PRISÃO PENAL TEM COMO PRESSUPOSTO SENTENÇA PENAL CONDENATORIA TRANSITADA EM JULGADO. A PRISÃO CAUTELAR, PRECEDENTE AQUELA, REPOUSA NO "FUMUS BONI IURIS" E NO "PERICULUM IN MORA". A PRIMEIRA É RESPOSTA POLITICO-JURIDICA AO CONDENADO. A SEGUNDA CURA TEM INTERESSE DA SOCIEDADE, EM HOMENAGEM A ORDEM PÚBLICA, POR CONVENIENCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL OU PARA APROVAÇÃO DA LEI PENAL. NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, O JUIZ DEVE ATENDER AOS ELEMENTOS ESSENCIAIS E CIRCUNSTANCIAS DO DELITO E AOS OUTROS PORMENORES QUE PROJETAM A CULPABILIDADE (CENSURABILIDADE). A ILAÇÃO DEVE APOIAR-SE EM FATO CONCRETO, DEMONSTRADO QUANTO A EXISTENCIA E SUAS CONSEQUENCIAS. IMPOSSIVEL RACIOCINAR COM MERAS CONJECTURAS. A SIMPLES INSTAURAÇÃO DE PROCESSO CRIMINAL OU DE INQUERITO POLICIAL É INSUFICIENTE, IMPROPRIO MESMO, PARA RECRUDESCER A PENA. UM E OUTRO SÃO HIPOTHESES DE TRABALHO, CUJA CONCLUSÃO PODERA DEMONSTRAR INEXISTENCIA DO FATO, NEGATIVA DE AUTORIA OU EXCLUDENTE DE ILICITUDE. AFRONTA, SEM DUVIDA, O PRINCIPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA. (CONST., ART. 5, LVII).⁵²

⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal- parte geral, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 325-326.

⁵⁰ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal- parte geral. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1995, p. 242.

⁵¹ BRUNO, Aníbal. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 1969, p.92

⁵² STJ - RHC: 1772 SP 1992/0001479-8, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 29/03/1992, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27.04.1992 p. 5507 RSTJ vol. 31 p. 187 RT vol. 690 p. 371 DJ 27.04.1992 p. 5507 RSTJ vol. 31 p. 187 RT vol. 690 p. 371. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/586915/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-1772>> Acesso em 24 nov 2013.

3.3.1 Culpabilidade

Este requisito constitui importante referencial para aplicação da respectiva sanção penal ao comportamento delituoso do agente, utilizado como fundamento e limite para a fixação da pena e análise da concessão ou não dos benefícios penais.

Guilherme de Souza Nucci sustenta que a culpabilidade, prevista no art. 59, é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.⁵³

Em relação ao debate sobre a culpabilidade do fato e do autor, o referido doutrinador institui que para que o ser humano não seja julgado apenas pelo que ele é ou pela sua conduta de vida, devemos voltar os olhos ao que fez, razão pela qual o estado democrático de direito necessita valer-se da culpabilidade do fato sem perder de vista a culpabilidade do autor, como ponto secundário de apoio, não podendo a reprovação transbordar as fronteiras dos atos praticados.⁵⁴

Roxin define a culpabilidade como atuar injusto, apesar da abordabilidade normativa. Trata-se de ver o homem como ser livre quando tenha intacta sua capacidade de condução.⁵⁵

Fragoso faz importante reflexão histórica:

O CP de 1940 falava em intensidade do dolo e grau da culpa. A lei vigente refere-se à culpabilidade. A culpabilidade tem por fulcro, nos crimes dolosos, a vontade reprovável, ou seja, a vontade que não deveria ser, contrária ao dever. A reprovabilidade que recai sobre o comportamento delituoso tem por base a vontade do agente dirigida no sentido ilícito ou exercendo-se com assunção do risco de causar o resultado. A culpabilidade nos crimes culposos refere-se à maior ou menor gravidade da violação do cuidado objetivo que se expressa na imprudência, na negligência ou imperícia.⁵⁶

Welzel preleciona que o que se reprova é a resolução de vontade antijurídica em relação ao fato individual (ou de parte da conduta de vida).⁵⁷

Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho observam que:

A dogmática tradicional trata a culpabilidade pressupondo a capacidade de autodeterminação do indivíduo, tendo como base a cognição e a finalidade da conduta. Assim, a noção de culpabilidade é empregada a partir da assunção de um juízo de reprovabilidade imposto ao indivíduo pela realização de um injusto penal

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: RT, 2011, p. 436

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – Parte Geral. São Paulo: RT, 2011, p. 436-437

⁵⁵ ROXIN, Claus. Política criminal y estructura del delito: elementos del delito em base a la política criminal. Trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992. p. 135-140

⁵⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal- parte geral, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 322-323

⁵⁷ WELZEL, Hans. O novo modelo jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 109.

quando podia ter atuado de maneira diversa – culpabilidade entendida como juízo de valor cujo objeto valorado é o injusto.⁵⁸

3.3.2 Antecedentes

No Código Penal de 1940, antes da Reforma Penal de 1983, consideravam-se antecedentes do réu todo o seu passado, incluindo condenações, relacionamento familiar e laborativo. Atualmente discute-se sobre a abrangência da expressão *maus antecedentes*. Guilherme de Souza Nucci assevera que há duas posições predominantes:

[...]

a) considera-se tudo o que consta na folha de antecedentes do réu, sem qualquer distinção;

b) antecedentes são apenas as condenações com trânsito em julgado que não são aptas a gerar reincidência. Todo o mais, em face do princípio da presunção da inocência, não deve ser considerado. Cremos acertada a segunda corrente para fim de fixação da pena, pois não se deve levar em conta inquéritos arquivados, processos com absolvição ou em andamento, entre outros fatores transitórios ou concluídos positivamente para o réu, como causa de majoração da reprimenda. Entretanto, para efeito de processual penal, preferimos a primeira posição.⁵⁹

Salgado Martins faz importante reflexão:

Não se pode esquecer que os operadores do art. 59, todos, constituem apenas uma diretriz, traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e ao delinquente. Por outro lado, a persistir esse entendimento mais liberal, restariam como *maus antecedentes* somente as condenações criminais que não constituam reincidência. E se essa fosse a intenção do ordenamento jurídico, em vez de referir-se aos antecedentes, teria se referido às condenações anteriores irrecorríveis.⁶⁰

A finalidade dessa circunstância judicial, assim como as demais insertas no art. 59 do Código Penal é demonstrar se o réu possui ou não progressão criminosa.

3.3.3 Conduta social

A análise da conduta social envolve o comportamento do agente em seu meio social, familiar, sociedade, trabalho, o que é provado, na maioria das vezes, através da prova testemunhal, muitas vezes representadas pelas testemunhas abonatórias. Entretanto, nada impede que esta prova possa ser alcançada por outro meio admitido em direito. É importante considerar que nem sempre um sujeito sem antecedentes criminais possui exemplar conduta social.

José Paganella Boschi, com base em julgamento exarado pelo extinto TARGS, assevera:

⁵⁸CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 39

⁵⁹NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: RT, 2011, p. 440-441

⁶⁰MARTINS, José Salgado. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 378

A valoração da conduta social – que não se confunde com os antecedentes – é sempre em relação à sociedade na qual o acusado esteja integrado, e não em relação à ‘sociedade formal’ dos homens tidos como ‘de bem’. Sem dúvida, um indivíduo que, por exemplo, habite em uma favela em paz e amizade com os vizinhos não pode receber uma valoração negativa, só porque o juiz, influenciado por variáveis ideológicas, tem o entendimento de que, na cidade, existam ambientes ‘mais saudáveis para o desenvolvimento das relações sociais’.⁶¹

3.3.4 Personalidade do Agente

Constituem as qualidades morais e sociais do indivíduo. Na lição de Aníbal Bruno:

Chamamos personalidade a maneira de ser peculiar do indivíduo de que depende a sua maneira de agir. Pode ser entendida como o conjunto dos atributos psíquicos, particularmente como o caráter, mas o seu sentido ainda é mais largo. Abrange a maneira de ser total do indivíduo, antropológico-social-cultural, cujos aspectos se conjugam intimamente, sem que se possa entender qualquer deles fora da compreensão dos demais.⁶²

Acerca do tema nota José Paganella Boschi:

Definir a personalidade não é algo tão simples como pode parecer, sendo especialmente ao juiz muito tormentosa a questão, seja porque ele não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios de sua personalidade. Por isso, constata-se, na experiência cotidiana, que a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas do tipo ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, que, do ponto de vista técnico, nada dizem.⁶³

Giulio Battaglini ensina que para conhecer a personalidade do réu, não é admissível qualquer perícia, de vez que não se trata de verificação de imputabilidade.⁶⁴

Acerca da personalidade do agente, Gilberto Ferreira reflete:

A realidade nua e crua desse nosso país terceiro-mundista é a de que o juiz, efetivamente, não tem condições de avaliar cientificamente a personalidade do criminoso. Primeiro, porque ele não tem um preparo técnico em caráter institucional. As noções sobre psicologia e psiquiatria as adquire como autodidata. Segundo, porque não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo. Como se sabe, o juiz brasileiro vive assoberbado de trabalho. Terceiro, porque, como não vige no processo penal o princípio da identidade física, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Quarto, porque em razão das deficiências

⁶¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 206.

“(…)Antecedentes, para os efeitos de fixação de pena, são apenas os judiciais, importando estes nas condenações passadas em julgado, que não geram reincidência ou em que tenham desaparecidos seus efeitos. Conduta social não se confunde com antecedentes, pois compreende a vida do agente em família, no trabalho e na coletividade onde vive. Ocorre a reincidência quando o agente pratica novo crime depois de transitar em julgado a condenação que o condenou por crime anterior” (Apelação-crime nº 296036015, 4ª Câmara Criminal do TARGS, Rel. Danúbio Edon Franco, j. 04.12.96).

⁶² BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Tomo III – Pena e medida de segurança. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 291.

⁶³ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 211.

⁶⁴ BATTAGLINI, Giulio. Direito Penal – Parte Geral; trad. de Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973, p.659.

materiais do Poder Judiciário e da polícia, o processo nunca vem instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade.⁶⁵

Ferri leciona:

Na instrução penal deve prevalecer a mesma orientação individualizadora, porque, nesta fase processual, já vive a figura do acusado e trata-se – mesmo com a lei vigente – de recolher as provas não só da sua participação na execução do crime, mas também da sua responsabilidade penal (idade menor, loucura, legítima defesa, etc.) E é evidente que, para realizar esta integração antropológica da instrução é necessária a especialização dos juízes penais, diversos dos juízes civis, e sobretudo a especialização – por escolha e por carreira – dos juízes instrutores, diversos dos juízes julgadores.⁶⁶

3.3.5 Motivos

Como o próprio nome define, constituem o que justifica a ação criminosa, não há crime sem motivo.

Fragoso elenca que:

Os motivos são de particular relevo na maior ou menor gravidade da ação. Motivo é o que move, ou seja, é o antecedente psicológico do ato volitivo. Este pode ser um fenômeno complexo, desencadeado por um motivo preponderante, que se sobrepõe aos demais. A maior ou menor reprovabilidade do motivo influi na gravidade da culpa e, pois, do crime. Tem valor inteiramente diverso a morte do próprio pai, quando o agente pratica a ação para receber a herança e quando atua porque o pai espanca e tortura a mãe.⁶⁷

Pedro Vergara afirma que os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja ideomotricidade tem o poder de fazer convergir, para uma só ação direção dinâmica, todas as nossas forças psíquicas.⁶⁸

3.3.6 Circunstâncias e conseqüências do crime

As circunstâncias decorrem do próprio fato criminoso, como forma e natureza da ação criminosa, meios utilizados, forma de execução, tempo, lugar.

Fragoso as compreende como:

Circunstâncias os elementos acidentais do delito, aqueles que não são elementos constitutivos do tipo, afetando apenas a gravidade do crime (quantias delicti). Não são circunstâncias as causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade ou as causas pessoais de exclusão de pena. As circunstâncias são judiciais ou legais. Estas últimas estão taxativamente previstas na lei (artigos 61,61,63 e 65, CP) e tornam obrigatório o aumento ou a diminuição da pena. As circunstâncias judiciais são aquelas a que se refere o art. 59, CP. Elas não estão especificadas na lei e seu reconhecimento, pela influência que apresentam, aumentando ou diminuindo a

⁶⁵ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 88

⁶⁶ FERRI, Henrique. Princípios de Direito Criminal – O criminoso e o crime. Traduzido do italiano por Luiz Lemos D'Oliveira. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1931, p. 343.

⁶⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal- parte geral, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 323

⁶⁸ VERGARA, Pedro. Dos motivos determinantes no direito penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 563-564

gravidade do malefício e sua reprovabilidade, é entregue à apreciação discricionária do juiz.⁶⁹

Por sua vez, Aníbal Bruno explicita que:

As circunstâncias do crime que lhe agravam o caráter de sintoma da perigosidade contribuem também para essa definição; circunstâncias como a natureza do próprio crime, denunciador, por si só, do caráter perigoso do agente, a preparação longa e pertinaz para executá-lo, a utilização de meios particularmente reprováveis, a frieza e insensibilidade com que é praticado, a indiferença ou a satisfação que o autor demonstra diante do seu resultado, o cinismo com que lhe descreve os pormenores, e outros, igualmente reveladores de profunda anti-socialidade.⁷⁰

3.3.7 Comportamento da vítima

O comportamento da vítima poderá influenciar ou fazer surgir no agente o comportamento delituoso, agindo como fator criminógeno consoante estudos de vitimologia, em virtude de constituir provocação ou estímulo à conduta criminosa. Ex: nos crimes contra os costumes a carência de recato da vítima.

Gilberto Ferreira observa que cabe, pois, ao juiz avaliar em que hipótese se enquadra o comportamento da vítima e, a partir daí, dosar a culpabilidade, levando em consideração que quanto maior for a participação da vítima na eclosão dos acontecimentos menor será o grau de reprovabilidade da conduta do réu.⁷¹

3.4 Parâmetros da individualização da pena

3.4.1 A implementação da política da pena mínima pelo Poder Judiciário

Verifica-se de forma assente e generalizada do Poder Judiciário, seja em primeiro ou segundo grau de jurisdição, a fixação da pena mínima aos acusados o que constitui grave violação ao princípio constitucional da individualização da pena.

César Roberto Bitencourt adverte que é, no mínimo, questionável entender-se que a favor do indivíduo tudo é permitido, esquecendo-se de que, no outro polo da relação processual, encontra-se a sociedade representada pelo Ministério Público, que também tem o direito de receber um tratamento isonômico. Salienta que a fixação da pena no limite mínimo permitido, sem a devida fundamentação, viola o jus accusationis e fraudula o princípio constitucional a individualização da pena que, em outros termos, significa dar a cada réu a sanção que merece, isto é, uma pena necessária e suficiente à prevenção e repressão do crime.⁷²

⁶⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal- parte geral, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 323

⁷⁰ BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Tomo III – Pena e medida de segurança. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 294

⁷¹ FERREIRA, GILBERTO. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 99

⁷² BITENCOURT, César Roberto. O Arbítrio Judicial na Dosimetria Penal. Revista dos Tribunais 723 – Janeiro de 1996, p. 497 e segs.

Roberto Lyra Filho e Cernicchiaro asseveram:

No Direito Penal moderno a cominação das penas não é imposta de maneira rígida. É a sanção relativamente indeterminada, a fim de ser atingido o escopo recomendado pela criminologia: a individualização da pena, ante as atuais características predominantes da “sanctio iuris”: a prevenção geral e especial. Nos limites legais, o juiz estabelece o “quantum” recomendado pelo caso concreto, seguindo, fundamentalmente, os ditames do art. 41, do Código Penal. Esse particular não gera arbítrio. O magistrado, sob pena de nulidade da sentença, deverá fundamentar a decisão, art. 387, do Código de Processo Penal.⁷³

Por sua vez, Fragoso estabelece:

Os elementos mencionados na enumeração contida no art. 59, CP, constituem critérios norteadores da ação judicial, para afastar o arbítrio do julgador. A verdade, no entanto, é que não trabalhamos aqui com uma ciência exata. Não existe uma magnitude perfeita, que se ajuste e corresponda à reprovabilidade e às exigências da prevenção. Por isso mesmo, é inafastável uma certa margem de liberdade, na ponderação do quantum de pena a ser imposto, com critérios valorativos, nos limites estabelecidos na sanção correspondente ao tipo legal do crime.⁷⁴

Guilherme Souza Nucci obtempera:

Não há explicação plausível para esse comportamento generalizado do Poder Judiciário, elegendo a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59 do Código Penal, mencionando oito elementos distintos, almeja a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os réus submetidos a julgamento.

A padronização da pena é injusta e contrário ao princípio constitucional da individualização, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante.⁷⁵

José Paganella Boschi conclui que a pena é individualizável, tendo por margens o mínimo legal e o termo médio, em obediência ao grau de culpabilidade pelo fato, antes aferido, estabelecendo:

- a) a plena favorabilidade de circunstâncias indica limite mínimo de pena e sinaliza grau mínimo de reprovação;
- b) a relativa favorabilidade indica pena-base um pouco acima do mínimo legal e sinaliza grau médio de reprovação;
- c) a absoluta desfavorabilidade das circunstâncias judiciais indica pena-base na direção do termo médio e sinaliza grau máximo de reprovação.

Cumpra esclarecer que, em caso de co-autoria ou participação, a valoração das circunstâncias judiciais deverá ocorrer em relação a cada acusado, separadamente, pois esse procedimento é o único que resguarda o sentido do princípio da individualização da pena.⁷⁶

A seu turno expõe Francesco Carnelutti:

[...] Significa que o princípio da individualização da pena não poderá verdadeiramente atuar quanto não seja superado o obstáculo da coisa julgada penal.

⁷³ LYRA, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Compêndio de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 307

⁷⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal- parte geral*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 324

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: RT, 2011, p. 433.

⁷⁶ BOSCHI, José Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 223.

A pena determinada irrevogavelmente sem a experiência de sua eficácia é uma pena abstrata, não uma pena concreta. A pena concreta é a medicina, da qual o reu tem necessidade e sua valoração preventiva deve poder ser confirmada e por isso, retificada pela experiência da pena.⁷⁷

3.4.2 A motivação da aplicação da pena

O Código Penal, na fase da aplicação da pena, possibilita ao juiz uma atuação discricionária na consideração das circunstâncias legais e judiciais. No entanto, este poder não pode ser confundido com uma atuação arbitrária, razão pela qual tem o dever de motivar como e porque dosou a pena da forma como estatuiu na sentença, num exercício de convicção racionada. Ele deverá expor tal motivação claramente à acusação de defesa para que seja possibilitada a via recursal no caso de insurgimento do inserto no julgado. Trata-se de uma das garantias do cidadão, pertinente ao Estado Democrático de Direito, sob pena de nulidade da decisão judicial.

Sergio Salomão Shecaria e Alceu Corrêa Jr contemporizam:

A Reforma de 84 conferiu maior amplitude aos poderes discricionários do juiz penal, para poder melhor habilitá-lo a proceder a uma individualização de pena mais justa. O processo que o juiz realiza para determinação da pena atenta para o desvalor da conduta, aplicando a pena que seja suficiente e necessária em face da culpabilidade do autor do delito. Pode o juiz substituir a privativa de liberdade por restritiva de direitos, multa, ou ainda conceder a suspensão condicional da pena. A exata motivação do quantum da pena aplicada é um elemento de garantia do condenado. Este sabe que sua pena não exorbitará os parâmetros que escapam ao bom senso, quer por seu crime ter causado comoção popular, quer por uma inclinação do juiz em ser mais rigoroso em determinados crimes. Diz Hélio Tornaghi no seu curso de Processo Penal, que: “O juiz tem que dizer não somente por que razão condena, mas também por que aplica determinada pena, especialmente no que respeita à quantidade”.⁷⁸

Giulio Battaglini assevera:

O legislador repele o instituto da chamada pena indeterminada, considerando-a exatamente uma *contradictio in adiecto*. A pena, por sua natureza, não pode ser senão determinada; se for indeterminada, já não será pena, mas medida de segurança. Constitui, porém, uma exigência de justiça que a pena seja elástica, isto é, que seja cominada entre um limite mínimo e um limite máximo, de modo que o juiz possa aplica-la conforme as variações próprias de cada episódio criminoso. (Aliás, é altamente recomendável como critério de prática legislativa, a maior elasticidade possível, isto é, que não sejam demasiado restritos os limites da pena postos à disposição do juiz. Essa elasticidade, que permite seja a justiça substancial a maior possível, infelizmente não se encontra no vigente Código Penal Italiano). Às vezes é conferida ao juiz a faculdade de escolher entre duas penas diversas. Tais poderes do juiz não são ilimitados e livres de qualquer garantia, pois a discricionariedade não é absoluta. Para evitar abusos, particularmente no caso denominado desvio de poder-isto é, o uso do poder em casos e para fins diversos dos legalmente previstos, o que é bem diverso do excesso de poder – o juiz é obrigado a

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía Editores, 1950, p. 166-167.

⁷⁸ SCHECAIRA, Sérgio Salomão, CORREA Alceu Jr. Pena e Constituição – Aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: RT, 1995, p. 174-175.

indicar os motivos. O ordenamento jurídico italiano configura uma discricionariedade vinculada, regulada por normas precisas.⁷⁹

Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho lecionam:

Segundo o art. 381, III, do Código de Processo Penal, a sentença conterá a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão. Já o art. 93, IX, da Constituição Federal estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

[...]

Até o final do século XVII, era comum o juiz sentenciar sem fundamentar sua decisão. A obrigatoriedade da motivação dos atos judiciais tornou-se obrigatória apenas em 1774, com Fernando IV, na Pragmática, sendo orientação ao art. 3º da Ordennance Criminelle de Luis XVI em 1788, das leis revolucionárias de 1790 e da Constituição francesa de 1795. Se durante o século XIX o princípio foi inserido como postulado básico nos processos de codificação no século XX adquiriu status constitucional.⁸⁰

Ensina Ney Fayet:

É pela motivação que se aprecia se o juiz julgou com conhecimento de causa, se sua convicção é legítima e não arbitrária, tendo em vista que interessa à sociedade e, em particular, às partes saber se a decisão foi ou não acertada. E, somente com a exigência da motivação, da fundamentação, se permitiria à sociedade e às partes a fiscalização da atividade intelectual do magistrado no caso decidido.⁸¹

CONCLUSÕES

Verificamos que a análise do esboço histórico da evolução legislativa é de suma importância para que possamos refletir sobre as bases ideológicas e filosóficas para a elaboração de um novo Código Penal. Para que possamos evoluir é preciso olhar o passado com a cabeça erguida e refletida para o futuro. Infelizmente, tal assertiva não foi considerada na elaboração do Projeto de Reforma do Código Penal. nº 236, de 2012.

Nesse sentido, as circunstâncias judiciais são importantes instrumentos para que o juiz concretize a individualização da pena, garanti do cidadão frente ao Estado Democrático de Direito. Desta forma, não se encontra justificativa plausível para a exclusão dos antecedentes e conduta social do rol das circunstâncias judiciais e sua consequente inserção no rol das agravantes e atenuantes, respectivamente.

Em que pesem as divergências entre as teorias retributivas e preventivas a pena, é correto afirmar que a pena justifica-se pela sua necessidade e manutenção do bem estar social da sociedade juridicamente organizada.

Dotada de assento constitucional como direito fundamental, a individualização da pena é fundamentada pela proporcionalidade da sanção, voltada a busca da sua racionalidade

⁷⁹ BATTAGLINI, Giulio. Direito Penal – Parte Geral; trad. de Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973, p.656-657.

⁸⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 32-33.

⁸¹ FAYET, Ney. A Sentença Criminal e suas Nulidades. Porto Alegre: EMMA, 1980, p. 49-50

e humanização, sendo vislumbrado tal objetivo tanto na individualização legislativa, judicial como executória.

As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, como critério de individualização da pena, constitui diploma que traz segurança jurídica ao sistema como um todo, seja para a acusação como defesa. Nesse sentido, objetivando afastar a indesejada arbitrariedade indubitável a necessidade de ampla motivação da pena imposta na sentença, como exercício de convicção racionada. Não se pode admitir, num Estado Democrático de Direito, imposição de forma generalizada da implementação da política da pena mínima pelo Poder Judiciário, o que consiste grave afronta ao princípio constitucional da individualização da pena, indispensável tanto para a reprovação como prevenção do crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1) LIVROS

BATTAGLINI, Giulio. **Direito Penal – Parte Geral**; trad. de Paulo José da Costa Jr. e Armida Bergamini Miotto. São Paulo: Saraiva, 1973.

BENTHAM, Jeremias. **Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos**. Organizada por José Pérez. São Paulo: Edições Cultura, 1943.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal. Versão portuguesa do original italiano: Diritto Penale (parte generale)** Campinas: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 4 ed. São Paulo: RT, 1997

_____, **Tratado de Direito Penal**. 16.ed.- São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, Tomo III – Pena e medida de segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1959

_____. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v.III, 1969.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch y Cía Editores, 1950.

CARVALHO, Amilton Bueno de, CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2.ed. – São Paulo: RT, 1998

- _____, ANDREUCCI, Ricardo A. e PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Penas e medidas de segurança do novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FAYET, Ney. **A Sentença Criminal e suas Nulidades**. Porto Alegre: EMMA, 1980
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FERRI, Henrique. **Princípios de Direito Criminal – O criminoso e o crime**. Traduzido do italiano por Luiz Lemos D’Oliveira. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1931.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. 4. ed. rev. e atualizada por Fernando Fragoso - Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. v. 1, tomo II. 7. ed.rev.e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.
- GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena. A Época do Descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, s.d, p. 125.
- HUNGRIA, Nelson. **Questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Jacintho, 1940.
- LYRA, Roberto; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Compêndio de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: José Bushatsky, 1973.
- LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão – Tomo I**; traduzido por José Higinio Duarte Pereira- Campinas: Russell Editores, 2003.
- MARQUES, Osvaldo Henrique Duek. **A Pena Capital e o Direito à Vida**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MARTINS, José Salgado. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1957.
- MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal: parte general**. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal- parte geral**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1995..
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial**. São Paulo: RT, 2011.
- _____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PEÑA, Federico Puig. **Derecho Penal – Parte General, Tomo II**. 4.ed. – Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- PONTE, Antonio Carlos. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica**. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1980.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Novos Rumos do Sistema Criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983

ROXIN, Claus. **Política criminal y estructura del delito: elementos del delito em base a la política criminal**. Trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1992.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão, CORREA Alceu Jr. **Pena e Constituição – Aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: RT, 1995.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Jose Konfino, 1950.

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino – Tomo II**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1951.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 1991.

VERGARA, Pedro. **Dos motivos determinantes no direito penal**. 2.ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1980

WELZEL, Hans. **O novo modelo jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas Luiz Régis Prado. São Paulo: RT, 2001

2) ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOTTI, René Ariel. **Algumas bases ideológicas do projeto 236/2012**. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 20, n. 240, p.2-4, nov. 2012.

BITENCOURT, César Roberto. **O Arbítrio Judicial na Dosimetria Penal**. *Revista dos Tribunais* 723, p. 497 e seguintes, jan. 1996.

3) INTERNET

3.1.) ARTIGO CIENTÍFICO

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Subsídios para a História do Novo Código Penal**. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. nº 3. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo67.pdf. Acesso em: 12 nov 2013.

3.2.) DIPLOMAS LEGISLATIVOS

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Código Penal Republicano de 1890 (Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890). Portal Eletrônico do Senado Federal. Disponível em:

http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s. Acesso em? 13 de novembro de 2013.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Código Penal de 1969 (Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de Outubro de 1969). Portal Eletrônico da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 13 nov 2013.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Código Penal de 1940 – com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 julho de 1984 (Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Portal Eletrônico do Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm> Acesso em 13 nov 2013.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Portal Eletrônico do Senado. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 13 nov 2013.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Redação original do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Portal Eletrônico do Senado. Disponível em <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>>. Acesso em: 14 nov de 2013.