

# UMA NOVA VISÃO SOBRE A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

CLEUDEMIR MALHEIROS BRITO FILHO

Mestrando em direito penal pela PUC/SP

**RESUMO:** É o princípio que garante que as penas dos infratores não sejam igualadas, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida. No art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, encontra-se positivado o princípio da individualização da pena. Em linhas gerais, essa norma determina que as sanções impostas aos infratores devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator. Assim, as penas devem ser justas e proporcionais, vedado qualquer tipo de padronização. O princípio da individualização da pena vincula os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípio da individualização da pena. Garantia constitucional. Infrator. Poderes. Jurisprudência.

**ABSTRACT:** It is the principle that ensures the penalties of offenders are not equalized even if they have committed similar crimes. This is because, regardless of the practice of same conduct, each individual has a personal history, each of whom must receive just punishment to it according to. No art. 5º, item XLVI, of Federal Constitution, it is amending the principle of individualization of punishment. In general terms, this standard provides that the penalties imposed on offenders should be customized and individualized according to the nature and circumstances of the offenses and the light of the personal characteristics of the offender. Thus, the penalties should be fair and proportionate, forbidden any kind of standardization. The principle of individualization of punishment binds the legislature, judiciary and executive branches.

**KEYWORDS:** Principle of individualization of punishment. Constitutional guarantee. Violator. Powers. Jurisprudence.

**SUMÁRIO:** Apresentação - Introdução - 1. Aspectos iniciais - 2. Da pena de Talião - 3. Da popularidade do código penal - 4. Das penas, que se não devem impor - 5. Escolha da pena -

certa liberdade, que se deve deixar aos juízes - 6. Princípio da individualização da pena - 7.  
Supremo Tribunal Federal - Considerações finais - Bibliografia.

## APRESENTAÇÃO

Nenhum operador do direito penal desconhece a regra constitucional e legal da individualização da pena, que tem como princípios básicos a legalidade e a proporcionalidade, donde advém as regras insculpidas no Código Penal quanto aos limites inferiores e superiores da pena de cada crime em abstrato, as agravantes e atenuantes, as causas de aumento e diminuição da pena da Parte Geral e Especial do Código Penal e as regras específicas do concurso de crimes, tudo constituindo um conjunto lógico de regras postas ao juiz quando na elaboração de uma sentença penal condenatória, mais especialmente na parte desta sentença que diz respeito à individualização da pena.

Ao individualizar a pena no caso concreto, de acordo com o sistema trifásico adotado no nosso Código Penal, o juiz fixa primeiramente a pena base, com fundamento das denominadas circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), vigorando aqui um misto de discricionariedade e vinculação, pois apesar da pena base ser fixada à luz das circunstâncias judiciais, de forma discricionária, embora se exigindo fundamentação objetiva e vinculativa, nesta primeira fase é defeso ao juiz optar por valor inferior ao mínimo ou superior ao máximo cominado abstratamente ao delito.

Depois de fixar a pena base o juiz analisa as denominadas agravantes e atenuantes genéricas (arts. 61, 62 e 65 do CP), também agindo com certa dose de discricionariedade, pois para estas circunstâncias especiais a Lei Penal não estipula um valor matemático vinculativo, podendo o juiz elevar ou reduzir a pena de acordo com a análise do caso concreto, vigorando aqui o entendimento jurisprudencial de que também nesta fase é defeso ao juiz optar pelo valor inferior ao mínimo ou superior ao máximo cominado abstratamente ao delito, embora com algum dissenso a respeito do tema.

Pois bem. Ultrapassada esta segunda fase, o juiz terá em mãos uma pena intermediária, exatamente a resultante da pena base e atenuantes ou agravantes genéricas, passando a averiguar as causas de aumento e diminuição de pena descritas na Parte Geral e Especial do Código Penal, nos moldes da regra inserta do art. 68 do CP.

## INTRODUÇÃO

Na Idade Média, o arbítrio judicial, imposto por exigências políticas da tirania, era produto de um regime penal que não estabelecia limites para a determinação da sanção penal. Se outra fosse a natureza humana, talvez esse fosse o sistema mais conforme à ideia retribucionista, isto é, à justa e rigorosa adequação da pena ao crime e ao delinquente. Contudo, a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão exigem, com precisão e clareza, a definição de crimes e a determinação das respectivas sanções. A primeira reação do Direito Penal moderno ao arbítrio judicial dos tempos medievais foi a adoção da pena fixa, representando o mal justo na exata medida do mal injusto praticado pelo delinquente. Na verdade, um dos maiores males do direito penal anterior ao Iluminismo foi o excessivo poder dos juízes, exercido arbitrariamente, em detrimento da justiça e a serviço da tirania medieval.

A iniquidade que resultava do exercício arbitrário do poder de julgar constitui um dos maiores fundamentos do movimento liderado por Cesare de Beccaria visando à reforma do direito punitivo. E a reação mais eficaz contra aqueles extremos seria naturalmente a limitação do arbítrio judicial, com a definição precisa do crime e um sistema rígido de penas fixas. Na concepção de Beccaria, seguindo a de Montesquieu, ao juiz não deveria sequer ser admitido interpretar a Lei, mas apenas aplicá-la em seus estritos termos. Assim, a um sistema largamente aberto na dosagem da pena sucedeu um sistema de pena rigorosamente determinada, consubstanciado no Código Penal francês de 1791. Por esse novo sistema, a função do juiz limita-se à aplicação mecânica do texto legal. Mas logo se percebeu que, se a indeterminação absoluta não era conveniente, também a absoluta determinação não era menos inconveniente. Se a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, com sérios prejuízos aos direitos fundamentais do indivíduo, igualmente a pena absolutamente determinada impediria o seu ajustamento, pelo juiz, ao fato e ao agente, diante da realidade concreta.

Essa constatação determinou a evolução para uma indeterminação relativa: nem determinação absoluta, nem absoluta indeterminação. Finalmente, abriu-se um grande crédito à livre dosagem da pena, pelo juiz, estabelecendo o Código Penal francês de 1810 limites mínimo e máximo, entre os quais pode variar a mensuração da pena. Essa concepção foi o ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentre os quais o juiz deve –

pelo princípio do livre convencimento – estabelecer fundamentalmente a pena aplicável ao caso concreto.

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

## **1. ASPECTOS INICIAS**

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

A história da prisão não é de sua progressiva abolição, mas a de sua permanente reforma. A prisão é concebida, modernamente, como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis. O Projeto Alternativo alemão orientou-se nesse sentido ao afirmar que a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens.

Atualmente domina a convicção de que o encarceramento, a não ser para os denominados presos residuais, é uma injustiça flagrante, sobretudo porque, entre eles, não se incluem os agentes da criminalidade não convencional.

A pena privativa de liberdade, que atingiu seu apogeu na segunda metade do século XIX, enfrenta sua decadência, mas, as reprovações em seu início, fazem-se somente contra as penas de curta duração e tiveram seu marco fundamental com o Programa de Marburgo de Von Liszt, em 1882. Sua incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, sua carência de eficácia intimidativa diante do delinquente entorpecido, o fato de retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-o a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pela prisão deixam no recluso, são alguns dos argumentos que apoiam os ataques que se iniciam no seio da União Internacional de Direito Penal (Congresso de Bruxelas de 1889).

É indispensável que se encontrem novas penas compatíveis com os novos tempos, mas tão aptas a exercer suas funções quanto as antigas.

Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável. Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado. Pouco mais de dois séculos foi suficiente para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas.

Recomenda-se que as penas privativas de liberdade limitem-se às condenações de longa duração e àqueles condenados efetivamente perigosos e de difícil recuperação. Não mais se justificam as expectativas da sanção criminal. Caminha-se, portanto, em busca de alternativas para a privativa de liberdade. Passa-se a adotar o conceito de pena necessária de Von Liszt. Giuseppe Bettiol, há mais de quarenta anos, já advertia que se é verdade que o Direito Penal começa onde o terror acaba, é igualmente verdade que o reino do terror não é apenas aquele em que falta uma Lei e impera o arbítrio, mas é também aquele onde a Lei ultrapassa os limites da proporção, na intenção de deter as mãos do delinquente.

Como se percebe, há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, e se tem dito reiteradamente que o problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado. Por isso, o centro da gravidade das reformas situa-se nas sanções, na reação penal; luta-se contra as penas de curta duração. Sabe-se, hoje, que a prisão reforça os valores negativos do condenado. O réu tem um código de valores distinto daquele da sociedade. Daí a advertência de Claus Roxin de não ser exagero dizer que a pena privativa de liberdade de curta duração, em vez de prevenir delitos, promove-os.

Assim, o que se busca é limitar a prisão às situações de reconhecida necessidade, como meio de impedir a sua ação criminógena, cada vez mais forte. Os chamados substitutivos penais constituem alternativas mais ou menos eficazes na tentativa de

desprisonalizar, além de outras medidas igualmente humanizadoras dessa forma arcaica de controle social, que é o direito penal.

É quase unânime, no mundo da ciência penal, a afirmação de que a pena justifica por sua necessidade. Muñoz Conde acredita que sem a pena não seria possível a convivência na sociedade de nossos dias. A pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado, e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens. Invocando a conhecida afirmação do projeto alemão, lembramos que a justificativa da pena não é uma questão religiosa nem filosófica, e sim uma amarga necessidade de seres imperfeitos.

Se a pena já não é esse mal de que falam os defensores das teorias retribucionistas, mas, ao contrário, uma grave e imprescindível necessidade social, os postulados que fundamentam este conceito submergem em uma profunda crise, que tem antecedentes no período do Iluminismo. Poderíamos afirmar, com Zulgadía Espinar, que esta crise da pena retributiva é apenas a crise da mesma ideia de retribuição, em nome da qual tantos males têm sido causados ao ser humano. Ainda que se reconheçam fins preventivos – gerais ou especiais – , para a doutrina tradicional a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que expie sua culpa. Isso não é outra coisa que a concepção retributiva da pena. Todavia, no decurso histórico do direito penal, da pena, e do Estado, observam-se notórias rupturas, entre as quais se encontra a transição das concepções retributivas da pena às orientações preventivas (gerais ou especiais), além de algumas outras concepções mais modernas, como a da prevenção geral positiva, fundamentadora e limitadora.

Com a evolução das justificativas e funções da pena, impõe-se a necessidade de analisar as diversas explicações teóricas que a doutrina tem dado à sanção penal.

Questiona-se a validade da pena de prisão no campo da teoria, dos princípios, dos fins ideais ou abstratos da privação de liberdade, e se tem deixado de lado, em um plano muito inferior, o aspecto principal da pena privativa de liberdade, que é a sua execução. Igualmente se tem debatido no campo da interpretação das diretrizes legais, do dever ser, da teoria, e, no entanto, não se tem dado a atenção devida ao tema que efetivamente a merece: o momento final e dramático, que é o do cumprimento da pena institucional. Na verdade, a questão da privação de liberdade deve ser abordada em função da pena tal e como hoje se cumpre e se executa, com os estabelecimentos penitenciários que temos, com a infraestrutura e dotação orçamentária de que dispomos, nas circunstâncias e na sociedade atual. Definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever ser e da interpretação das normas.

A fundamentação conceitual sobre a qual se baseiam os argumentos que indicam a ineficácia da pena privativa de liberdade pode ser, sinteticamente, resumida em duas premissas: a) considera-se que o ambiente carcerário é um meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador com o recluso. Para Antonio García-Pablos y Molina, a pena não ressocializa, mas estigmatiza, não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos expiacionistas; que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não.

Seguindo raciocínio como esse, chega-se a posturas radicais como a de Stanley Cohen, que considera ser tão grande a ineficácia da prisão que não vale a pena sua reforma, pois manterá sempre seus paradoxos e suas contradições fundamentais. Por isso, Stanley chega ao extremo de sugerir que a única solução para o problema da prisão é a sua extinção pura e simples; b) sob outro ponto de vista, menos radical, porém igualmente importante, insiste-se que na maior parte das prisões, de todo o mundo, as condições materiais e humanas tornam inalcançável o objetivo reabilitador. Não se trata de uma objeção que se origina na natureza ou na essência da prisão, mas que se fundamenta no exame das condições reais em que se desenvolve a execução da pena privativa de liberdade.

A manifesta deficiência das condições penitenciárias existentes na maior parte dos países de todo o mundo, sua persistente tendência a ser uma realidade cotidiana, faz pensar que a prisão encontra-se efetivamente em crise. Sob esta perspectiva, menos radical que a mencionada no item “a”, fala-se da crise da prisão não como algo derivado estritamente de sua essência, mas como o resultado de uma deficiente atenção que a sociedade e, principalmente, os governantes têm dispensado ao problema penitenciário, que nos leva a exigir uma série de reformas, mais ou menos radicais, que permitam converter a pena privativa de liberdade em um meio efetivamente reabilitador.

As inquietações que não se limitam às penas curtas de prisão foram o início da busca de modernas alternativas às sanções penais. Os especialistas dedicam um longo esforço na tentativa de encontrar alternativas que permitam, pelo menos, minimizar o encarceramento de delinquentes, exceto daqueles para os quais resulte indispensável. Instaura-se, como diz Reale Junior, um realismo humanista, que vê a pena como reprimenda; que busca humanizar o direito penal recorrendo a novas medidas que não o encarceramento; que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado, mas sem a presunção de transformar cientificamente sua

personalidade. Com a preocupação de diminuir a privação da liberdade ou, ao menos, transformá-la em simples restrição, surge, além da multa, a suspensão condicional, o livramento condicional, o arresto de fim de semana, o trabalho em proveito da comunidade, as interdições para o exercício de determinadas atividades, a proibição do exercício de certos direitos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

No entanto, sem o direito penal, isto é, sem a sanção do comportamento social desviado, a convivência humana em uma sociedade tão complexa e altamente tecnificada como a sociedade moderna seria impossível. A pena (ou, quando for o caso, a medida de segurança) é uma condição indispensável para o funcionamento dos sistemas sociais de convivência. Enquanto não surge algo melhor e mais inteligente que o direito penal, imaginado por Radbruch, as penas alternativas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de muitas legislações alienígenas, constituem uma das mais importantes inovações da Reforma Penal de 1984 – reforçadas pela Lei n.º 9.714/98 -, que procurou minimizar a crise da pena de prisão, a qual, sabidamente, não atende a um dos objetivos fundamentais da sanção penal, que é reeducar o apenado para reintegrá-lo à sociedade.

## **2. DA PENA DE TALIÃO**

Se a Lei de Talião fosse admissível, os legisladores tinham poupado muito trabalho; uma palavra podia valer um livro inteiro. Em que consiste esta pena? Em fazer passar o réu pelo mesmo mal, que tem feito a parte lesada; para uma injúria corporal um castigo corporal; ofendeu a propriedade, deve pagar em dinheiro contado; afrontou a reputação seja cortado pelos mesmos fios e pague na mesma moeda. Tal é a ideia geral, mas não basta. Para fazer a pena exatamente conforme com o princípio de Talião, devemos levar a identidade o mais longe que for possível. Por exemplo, se o delito consiste em queimar uma casa, deveria ser queimada igualmente a casa do réu. Desonrou alguma pessoa, fez-lhe perder a dignidade da sua representação? Deveria sofrer o mesmo. Mutilou o seu inimigo? Deveria ser mutilado. Tirou-lhe a vida? Deveria sofrer a pena de morte. Em uma palavra, quanto mais a semelhança é específica entre a pena e o delito, tanto é mais conforme a Lei de Talião: Olho por olho, dente por dente, é o provérbio. A identidade requer que não só se castigue a mesma parte, que fez o delito, mas até do mesmo modo: se matou a ferro, fogo, ou veneno, deve padecer da mesma sorte, o instrumento deve ser o mesmo.

O grande mérito desta Lei está na sua simplicidade: em uma só regra apanhou e recolheu em si todo o Código Penal - o réu sofrera o mal que tem feito sofrer. Semelhante plano, apesar de ser imenso, entra na cabeça mais pequena, fica entalhado na memória, ajuda que seja muito fraca e a sua analogia é tão perfeita que a ideia do crime desperta imediatamente a ideia da pena. Quanto o delito parece mais apetitoso, tanto o medo, que resulta da pena, deve ser maior, é uma sentinela, que está de guarda para não deixar cair o miserável. Queria prosseguir por diante, mas para que, se na maior parte dos crimes não pode ter lugar esta pena, nem é praticável? Primeiramente, não se pode aplicar nos crimes públicos, que ofendem a sociedade em geral um traidor, por exemplo, que se corresponde com uma nação inimiga, o que entregou uma praça, como se lhe pode fazer o mesmo mal? Também não tem lugar nos crimes quase públicos, que prejudicam um distrito, uma certa classe de pessoas. Quanto mais, que uma grande parte desses crimes não passam de ameaças, de meter medo, depor a gente em perigo, sem que se possa assinar o indivíduo em particular que foi lesado. Nos crimes que o homem comete contra si mesmo e que ofendem a moral, a pena de Talião seria um absurdo: fazer-lhe o mesmo mal, não seria castigado.

Quando um homem estraga a reputação alheia, quando inventa uma calúnia, a Lei não lhe pode fazer o mesmo, pode sujeitá-lo a uma pena afrontosa, mas esta mesma pena fica muitas vezes sem efeito, porque pende da reputação do réu e que se pode tirar a quem nenhuma coisa tem de seu?

Nos crimes que ofendem o direito de propriedade, a pena de Talião seria muito fraca, muito pouco exemplar, e além disto, como podem compensar as penas pecuniárias um delito, que pela maior parte tem por motivo a indignação? A mesma falta de aplicação, a mesma impossibilidade se descobre nos delitos contra a condição natural, ou civil, para se poderem sujeitar a pena de Talião.

Que resta, pois na prática a respeito desta pena? Quase nada. Os únicos delitos, em que se pode empregar e não há de ser sempre, são os que tocam na pessoa, e ainda nesse caso é necessário supor uma paridade de circunstância, que raras vezes acontece. Nos casos mesmo em que pode entrar, tem contra si o ser muito rigoroso, o seu vício radical é ser inflexível. A Lei deve medir a pena pelas circunstâncias agravantes, ou que podem diminuir o crime, o Talião destrói toda a medida. Só os povos vingativos devem gostar desta pena: Maomé já a tinha achado estabelecida entre os árabes, e por isso a consagrou no alcorão com um tom de elogio, que bem mostra a medida dos seus conhecimentos em matéria de legislação. Cito as suas palavras (T.1. cap. 2. da vaca): “Ó vós, que tendes um coração, achareis no Talião e no

terror, que inspira a segurança de vossos dias!” Seja fraqueza, seja ignorância, Maomé lisonjeava o vício dominante, que deveria combater.

### 3. DA POPULARIDADE DO CÓDIGO PENAL

Provar que uma instituição é conforme ao princípio de utilidade, é provar quanto a coisa é suscetível de prova, que deve ser do agrado do povo. É verdade que ele nem sempre gosta do que deve gostar, porque nem sempre se governa pela utilidade, e o último grau de civilização a que nenhum povo ainda pode chegar. Entre as nações que estão mais adiantadas, ainda nas classes superiores, quantas antipatias se acham e quantos prejuízos sem fundamento! Antipatias contra certos delitos sem uma razão suficiente – prejuízos contra certas penas sem reparar que são convenientes.

As objeções contra esta ou ajuda pena podem ser tão diversas quanto é diferente a imaginação dos homens, mas se fizermos reflexão, veremos que se podem reduzir a uma destas quatro coisas principais *liberdade, decência, religião e humanidade*. Estas objeções são de capricho, porque tiram toda a sua força aparente do respeito que infundem estas palavras sagradas. O capricho consiste em tomar estes nomes em vão.

I – Liberdade: pouco temos que dizer sobre esta palavra. Todas as penas são contrárias à liberdade, porque de boa mente ninguém sofre o castigo, mas aparecem entusiastas que, sem atenderem a esta razão, condenam certas penas, por exemplo, a prisão junta com trabalho obrigado, como um atentado contra os direitos naturais do homem. Num país livre, dizem eles, não se deve consentir que nem ajuda mesmo os malfeitores sejam reduzidos a um estado de escravidão, é um exemplo odioso e arriscado, se os povos avassalados pelo despotismo podem ver sem comoção os miseráveis aguilhoados, que trabalham nas galés.

Esta objeção foi repisada em muitos folhetos, quando se propuseram na Inglaterra certas casas, em que os homens e criminosos são obrigados a trabalhar para o público, que vale o mesmo que dizer: que devemos deixar em liberdade os que abusam dela, ou que a liberdade dos malfeitores é uma parte essencial da liberdade dos homens de bem.

II – Decência: as objeções, que se tiram da decência, recaiu sobre as penas em que se expiem aos olhos do público objetos que assustam o pudor, que se encobrem, e que não entram voluntariamente na conversação dos homens todos convém em que as penas devem ser honestas, mas o pudor, assim como as outras virtudes, não tem valor senão pela sua

utilidade. Logo, se houvesse um caso em que a pena mais apropriada ao delito encerrasse na sua execução uma circunstância pouco decente, julgo que não seria contra a razão admitir a pena em benefício da utilidade maior. A castração, por exemplo, parece a pena mais conveniente no caso de violência, quero dizer, a mais própria para fazer uma forte impressão sobre o espírito, quando se deixa arrebatado da paixão, logo, em tal caso, para que será necessário, por um escrúpulo de pudor, recorrer a pena última, ou a outra menos eficaz e menos exemplar!

Conta-se das virgens de uma cidade da Grécia que, levadas não sei de que mania, que se comunicava de umas para outras, se matavam a si mesmas. Os magistrados, assustados pela repetição do crime, ordenaram que toda aquela que se achasse morta por este modo seria arrastada inteiramente nua pelas ruas da cidade. Não entro na probabilidade do fato, nem falo da natureza do crime. O que se diz é que o mal acabou de repente. Eis aqui uma Lei que afrontava o pudor e a que pode nos chamar conveniente pela sua eficácia, porque, na verdade, que maior perfeição em uma Lei penal, do que prevenir inteiramente o crime?

III – Religião: há seitas no cristianismo que pretendem tirar do código das Leis e pena de morte por ser ilegítima. A vida é um dom de Deus, que se não deve tirar a ninguém.

Ilegítimo quer dizer contrário à Lei. Os que usam desta palavra na presente questão entendem que há uma Lei divina contra a pena última. Ora, esta Lei ou é revelada, ou é natural. No primeiro caso deve aparecer nos livros, que encerram a palavra de Deus, mas semelhante mandado não existe na Lei de Moisés, antes, pelo contrário, há muitos crimes a que os judeus aplicavam a pena de morte, logo os partidários de uma tal opinião ficam reduzidos a Lei divina não revelada, a Lei natural, quero dizer a uma Lei reduzida da suposta vontade de Deus.

Mas presumir que Deus quer, é supor que tem uma razão para querer, uma razão que o não envergonhe, o maior bem das suas criaturas, e neste sentido a Lei divina natural deve ser conforme a utilidade geral. Sem este caráter, presumir da vontade de Deus é uma quimera, um princípio ilusório, capaz de sancionar todos os sonhos de um entusiasta, e todos os delírios de um miserável supersticioso.

A religião, mal entendida, tem posto muitas vezes diferentes obstáculos a execução das Leis penais, por exemplo, o asilo dos templos aberto aos facinorosos para escapar da justiça.

Teodoro I proibiu toda a sorte de processos criminosos enquanto durasse a quaresma, porque se não compadecia estar sentenciando os crimes alheios, e pedindo a Deus o perdão

das próprias culpas. Valentiniano I mandava soltar todos os presos em dia de páscoa, a exceção dos acusados de crimes maiores.

Constantino não queria que se imprimisse um ferro na cara do réu, porque era contra o direito da natureza escurecer a majestade do rosto do homem, razão singular a majestade do rosto de um malvado!

A inquisição, diz Bayle, condenava os hereges ao suplício do fogo por não quebrantar a máxima - *Ecclesia nou novit sanguinem*. Em matéria de religião há seus abusos, seu jogo de palavras, assim como nas Leis.

IV – Humanidade: não escutes a razão, que nos engana muitas vezes; escuta a voz do coração, que se não desmente. Rejeito sem exame essa pena, que se pretende estabelecer, porque faz violência aos sentimentos da natureza, porque faz estremecer as almas sensíveis, porque é tirana e cruel. Eis aqui a linguagem dos oradores, que fazem timbre de terem sentimentos. Mas a ser verdade que a repugnância de um coração sensível é uma objeção suficiente contra uma Lei penal, risquemos todas as penas, porque todas elas, mais ou menos, contam pela sensibilidade natural. Toda a pena por si mesma é necessariamente odiosa. E como poderia conseguir o seu fim sem desgostar o réu? Uma pena não merece aprovação senão enquanto se lhe ajunta a ideia do crime. Não quero o sentimento com arbítrio, não o posso ensejar como primeiro conselheiro da razão, porque uma Lei penal se não casa com o meu coração, nem por isso a hei de condenar, o que devo fazer é examiná-la com uma atenção escrupulosa. Se ela é verdadeiramente digna do meu ódio, eu virei a descobrir a razão legítima porque se não deve admitir. Veremos que está fora do seu lugar, ou que é supérflua, ou que não guarda proporções com o delito, ou que produz maior mal do que previne. Por este modo chegaremos a descobrir o lugar em que se amalha o erro. O sentimento obriga a reflexionar, e a reflexão desenvolve o vício da Lei.

As penas que tem maior aprovação são as que têm analogia com o crime porque dão mostras de justiça e de equidade, mas quando se examinam de mais perto onde estão estas qualidades? Não entendo, castiga-se o delinquente pelo mal que fez? Mas a Lei deveria imitar o mesmo que condena? Será racional que os juízes façam um mal, porque o malfeitor é malicioso? Será possível que o ato solene e jurídico seja naturalmente o mesmo que o ato criminoso? A razão preponderante para a multidão é que o réu não tem que responder, nem pode acusar a Lei de severa sem que a sua consciência o acuse em segredo.

Felizmente a mesma volta de imaginação, que faz a pena popular, é a mesma que a faz conveniente. Esta analogia, que se faz sensível ao povo, fere igualmente os indivíduos no instante em que a tentação os persegue, e faz esta mesma pena objeto particular de terror.

Cumpra desviar as noções enganosas, ainda quando se ajustam com o princípio de utilidade, esta consonância não é mais do que um acaso, e o que dá um juízo de aprovação, independente deste princípio, está disposto a formar outros juízos, que lhe podem ser contrários. Não há firmeza no entendimento para trilhar um caminho seguro enquanto se não servir do princípio de utilidade com exclusão de outro qualquer princípio. As palavras puramente de aprovação ou desaprovação, em matéria de discursos, são o mesmo que o sentimento das crianças, quando balbuciam as palavras. Devem estar de parte logo que se trata de alguma averiguação filosófica, ou quando pretendemos aclarar, convencer e não mover os ânimos.

#### **4. DAS PENAS, QUE SE NÃO DEVEM IMPOR**

Podemos reduzir a quatro pontos principais os casos em que a pena se não deve impor: a) quando é mal fundada; b) quando dela se não tira proveito; c) quando é supérflua e d) quando é mui dispendiosa. Entraremos na averiguação de cada um destes pontos.

I – Penas mal fundadas: a pena vem a ser mal fundada quando se não deu verdadeiro crime, quando não há mal da primeira ordem, ou da segunda, ou desse mal, (como sucede no exercício da autoridade política ou doméstica), quando rebatemos um mal mais grave em própria defesa, etc. Se temos formado ideia do que é verdadeiro crime, facilmente o podemos distinguir desses crimes de um mal imaginário, atos inocentes em si mesmo, mas que certos povos tem contado entre os delitos pelos seus prejuízos, prevenções, erros de administração, princípios ascéticos, quando fogem de certos alimentos nutritivos e sadios, como se fossem um veneno, ou uma nutrição imunda. A heresia e o sortilégio pertencem a esta classe de delitos.

II – Penas de que se não tira proveito: chamo ineficazes as penas que não produzem efeito sobre a vontade, e que por esta razão não prestam para atalhar semelhantes crimes. As penas são ineficazes quando se aplicam a um réu que não podia conhecer a Lei, que obrou sem intenção, que fez mal sem saber que o fazia, numa suposição errônea, ou por um constrangimento invencível. As crianças, ou insensatos os doidos, ainda que os possam levar até um certo ponto por meio de mimos e ameaças, não tem assaz ideia do futuro para se poderem moderar por meio de penas futuras. A Lei neste respeito ficaria sendo inútil.

Se um homem fosse determinado por um medo superior a maior pena legal ou pela esperança de um bem preponderante, está claro que a Lei teria pouca eficácia. Viram-se as Leis contra o duelo metidas a desprezo, porque o homem brioso tinha mais medo da vergonha que do suplício. As penas decretadas contra este ou aquele culto ficam, por via de regra, sem efeito, porque a ideia de uma recompensa eterna faz desaparecer o terror do cadafalso, mas como estas opiniões têm mais ou menos influência, a pena é também mais ou menos eficaz.

III – Penas supérfluas: as penas ficam supérfluas, quando podemos conseguir o mesmo fim por meios mais suaves, como pela instrução, pelo exemplo, convites, esperas, a ver se o homem se reforma, recompensas, etc. Só porque um sujeito espalhou opiniões perniciosas não é preciso que o magistrado se arme logo de espada para o castigar. Se é do interesse de infinita gente refutar essas máximas.

IV – Penas mui dispendiosas: o mal da pena excede o mal do delito, o legislador vem a cansar num padecimento maior do que devia ser, vem a comprar a isenção de um mal à custa de maior mal. Devemos ter diante dos olhos dois quadros, um, que represente o mal do crime e outro, que represente o mal da pena.

Vede o mal que produz uma Lei penal: a) mal de reprimir a vontade – a Lei impõe uma obrigação mais ou menos penosa, segundo o grau de prazer, que pode dar a coisa proibida; b) incomodo causado pela pena – quando os infratores são punidos; c) mal de apreensão – que sofre o que tem quebrantado a Lei e que tem medo de que lhe não imputem o seu crime; d) mal de haver sentença sem prova legal – este inconveniente é próprio de todas as Leis penais, anda principalmente anexo as Leis, quando são escuras, aos delitos de um mal imaginário, uma antipatia geral produz nos homens uma espantosa disposição para perseguir e condenar os outros só por meras suspeitas e aparências; e) mal derivativo – que sofrem os parentes e os amigos do que está exposto ao rigor da Lei.

Aqui temos o quadro do mal e da despesa que o legislador deve considerar todas as vezes que estabelecer uma pena. Daqui nasce a principal razão para facilitar anistias gerais nesses delitos complicados, que procedem do espírito de partido. Pode acontecer que a Lei envolva uma grande multidão, metade, e as vezes ajuda mais de metade de um povo. Quereis punir todos os criminosos? Quereis somente dizimá-los? O mal da pena seria maior que o mal que tem causado o seu delito.

Se um réu tem ganho o amor do povo, de sorte que é de esperar um descontentamento geral; se é protegido por uma potência estrangeira de cuja amizade depende a nação; se o réu pode fazer a sociedade um serviço extraordinário; em todos estes casos particulares, o perdão,

que se concede ao criminoso, é filho de um cálculo prudencial. Semelhante pena viria a sair muito cara para a sociedade, e por isso se não deve empregar.

## **5. ESCOLHA DA PENA – CERTA LIBERDADE, QUE SE DEVE DEIXAR AOS JUÍZES**

Há duas razões em que o legislador se deve firmar o mais que for possível na aplicação do castigo: certeza e imparcialidade.

Quanto a medida da pena se aproximar mais a certeza, tanto mais sabem os membros da sociedade o que tem que esperar: a proporção que o homem conhece a pena, assim se afasta de cometer o crime. Uma pena problemática não pode fazer impressão, e tudo o que é duvidoso a este respeito favorece a esperança.

Se o legislador não sabe antecipadamente sobre quem deve cair a pena que estabelece, não corre perigo de se deixar governar por motivos de amor ou de ódio pessoal. É imparcial, ou parece que está indiferente. O juiz, pelo contrário, que não pronuncia senão em casos particulares, está arriscado a prevenir-se pró e contra, ou pelo menos a fazer-se suspeito, o que vai entender com a segurança pública.

Se deixamos aos juízes uma liberdade ilimitada para diminuir a pena, é tornar as funções do seu ministério muito embaraçada e de muito trabalho. Estarão sempre entalados entre o medo de serem demasiadamente indulgentes ou rigorosos demais.

Também pode acontecer que os juízes, podendo diminuir a pena a sua vontade, sejam menos escrupulosos na averiguação da verdade do que se tivessem que sentenciar sobre uma Lei que não podiam alterar, uma leve probabilidade. Lhes parecerá suficiente para justificar uma pena que podiam diminuir *ud libitum*, sem dar satisfação a ninguém.

Todavia, sendo a Lei inflexível, pode achar grandes inconvenientes na prática pelas circunstâncias imprevistas, ou particulares, tanto da parte do crime como da pessoa do réu por onde parece que se deve deixar à discricção do juiz uma tal ou qual liberdade, não para agravar a pena, mas para a diminuir nos casos que fazem presumir que um indivíduo é menos perigoso, ou mais responsável do que outro. A mesma pena nominal, como já está demonstrado, nem sempre é a mesma pena real. Há indivíduos que em razão da sua educação, de relações de família, da representação, que tem no mundo, sentem uma superfície maior na ação da pena.

Haverá circunstâncias em que seja preciso mudar a mesma natureza da pena, ou porque o castigo que está designado na Lei se não pode aplicar, ou porque seria menos conveniente a certos respeito, mas quando a pena for diferente da que está expressa na Lei, o juiz deve deixar a escolha ao réu. Todas as vezes que o juiz exercitar este poder discricional, quero dizer todas as vezes que reduzir a pena abaixo do *minimum* fixado pela Lei, deve ser obrigado a declarar o motivo.

## 6. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da mecanizada ou computadorizada aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.

Há basicamente quatro modos de se individualizar a pena: a) pena determinada em Lei, que não dá margem de escolha ao juiz; b) pena totalmente indeterminada, permitindo ao juiz fixar o *quantum* que lhe aprouver; c) pena relativamente indeterminada, por vezes fixando somente o máximo, mas sem estabelecimento do mínimo, bem como quando se prevê mínimos e máximos flexíveis, que se adaptam ao condenado conforme sua própria atuação durante a execução penal; d) pena estabelecida em Lei dentro de margens mínima e máxima, cabendo ao magistrado eleger o seu *quantum*. Este último é, sem dúvida, o mais adotado e o que melhor se afeiçoa ao Estado Democrático de Direito.

A individualização da pena desenvolve-se em três etapas distintas. Primeiramente, cabe ao legislador fixar, no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. É a individualização legislativa. Dentro dessa faixa, quando se der a prática da infração penal e sua apuração, atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus

prismas e efeitos. É a individualização judiciária. Finalmente, cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. Ainda que dois ou mais réus, coautores de uma infração penal, recebam a mesma pena, sabe-se que o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada. Enquanto um deles pode obter a progressão do regime fechado ao semiaberto em menor tempo, outro pode ser levado a aguardar maior período para obter o mesmo benefício. Assim também ocorre com a aplicação de outros instrumentos, como, exemplificando, o livramento condicional ou o indulto coletivo ou individual. É a individualização executória.

Vale destacar, derradeiramente, o ensinamento de Carmen Salinero Alonso: “Os três estágios na concreção e individualização penal, ainda que diversos, estão presididos e mediatizados pela finalidade que se persiga com a imposição da pena. Desse modo, dependendo de quais sejam os fins que se atribuam à pena nos três momentos – cominação, imposição e execução da pena – a determinação da mesma variará de forma substancial. Isso evidencia que o pressuposto prévio para o sistema e para o conteúdo da determinação da pena é a postura que se mantenha a respeito dos fins da pena, porque somente a partir desse prévio posicionamento poder-se-à desenhar o modelo de determinação penal”.

## **7. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Como base no princípio da individualização da pena, o STF proferiu julgamentos de grande repercussão nacional em matéria criminal. Na jurisprudência atual da Suprema Corte, não tem sido toleradas normas legais que usurpem do juiz a possibilidade de individualizar a pena de acordo com o caso concreto.

No bojo do HC 82.959-7, relatado pelo Min. Marco Aurélio, sagrou-se vencedora a tese de que é inconstitucional o § 2º da Lei n.º 8.072/1990, que, em sua redação original, vedava a progressão de regime em crimes hediondos. Para a Suprema Corte, em certos casos, é possível que pessoa condenada por crime hediondo, por apresentar bom comportamento carcerário e mérito individual, faça jus aos regimes prisionais semiaberto e aberto, respectivamente.

No âmbito do HC 97256/RS, o Plenário, por seis votos a quatro, entendeu que a norma contida no art. 44 da Lei de Drogas, ao proibir a concessão de penas restritivas de direitos aos condenados pelos crimes de tráfico, violou a da individualização da pena, pois é vedado ao

legislador subtrair dos magistrados o poder-dever de aplicar a sanção mais adequada e suficiente para punir o réu.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno social denominado crime, jamais vai desaparecer, haja vista ser consequência inerente ao ser humano, pelo fato de não seguir as regras impostas pelo Estado. É indispensável, pois, a existência do direito penal, como fator de estabilização do conflito de interesses entre sociedade e infrator, valendo-se da pena para atingir essa meta.

Pobreza e desigualdade social não são fatores de geração do crime, por si sós, embora possam contribuir para isso. Outros elementos são fontes da criminalidade, como ocorre com o cultivo de valores puramente materialistas, distanciados da ética e da moral.

A pena deve existir, fundamentada na retribuição e na prevenção, que devem coexistir sem qualquer antinomia, influenciando o processo de individualização da pena, desde a fase legislativa, passando pela judiciária até atingir a executória.

Individualização da pena, além de preceito constitucional, significa a concretização da justiça ao se atribuir a cada um o que é seu, a cada um o que efetivamente merece, valendo-se, pois, da culpabilidade do fato e da culpabilidade do autor, esta esgotando-se igualmente no fato. A primeira auxilia na formação dos tipos penais, especificamente do preceito sancionador, bem como oferece ao magistrado dados concretos da gravidade do que foi praticado, para a eleição da pena concreta. A segunda serve ao juiz, pois a vida pregressa, a personalidade, a motivação e outros dados próprios de cada réu, devem ser considerados igualmente na fixação da pena justa.

Inexiste óbice legal à imposição da pena máxima, se necessário e presente os requisitos, bem como não há fundamento legal para a aplicação continuada e padronizada da pena mínima.

## BIBLIOGRAFIA

BENTHAN, Jeremy. **Teoria das Penas Legais e Tratado dos Sofismas Políticos**. Edijur, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas** / 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98**. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 19. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral. - 16. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012

**Código Penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar / Celso Delmanto... - 8. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010.

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