

## Individualização da pena: um pouco de pelicano

*Marcos Vedovotto*

**Como citar este artigo:** VEDOVOTTO, Marcos. Individualização da pena: um pouco de pelicano. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 135-164, 2006.



## INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: UM POUCO DE PELICANO

MARCOS VEDOVOTTO <sup>5</sup>

Juiz de Direito Substituto; Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Uberlândia; Especialista em Direito Processual Civil pelas Faculdades do Triângulo Mineiro; Ex Procurador-Geral do Município de Uberlândia; Associado do ICP – Instituto de Ciências Penais; Associado do IBCCRIM – Instituto de Ciências Criminais e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

***Scire leges non est verba carum tenere sed vim ac potestam -***

Conhecer as leis não é recordar suas palavras, senão compreender seu alcance e espírito.



INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA:  
UM POUCO DE PELICANO

## SUMÁRIO

MARCOS VEDOVOTTO <sup>5</sup>

1. - INTRODUÇÃO.....	139
1.1 - Escopo do Presente Trabalho.....	139
1.2 - Função do Juiz na Aplicação da Pena - Responsabilidade.....	141
1.3 - Direitos Humanos. Guardião dos Direitos Fundamentais.....	142
2. - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	143
2.1 - Noções Introdutórias.....	143
2.2 - Justificativa para a Individualização.....	144
2.3 - Método Adotado pela Reforma de 1984.....	146
2.4-Síntese do Critério Trifásico de Nélson Hungria.....	147
3. - ETAPAS DA FIXAÇÃO DA PENA.....	148
3.1 - Introdução.....	148
3.2 - 1ª Fase – Análise das Circunstâncias Judiciais pa- ra Estabelecimento da Pena-Base.....	149
3.3 - 2ª Fase – Análise das Circunstâncias Legais (Agravantes e Atenuantes) – Pena Provisória.....	152
3.4 - 3ª Fase – Análise das Causas Especiais de Aumento ou Diminuição de Pena Previstas na Parte Geral e na Parte Especial (art.68, terceira parte do Código Penal).....	155
3.5 - Tentativa - Última Parcela.....	156
3.6 - Estabelecimento do Regime Inicial do Cumprimento da Pena.....	157
3.7 - Realização das Substituições Cabíveis.....	158
3.8 - Concessão da Suspensão Condicional da Pena.....	159

3.9 - Fundamentação dos Efeitos da Condenação Referidos no Art. 92 do Código Penal.....	160
3.10 - Aplicação da Pena de Multa.....	160
4. - CONCURSO DE CRIMES.....	161
5. - CONCLUSÃO.....	163

## 1 - INTRODUÇÃO

### 1.1 - Escopo do presente trabalho

A justiça penal oferece desafios os mais instigantes ao juiz brasileiro.

RENATO NALINI<sup>1</sup> explica que em todos os Estados-Nações desenvolvidos reserva-se para a jurisdição do crime a primícia dos quadros judiciais, pois compreende-se ser ela a jurisdição cujos efeitos mais profundamente atingem a pessoa humana. Ferem-na em sua dignidade, em sua honra, em sua liberdade e, em muitos países, efeitos suscetíveis de excluir a própria vida humana.

Para tanto, a tarefa de aplicar o direito às situações concretas é regulada pelo ordenamento jurídico, através de formas que devem ser obedecidas pelos que nela intervêm. AGNALDO MORAES DOS SANTOS<sup>2</sup> aduz que regras técnicas existem e são importantes para que o processo seja caracterizado pela lisura, pela transparência, pela eficaz participação das partes e pela controlabilidade dos provimentos, elementos que formam a opção filosófica, sociológica e política do sistema jurídico como um todo.

NELSON PALAIA<sup>3</sup> arremata dizendo que a precisão técnica prende a atenção do juiz, impõe respeito, obriga um pronunciamento mais cuidadoso e estudado da parte contrária, do juiz ou do Ministério Público, enriquecendo o processo e tornando mais valiosa e mais completa a decisão final.

---

<sup>1</sup> NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2.ed. São Paulo: RT. 2000, 139/140p.

<sup>2</sup> SANTOS, Nelson Agnaldo Moraes dos. *A Técnica de Elaboração da Sentença Civil*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 6p.

<sup>3</sup> PALAIA, Nelson. *Técnica da Contestação*. 6ª.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, 65p.

Por outro lado, ALBERTO SILVA FRANCO<sup>4</sup> assevera que urge ao juiz, além do normal exercício da jurisdição penal, que faça valer, efetivamente, os direitos fundamentais e as garantias constitucionais do cidadão, no campo penal e processual penal, todas as vezes que tais direitos ou garantias suportem ou estejam em vias de suportar algum tipo de lesão.

Urge, ainda, que o juiz criminal tome consciência de que, além da jurisdição penal, exerce também a jurisdição constitucional das liberdades e que, por isso, não pode compactuar com nenhum agravo à Constituição Federal.

Assim, além da técnica jurídica, exige-se também atenção à postura do juiz criminal, enquanto garantidor dos direitos históricos, que segundo NORBERTO BOBBIO<sup>5</sup> emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.

Ressalta-se, como exposto, que o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas.

Neste cenário, a construção da sentença criminal exige rigor técnico e sensibilidade. Deve-se observar a linguagem direta e simples, obedecendo-se a uma seqüência lógica e ordenada, evitando-se considerações irrelevantes, excesso de citações jurisprudenciais e doutrinárias, devendo a conclusão se apoiar no Direito e nas provas.

O que se pretende com o presente trabalho não é esgotar o tema relativo à individualização da pena, mas sim indicar algumas soluções práticas, lógicas e, sobretudo, técnicas relativas ao *modus faciendi* da mensuração da pena.

Cumpra esclarecer que tais orientações foram colhidas, em sua grande maioria, diretamente no Sétimo Curso de Formação Inicial de

<sup>4</sup> FRANCO, Alberto Silva. Lei de crimes hediondos. *Fascículos de Ciências Penais*. v.5, n.2, abr-mai-jun/92, 55p.

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9ª.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. Bobbio defende a tese segundo a qual os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Juizes Substitutos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais promovido pela ESCOLA JUDICIAL DESEMBARGADOR EDÉSIO FERNANDES<sup>6</sup>, que pela *magister dixit* ganham *status* de fundamento irresistível.

## 1.2 - Função do juiz na aplicação da pena. Responsabilidade

GILBERTO FERREIRA<sup>7</sup> ressalta que estabelecer a pena justa não é obra fácil. Nos ombros do julgador recai uma incomensurável responsabilidade, pois da aplicação da pena depende o destino de uma pessoa e, muitas vezes, de sua família. Não é tarefa que se faça às pressas, sem meditação!

NELSON HUNGRIA<sup>8</sup>, no apêndice denominado "*O Arbítrio Judicial na Medida da Pena*", no título "*A Função do Juiz Criminal*", chamou a atenção dos magistrados brasileiros para a sua efetiva e árdua função, como juiz criminal, na busca da verdade real dos fatos para a correta aplicação da lei e da pena, como função precípua daquelas, fazer justiça, sem que, com isso, pudesse inovar, criando ou modificando a lei, mas, ao mesmo tempo, fazer análise técnica e psicológica das provas e do direito, com base em sua interpretação, em sua experiência e consciência, na doutrina e na jurisprudência.

Assim fez registrar:

Perante o novo direito brasileiro, o juiz criminal é, assim, chamado a exercer o seu nobre ofício com a sua própria consciência, com o seu próprio raciocínio, com a sua livre crítica. Já não será um intérprete escolástico da lei, um aplicador de justiça tarifada, um órgão de pronunciamento automático de fórmulas sacramentais: mas uma consciência livre a regular destinos humanos.

<sup>6</sup> Módulo de Direito Penal e Processual Penal coordenado pela Desembargadora Jane Ribeiro Silva, da Terceira Câmara Criminal do TJMG, acompanhada pelos orientadores Juizes Nelson Missias de Moraes, Sumariante do Primeiro Tribunal do Júri da Capital; Fernando Alvarenga Starling, Presidente do Primeiro Tribunal do Júri da Capital e Herbert José Almeida Carneiro, da Vara de Execuções Criminais da Capital.

<sup>7</sup> FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 47p.

<sup>8</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, 5.ed. Forense, 422p.



RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR<sup>9</sup> ensina que, para o cientista do Direito, um dos temas mais difíceis de sistematização é o da teoria do delito; para o juiz, tormento é a aplicação da pena. Impõe-se ao juiz criminal o enfrentamento dessas duas dificuldades, das quais se aproxima, levando consigo suas idéias e ideologias sobre o delito como um fato social e jurídico, e sobre a pena como resposta do Estado.

Deve ele percorrer o árduo caminho de superação das dificuldades teóricas presentes no processo penal para a formulação do juízo condenatório; ao final, põe-se frente a frente com o réu para definir o seu futuro.

Mais adiante, conclui o Ministro:

Sabendo-se que aquele primeiro juízo deriva de uma investigação criminal com as deficiências conhecidas, e que a sentença será cumprida nos estabelecimentos considerados "*verdadeiras sucursais do inferno*", espera-se do juiz criminal, ao lado de apurado conhecimento teórico, a compreensão profunda do crime que julga e da pena que aplica.

Por fim, FRANCISCO VANI BEMFICA<sup>10</sup> assevera que:

Se só Deus é infalível, o juiz, entre os outros seres humanos, tem o dever de errar menos, o que lhe exige consulta permanente aos livros e respeito absoluto aos ditames de sua consciência. Daí porque a lei lhe confere poderes e direitos e lhe impõe deveres.

### 1.3 - Direitos humanos. Guardião dos direitos fundamentais

A construção de uma sociedade justa e fraterna, preceito a todos cogente, inclusive aos juízes, é um projeto permanente. O juiz brasileiro é o agente encarregado pela Constituição de interpretar a mensagem normativa de elaborador do pacto. JOSÉ RENATO NALINI<sup>11</sup> ressalta que a missão do juiz não é apenas processar e sentenciar.

<sup>9</sup> Ver prefácio da obra *Das penas e seus critérios de aplicação* de José Antonio Paganella Boschi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora, 2004. 179p.

<sup>10</sup> BEMFICA, Francisco Vani. *O juiz, o promotor, o advogado, seus poderes e deveres*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, 7p.

<sup>11</sup> NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000, 143/144p.

Reclama-se-lhe, sim, cumpra com sua função institucional. Mas ao fazê-lo precisa imbuir-se da responsabilidade de garante dos direitos humanos. Direitos humanos da vítima e também do infrator.

A Constituição Brasileira reservou ao juiz criminal uma atuação muito diversa daquela de braço repressor do Estado.

Adquire relevo sua posição garantidora, própria do Judiciário no sistema acusatório, onde existe um órgão específico para pleitear a condenação do acusado.

Ao Ministério Público o sistema cometeu a atribuição acusatória, à defesa o exercício de opor a ela a resistência técnica e estratégica.

Portanto, é o juiz a última instância garantidora dos direitos de seus jurisdicionados, por isso, do juiz se espera que faça justiça.

## 2 - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

### 2.1 - Noções introdutórias

Em se tratando de sentença criminal, como se sabe, não basta apenas examinar a existência do fato, autoria, culpabilidade e demais fatores de dosimetria na fundamentação<sup>12</sup>. É preciso ir além, ou seja, é necessário proceder à individualização da pena.

A história demonstrou que a individualização feita exclusivamente pelo legislador não era proporcional, sendo, portanto, injusta. Comprovou, também, que deixar essa tarefa ao exclusivo arbítrio do magistrado poderia levar a abusos. Chegou-se, então, ao meio termo. O legislador estabeleceria um mínimo e um máximo em valores abstratos para cada crime, deixando ao juiz a incumbência de fixar, dentre esse mínimo e esse máximo, a pena cabível a cada espécie.

<sup>12</sup> Nada obstante as atividades inerentes ao método trifásico concentrem-se na conclusão/dispositivo da sentença, a boa técnica recomenda que o juiz, ainda na fundamentação, de forma crítica e não meramente enunciativa, examine todos os fatores que possam influir na dosimetria das penas provisória ou definitiva. Noutro dizer, na fundamentação o juiz examina questões como: atenuantes, agravantes, causas de diminuição e aumento de pena, concurso de crimes, para só então, no dispositivo, aplicar a pena correta.

O princípio constitucional da individualização das penas (art. 5º, inc. XLVI, da Constituição de 1988) é materializado, portanto, em três níveis:

a) **legislativo**, quando o legislador estabelece os limites máximo e mínimo da pena e fixa outras regras às quais o juiz deve obedecer;

b) **judicial**, quando o juiz, atento às circunstâncias do crime, do agente e da vítima, fixa a pena cabível que melhor retribua e previna o crime; e

c) **executório**, quando a execução da pena se faz segundo critérios jurídico-administrativos, pelo juiz da execução e com auxílio do pessoal penitenciário.

Em síntese, tem-se que individualizar a pena, pois a função do juiz consistente em escolher, depois de analisar os elementos que dizem respeito ao fato, ao agente e à vítima, a pena que seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime<sup>13</sup>.

Noutro dizer, nas palavras de NÉLSON HUNGRIA<sup>14</sup>, como não há dois criminosos iguais, a pena não deve ser predeterminada pelo legislador, mas individualizada pelo juiz, pois só este é que tem diante de si, na realidade viva e palpitante, o autor do crime, o elemento humano dos casos concretos.

Na verdade, individualiza-se a pena, aliás, precisamente, não somente porque cada acusado é um, mas também porque cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis.

Enfim, a individualização da pena é, sobretudo, obra do juiz criminal.

## 2.2 - Justificativa para a individualização

<sup>13</sup> FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 49/50p.

<sup>14</sup> HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5.ed. Forense, 415p.

<sup>15</sup> POLONI, Ismair Roberto. *Técnica estrutural da sentença criminal: júízo comum – júizado especial*. 1.ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2002, 161/170p.

ISMAIR POLONI<sup>15</sup> assevera que dentro dos limites do art. 59 tem o juiz o poder-dever de buscar a aplicação da lei penal e a correspondente fixação da pena, verificando o que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, de conformidade com a finalidade social da lei e à consecução do bem comum.

Almeja-se a ressocialização do condenado e a prevenção do crime, pelos efeitos sociopedagógicos, sofrendo, em sua inferência intelectual, toda sorte de elementos próprios e pessoais de sua personalidade e formação sem que, contudo, transforme a sentença condenatória em instrumento de suas eventuais revoltas pessoais, mediante a aplicação da lógica do razoável.

Antes de instrumento externador de confusões pessoais do juiz, ou de instrumento para satisfação pessoal, a sentença condenatória é o instrumento disponível pelo Estado para a manutenção da paz e ordem públicas, pela reprovação do que é, no mínimo, moralmente incorreto, para, então, transformar-se em norma penal, tendo como norte a dignidade humana.

Por fim, arremata:

Deve o juiz da condenação, na fixação da pena, realizar sua inferência intelectual, com uma abstração completa de dogmas e preconceitos, próprios ou incutidos, para "sentir" aquilo que pela sociedade, como um todo, e pela vítima, em particular, possa ser considerado necessário e suficiente, sem, contudo, deixar de verificar circunstâncias pessoais, subjetivas e objetivas, do agente e dos fatos.

ADA PELEGRINI GRINOVER<sup>16</sup> esclarece que, infelizmente, decorridos mais de cinqüenta anos de vigência do Código Penal, em que se deu ao juiz grande poder para exercer importante papel na individualização da pena, isso muitas vezes não tem acontecido, preferindo-se a constante e injusta fixação de penas mínimas, nivelando-se situações e agentes inteiramente diversos.

<sup>16</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Antonio Magalhães Filho. *As nulidades no processo penal*. ed. São Paulo: RT, 261p.

<sup>17</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5.ed. Forense, 417p.

No entanto, conforme preconizado por NÉLSON HUNGRIA<sup>17</sup>, é preciso insistir que a pena não pode ser aplicada a modelos de fábrica em série. A reprimenda deve ajustar-se, de caso em caso, a um ente humano, a um indivíduo na sua personalidade real.

É o *sum cuique* de Ulpiano (a cada um o que é seu).

### 2.3 - Método adotado pela reforma de 1984

Consoante a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7209, de 1984, o legislador optou, relativamente às penas privativas de liberdade, pelo método trifásico, cuja inobservância implica nulidade insanável da sentença.

Permite-se, com o referido critério, o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o *quantum* da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude de garantia constitucional da ampla defesa.

Assim dispõe, efetivamente, o atual artigo 68 do Código Penal:

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Dispostos os enunciados, entre pontos e vírgulas, sugerem três movimentos distintos: no primeiro, busca-se a *pena-base*; no segundo, a *pena provisória* e, por último, a *pena definitiva*, precisamente como recomendava Hungria, autor do método trifásico.

<sup>17</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 179p.



Consoante JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI<sup>18</sup>, o artigo 68 do Código Penal, literalmente, não demonstra a integralidade do processo judicial de individualização da pena privativa de liberdade, porque o juiz, em verdade, antes mesmo de iniciá-lo, necessita escolher, dependendo da situação, a pena aplicável, dentre as cominadas na moldura penal.

Assim, quando a lei penal permitir aplicação alternativa de penas, a opção qualitativa consistirá na eleição, pelo aplicador, daquela que melhor atender ao critério de proporcionalidade (necessidade e suficiência).

Em suma, conclui o Desembargador:

Primeiro ele investigará e optará, motivadamente, pela pena a ser imposta, se a lei, no caso concreto, lhe der essa alternativa, para, só depois, obediente ao método estabelecido no artigo 68 do Código Penal, estabelecer as penas base, provisória e definitiva.

## 2.4 - Síntese do critério trifásico de Nélon Hungria

Pelo exposto, o Código Penal, na Reforma de 1984, adotou o critério trifásico de Nélon Hungria (art. 68, *caput*) em relação à aplicação da pena privativa de liberdade.

Com efeito, na primeira fase, fixa-se a pena-base mediante detalhada análise das condições judiciais do artigo 59, não bastando apenas sua menção meramente enunciativa, mas sua interpretação crítica ante os elementos dos autos.

Na segunda fase, são aplicadas, primeiramente, as atenuantes genéricas e, em seguida, as agravantes genéricas. Estão elas sempre na parte geral do Código Penal e nenhuma diminuição ou acréscimo pode ir aquém do mínimo ou além do máximo legal imposto pelo legislador.

Entendimento diverso geraria um grave perigo ao direito de liberdade de qualquer pessoa, submetida à ação penal, pois se de um lado torna-se admissível à diminuição abaixo do mínimo, admite-se também o aumento além do máximo, ensejando a desobediência ao princípio da legalidade da pena, colocando a punição concreta à mercê de preconceitos e ideologias dos juízes.

Na terceira fase, vêm-se, primeiramente, as causas especiais de diminuição e finalmente as de aumento, que estão, em geral, na parte especial do CP, quase sempre em seguida à definição jurídica, embora algumas constem da parte geral, por terem a característica de aplicação geral a todo e qualquer crime.

No que se refere à pena de multa, ela será detidamente examinada em momento apropriado, esclarecendo-se, no entanto, que segue o critério trifásico, contendo um *plus* referente à situação econômica do acusado.

### 3 - ETAPAS DA FIXAÇÃO DA PENA

#### 3.1 - Introdução

Definidas as premissas básicas do sistema trifásico, passa-se à análise detalhada. Na verdade, ao examinar os citados dispositivos do Código Penal (artigos 59 e 68), verifica-se que o procedimento de aplicação da pena exige o percurso de, pelo menos, oito etapas, a saber:

a) Escolha da pena a ser aplicada quando ao fato for cominada mais de uma alternativamente (art. 59, I do Código Penal);

b) Análise das circunstâncias judiciais para estabelecimento da pena-base (art. 59, *caput* e art. 68, primeira parte, ambos do Código Penal);

c) Análise das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes – artigos 68, segunda parte; 61, 62 e 65, todos do Código Penal);

d) Análise das causas especiais de aumento ou diminuição de pena previstas na parte geral e na parte especial (art. 68, terceira parte do Código Penal);

e) Estabelecimento do regime inicial do cumprimento da pena (artigos 59, III e 33, ambos do Código Penal);

f) Realização das substituições cabíveis (artigos 59, IV; 43; 44 e 60, todos do Código Penal);

g) Concessão da suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal);

h) Fundamentação dos efeitos da condenação referidos no art. 92 do Código Penal.

Antes, porém, de se passar ao exame das várias etapas, é preciso esclarecer que, se houver mais de um acusado, a individualização da pena deve ser realizada isoladamente, para cada réu, por tratar-se de aspecto pessoal, subjetivo, não se podendo fundir a personalidade dos acusados como idênticas (RT 706/354).

ADALTO DIAS TRISTÃO<sup>19</sup> ensina que, em caso de condenação em mais de um crime, deve o Juiz esclarecer a pena aplicada a cada um deles. Justifica-se tal conduta não apenas com o objetivo de verificar a ocorrência de prescrição (art. 119, do CP), mas também aquilatar se a pena acrescida pelo crime continuado ou concurso formal não excede a soma das penas dos crimes-membros (RT 616/290).

Finalmente, importante lembrar a lição do DESEMBARGADOR PAGANELLA BOSCHI<sup>20</sup>, segundo o qual:

...anulada pelo órgão jurisdicional superior a parte defeituosa da sentença por erro na dosimetria, por inadequada ou inexistente fundamentação, o juiz, na nova sentença, caso não tenha havido também recurso do

<sup>19</sup> TRISTÃO, Adalto Dias. *Sentença Criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança* 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, 51 p.

<sup>20</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 183 p.



acusador, pleiteando expressamente o aumento da pena, não poderá impor pena em qualidade ou quantidade mais gravosa que a da sentença anulada, pois, do contrário, dará causa a declaração de nova nulidade, por ofensa ao princípio que proíbe a *reformatio in pejus* indireta.

### 3.2 - 1ª fase – Análise das circunstâncias judiciais para estabelecimento da pena-base (art. 59, *caput* e art. 68, primeira parte, ambos do Código Penal)

Uma vez definida a pena aplicável dentre as cominadas (art. 59, I do Código Penal), deve-se fixar a quantidade da pena-base (art. 59, II do Código Penal), levando-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput* do Código Penal.

Tais circunstâncias se classificam em dois grupos. No primeiro, estão as circunstâncias subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade, motivos) e, no segundo, as objetivas (circunstâncias e conseqüências do fato e comportamento da vítima).

As oito circunstâncias arroladas devem ser efetivamente valoradas, de forma favorável ou desfavorável, consoante os elementos de prova constante dos autos, *daí a necessidade de o juiz suprir, tanto quanto possível, eventuais falhas da investigação policial*.

É direito fundamental de o cidadão saber o *quantum* básico e como ele foi fixado. Noutro dizer, a valoração da circunstância judicial – que outra coisa não é senão o processo de determinação da respectiva carga de valor, positivo ou negativo – exige fundamentação minuciosa porque só assim, como lembra ALBERTO FRANCO<sup>21</sup>, “*será possível controlar o processo mental do juiz, na atividade concretizadora da pena, para a localização e individualização de eventuais erros*”.

Passa-se aos critérios recomendados para a análise das circunstâncias judiciais.

---

<sup>21</sup> FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, p. 666.

No aspecto da *culpabilidade*, reiteradas vezes nossos tribunais acentuam, com propriedade, que ela deve ser aferida, considerando-se principalmente o grau de reprovabilidade da conduta praticada e levando-se em conta não só as condições pessoais de cada réu, mas também a situação fática que o levou a praticar a conduta incriminadora.

Os *maus antecedentes* penais do réu resultam de sentenças anteriores passadas em julgado, sem, contudo, caracterizarem reincidência, enquanto não houver reabilitação. Importante lembrar que a reincidência não pode ser examinada nesta fase, porquanto deve-se considerar a regra segundo a qual, quando a mesma circunstância for comum a mais de uma fase da dosimetria, deverá ser utilizada uma só vez e na última fase em que couber.

Assim, em se tratando de réu reincidente, em virtude de uma única condenação transitada em julgado ocorrida antes da prática da infração que se examina, esta circunstância não pode incidir a título de antecedentes na primeira fase da dosimetria, mas tão-somente como circunstância legal da segunda fase (art. 61, I, do CP).

A proibição desse *bis in idem* é matéria fartamente analisada por nossos Tribunais. A circunstância de estar o agente envolvido em outros processos criminais não justifica, isoladamente, a agravação de sua pena, pois, também em tais casos, poderá a final prevalecer a presunção de inocência que milita em favor de todos os réus.

Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional consagrador da presunção de não culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5, LVII). Muitas vezes, uma condenação por crime anterior ao que se examina pode ocorrer e transitar em julgado durante o processo pelo novo crime, hipótese em que não haverá reincidência, e sim antecedente.

Em relação à *conduta social*, impõe-se a análise da situação do agente nos diversos papéis desempenhados junto à comunidade, tais como suas atividades relativas ao trabalho, à vida familiar etc. Tal circunstância não se confunde com os antecedentes criminais. Na verdade, ela é um estudo dos antecedentes sociais do condenado e, caso não fique comprovada a má conduta social do réu, esta deverá ser considerada boa, pois estes antecedentes não se avaliam por conjecturas e, muito menos, por ouvir dizer.

Na análise da *personalidade*, devem ser lembradas suas qualidades morais, a sua boa ou a má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo em relação à ordem social e seu temperamento. Também não devem ser desprezadas

as oportunidades que o réu teve ao longo de sua vida e consideradas em seu favor uma vida miserável, reduzida instrução e deficiências pessoais que tenham impedido o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade.

Dentre as circunstâncias referentes ao contexto do fato criminoso, os **motivos do crime** demandam a verificação de um perfil psíquico do delinqüente e da causação do crime para uma correta imposição de pena. O crime deve ser punido em razão de motivos que podem levar a uma substancial alteração da pena, aproximando-a do mínimo quando derivam de sentimentos de nobreza moral, ou elevando-a quando indicam um substrato anti-social.

As **circunstâncias do crime** podem referir-se à duração do delito, ao local do crime, à atitude durante ou após a conduta criminosa, dentre outras. São circunstâncias influenciadoras do apenamento básico todas as singularidades propriamente ditas do fato e que ao juiz cabe ponderar para exasperar ou abrandar o rigor da censura.

A referência às **conseqüências do crime** é de caráter geral, incluindo-se nela as de caráter objetivo ou subjetivo não inscrito em dispositivos específicos. Referem-se à gravidade maior ou menor do dano causado pelo crime, inclusive aquelas derivadas indiretamente do delito.

Na verdade, tais circunstâncias são aquelas que se projetam para além do fato típico, porque, se assim não fosse, poderiam acarretar a quebra do *ne bis in idem*, nomeadamente naqueles casos em que aparecem compondo a figura penal.

Por fim, deve-se examinar o **comportamento da vítima**, ou seja, a contribuição desta para a conduta delitativa. Noutro dizer, o juiz dosará 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 acusado.

### 3.3 - 2ª fase – Análise das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes – artigos 68, segunda parte; 61, 62 e 65, todos do Código Penal) – Pena provisória

Fixada a pena-base obtida a partir da apreciação crítica das circunstâncias judiciais entre o mínimo e o máximo cominados em abstrato pela lei, passa-se à segunda fase do método de Néelson Hungria, a saber, exame das circunstâncias atenuantes e agravantes dos artigos 61 a 67 do Código Penal.

As circunstâncias judiciais, repita-se, são valoráveis pelo juiz

favorável ou desfavoravelmente e influem na dosimetria da pena-base, conforme as particularidades do caso concreto, ao passo que as circunstâncias legais agravantes e atenuantes trazem consigo a carga de valor estabelecida *a priori* pelo legislador e sinalizam a direção a seguir, na determinação da pena provisória.

Esclareça-se, logo de início, que as penas não poderão ser fixadas abaixo do mínimo ou acima do máximo legal. Isto porque, como é sabido, as atenuantes genéricas não podem levar a pena aquém do mínimo legal, consoante a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, editada em 22 de setembro de 1999, que dirimiu, jurisprudencialmente, algumas dúvidas que ocorriam nos julgados, principalmente após a reforma penal de 1984.

Diferentemente, as causas de diminuição ou aumento de pena, previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código penal, permitem a redução ou o agravamento da pena aquém ou além dos limites mínimo e máximo previstos no tipo básico ou qualificado.

Também deve ser esclarecido que as atenuantes e agravantes não se confundem com as circunstâncias legais qualificadoras, majorantes ou minorantes porque estas últimas, além de se situarem (também) na Parte Especial do Código, cumprem funções muito diferentes daquelas. As qualificadoras reposicionam o juiz diante de margens penais distintas das do tipo básico, e as causas especiais de aumento ou diminuição determinam aumento ou diminuição da pena provisória, com vistas à concreta determinação da pena definitiva.

Nesta fase, cumpre alertar que, sob pena de nulidade, não pode uma circunstância que serviu como qualificadora ou possibilitou a desclassificação para tipo privilegiado ser usada também para agravar ou atenuar a pena. Seria ela utilizada duas vezes<sup>22</sup>.

Noutro dizer, no caso de incidência de duas qualificadoras, não pode uma delas ser tomada como circunstância agravante, ainda que coincidente com uma das hipóteses descritas no artigo 61 do Código Penal.

A qualificadora deve ser considerada como circunstância judicial (artigo 59 do Código Penal) na fixação da pena-base, porque o *caput* do artigo 61 deste diploma é excludente da incidência da agravante

<sup>22</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Antonio Magalhães Filho. *As Nulidades no Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 262p.



genérica, quando diz: "são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime".

Ora, se determinada circunstância já qualifica o crime, não pode funcionar como agravante, pois, neste caso, o legislador não o permitiu. Se for qualificadora, não pode ser ao mesmo tempo agravante.

A presença de duas qualificadoras deve ser analisada na fase de fixação da pena-base, e não significa, necessariamente, que a pena deverá ser bastante elevada, devendo ser examinadas as demais circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, aumentando, apenas, a reprimenda porque o juízo de reprovabilidade passa a ser maior, além de as "circunstâncias" militarem, com maior gravidade, contra o réu.

Por fim, no concurso de agravantes e atenuantes, o *quantum* do acréscimo ou diminuição deve ficar ao prudente critério do juiz que deve dar ênfase às circunstâncias preponderantes de acordo com o comando do art. 67 do Código Penal, excepcionando-se apenas a menoridade, que, à luz de todo o Código, sobrepuja as demais.

Melhor explicando, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve considerar as circunstâncias preponderantes.

São prevalentes as de caráter subjetivo. São objetivas as circunstâncias relativas à natureza, à espécie, aos meios, ao objeto, ao lugar, à modalidade e à forma de execução.

As circunstâncias subjetivas são aquelas que decorrem dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Saliente-se que a menoridade terá destaque especial, preponderando sobre qualquer circunstância de caráter subjetivo. Deve preponderar, até mesmo, sobre reincidência ou, pelo menos, a ela se equiparar.

Havendo uma circunstância agravante subjetiva e outra atenuante subjetiva elas se anulam, porque ambas têm a mesma natureza. Só haverá prevalência de uma sobre outra quando tiverem natureza distinta.

Resumindo a ordem de importância: menoridade, reincidência, circunstâncias subjetivas e, por derradeiro, agravantes e atenuantes objetivas.

Outra questão de suma importância diz respeito à quantidade de aumento que deve ser feita em relação ao reconhecimento de uma atenuante preponderante e uma agravante não preponderante.

Neste caso, entende-se que, primeiramente, deva ser determinado o *quantum* de diminuição e, depois, o *quantum* de aumento, sendo que a diminuição, neste caso, deverá ser maior que o aumento.

No caso de a pena já se encontrar no mínimo, pode-se dizer que o aumento será menor porque milita, em favor do réu, uma atenuante que deve ser considerada, não para levar a pena abaixo do mínimo legal, mas para impedir que o aumento pela agravante seja imposto em patamar maior.

Repita-se que todas estas questões, em razão da boa técnica, devem ser valoradas na fundamentação, em particular, no capítulo referente ao crime em tela, restando para a dosimetria "*apenas*" a aplicação.

### 3.4 - 3ª fase – Análise das causas especiais de aumento ou diminuição de pena previstas na parte geral e na parte especial (art. 68, terceira parte do Código Penal)

Por fim, na terceira fase é preciso atentar para o critério segundo o qual as causas de diminuição ou aumento previstas na parte especial devem ser analisadas em função das próprias causas e não em razão das circunstâncias judiciais, pois estas já foram analisadas.

Em outras palavras, as etapas são estanques e não se comunicam.

Também entende a jurisprudência que, no caso de se efetuar um único aumento, a sua maior ou menor quantidade de acréscimo deve ser cuidadosamente motivada, com base em dados concretos.

Especificamente no que refere ao disposto no artigo 68, parágrafo único do Código Penal, estabeleceu o legislador, no dispositivo em questão, uma forma de concurso homogêneo, pois, ali, ele ocorre só entre as causas de diminuição ou só entre as causas de aumento,

enquanto no concurso heterogêneo previsto no artigo 67 do Código Penal ele ocorre entre as agravantes e atenuantes.

Quer isso dizer que não se pode compensar causas de diminuição com causas de aumento, pois o concurso não ocorre entre duas categorias, mas apenas dentro delas mesmas, isoladamente.

Também não há concurso entre as causas de aumento previstas na parte geral, estas devem ser todas aplicadas.

O concurso é apenas em relação às causas de diminuição ou aumento previstas na parte especial e, repita-se, não entre umas e outras, mas apenas dentro de cada categoria, ou seja, só entre as de diminuição ou só entre as de aumento.

Importante lembrar que, havendo duas causas de diminuição previstas na parte especial, não sendo estabelecido o concurso, ou seja, não se escolhendo a causa que mais diminua, conforme permitido no parágrafo único do artigo 68 do Código Penal, cada diminuição será imposta sobre a quantidade da pena resultante da operação anterior, não sobre a pena-base.

As causas de aumento da parte geral não podem ser alvo de concurso, devendo ser separadamente aplicadas.

Finalmente, não se pode estabelecer concurso entre uma causa de diminuição e uma de aumento, devendo, mais uma vez, ser ressaltado que o concurso ocorre só entre as causas de diminuição ou entre as de aumento.

A causa de aumento sempre é a última a ser aplicada, pois já incidirá sobre pena diminuída, resultando em benefício para o réu.

### 3.5 - Tentativa – última parcela

A diminuição decorrente da tentativa constitui o último fator ou fase da dosagem da pena, devendo ser aplicada após as causas de diminuição ou aumento relativas ao crime.

Feita a diminuição decorrente da tentativa, nenhum outro acréscimo ou decréscimo há de ser feito, uma vez que, depois de analisadas todas as circunstâncias do delito, ela constitui a última fase da dosagem da pena, a última parcela entre todos os fatores que merecem ser considerados.

Constitui o último cálculo, quer na hipótese em que existam outras causas de diminuição de pena, quer existam causas especiais de aumento de pena.

Observa-se que o *quantum* da diminuição, na tentativa, não pode ser imposto sem motivação.

Verifica-se se o réu apenas iniciou a execução do crime, ou se a exauriu, sem atingir a consumação, por circunstâncias alheias à sua vontade. Se ele apenas deu início à execução, a diminuição deverá ser maior, pois se está diante de uma tentativa imperfeita.

Deve-se verificar, também, se o agente esgotou os meios de execução, só não conseguindo consumir o crime por circunstâncias alheias à sua vontade já estando no final da execução, se está diante de uma tentativa perfeita ou crime falho, quando então a diminuição deverá situar-se em seu patamar mínimo.

### 3.6 - Estabelecimento do regime inicial do cumprimento da pena (artigos 59, III e 33, ambos do Código Penal)

A determinação da pena definitiva finaliza as etapas do método trifásico, mas não exaure o processo de individualização judicial da pena, globalmente considerado. Sendo a pena imposta a privativa de liberdade, é necessária a fixação do regime (art. 59, III do Código Penal).

Neste aspecto, é importante atentar para o fato de que as penas privativas de liberdade, como é próprio do sistema progressivo, são executadas, em regra, de regime a regime, do mais severo (fechado) ao mais brando (aberto).

A essência desse sistema de transferência progressiva do condenado do regime mais gravoso ao mais liberal reside na distribuição do tempo de duração da pena em períodos, cada um regido por regras próprias, todas orientadas na direção da recuperação da liberdade e da reincorporação do condenado ao mundo livre.

Em suma, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena não depende apenas das regras do *caput* e seu §2º do art. 33 do Código Penal, mas também de suas próprias ressalvas, conjugadas com o *caput* do art. 59 e inciso III do Código Penal. Em outras palavras, a individualização do regime não dispensa a análise das circunstâncias judiciais, visto que também jungido ao princípio da proporcionalidade – necessidade e suficiência.



Por fim, em se tratando de crime hediondo, para os que entendem pela constitucionalidade da vedação a concessão da progressão, tecnicamente, não existe *“regime integralmente fechado”*. A pena é que será cumprida integralmente em *“regime fechado”*.

### 3.7 - Realização das substituições cabíveis (artigos 59, IV; 43; 44 e 60, todos do Código Penal)

Julgar e punir alguém, sobretudo com pena privativa de liberdade, é atribuição de grande responsabilidade, mormente quando se verifica que a prisão vem representando um grave risco para a sociedade, pois a contaminação dos males carcerários evidencia-se a cada dia, a tal ponto que hoje se entende que a pena de prisão só deve ser imposta em casos extremos, quando o sentenciado representar, efetivamente, um perigo para a sociedade.

Aliás, a própria Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7209, de 1984, informa que uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere.

Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

Pois bem, consoante o disposto no art. 59, IV do Código Penal, se possível, a pena privativa deve ser substituída por outra espécie de pena. Desta forma, cumpre analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Para tanto, deve-se atentar aos requisitos objetivos e subjetivos que autorizam tal substituição, quais sejam: *a) pena não superior a quatro anos; b) crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente e d) circunstâncias judiciais favoráveis.*

Deve-se examinar ainda se a substituição da pena é reprimenda suficiente para a pessoa do condenado, capaz de ressocializá-lo. Se for cabível a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por penas restritivas de direitos, costuma-se estabelecer: uma na modalidade de prestação de serviços à comunidade, por igual prazo ao da condenação, em local e condições a serem determinados pelo Juízo da Execução Penal, e outra, na forma de prestação pecuniária, consistente no pagamento de determinado valor a entidade pública ou privada, com destinação social, a ser determinada pelo Juízo da Execução Penal.

Finalmente, deve o juiz examinar a possibilidade de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade, nos termos do artigo 46, § 4º do Código Penal, consoante interesse do condenado e o critério do Juiz de Execução, na forma da Lei.

Registra-se, por oportuno, que só se admite a concessão do *sursis* quando incabível a substituição da pena privativa de liberdade por uma das penas restritas de direito, conforme preceitua o art. 77, III do Código Penal.

### 3.8 - Concessão da suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)

Caso não seja indicada ou cabível a substituição da pena privativa por outra (artigo 77, III do Código Penal), se preenchidos os requisitos de lei, pode ser suspensa a pena privativa.

Especificamente no que se refere às condições, é preciso atentar para o fato de que não se pode aplicar o *sursis*, condicionando o benefício à prestação de serviços à comunidade, no primeiro ano, cumulada com o comparecimento mensal em juízo. Pois as condições previstas no §1º do artigo 78 do Código Penal ou *sursis* legal não podem ser cumuladas com aquelas do *sursis* especial, previstas no §2º do mesmo artigo, uma vez que estas últimas são substitutivas das primeiras.

O termo empregado no §2º do artigo 78 do Código Penal – substituir – afasta qualquer dúvida nesse sentido. As condições que podem ser aplicadas cumulativamente, quando não aplicado o *sursis* legal, são aquelas ali impostas, nas letras "a", "b" e "c".

Ainda sobre o *sursis*, importante trazer a lição de PAGANELLA BOSCHI<sup>23</sup>, segundo a qual:

...com a elevação para 4 anos do requisito objetivo para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I), é razoável sustentar que o juiz também pode conceder o *sursis* quando a pena individualizada for superior a 2 anos de reclusão ou detenção e não ultrapassar a 4 anos.

### 3.9 - Fundamentação dos efeitos da condenação referidos no art. 92 do Código Penal

Resta, finalmente, ao juiz, se for o caso, motivadamente declarar os efeitos decorrentes da sentença (art. 92, I, II e III), inclusive a perda de veículos, embarcações, aeronaves ou quaisquer outros meios de transporte, assim como maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza usados na prática de delitos relativos a entorpecentes (art.42, da Lei 10.409, de 2002).

### 3.10 - Aplicação da pena de multa

Assim como acumular bens, ganhar dinheiro e produzir riqueza fazem bem ao homem, nada obstante a preocupação com o *ser* deva preponderar, inversamente, a perda de dinheiro e a redução de bens e de riqueza lhe causam muito mal.

A pena de multa começou a nascer no exato momento em que o homem primitivo descobriu essa verdade. E, por essa razão, a multa, do latim *mulcta*, sempre teve um significado de expiação, retribuição, castigo.

No que se refere à pena de multa, esta comporta duas etapas separadas, dependendo, ainda, a apuração do *quantum* final da pena de operação a ser realizada na fase de execução da pena.

Na primeira etapa, fixa-se a quantidade de dias-multa, que varia entre 10 e 360 dias, ocorrendo aí a parte de individualização da pena, propriamente dita, garantia constitucional de todo condenado (artigo 5º, XLVI da Constituição Federal), em que devem ser observadas as diretrizes do artigo 68 do Código Penal.

<sup>23</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. 181p.

Esta etapa, assim como na fixação da pena privativa de liberdade, divide-se em três fases, previstas no artigo 68 do Código Penal.

Na primeira, fixa-se a pena-base, interpretando-se, à luz dos elementos dos autos, todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, não bastando apenas a sua menção, mas análise profunda de cada uma delas em relação à pessoa do condenado.

Realizada a operação, chega-se à quantidade de dias-multa entre o mínimo de 10 dias e o máximo de 360, sem se preocupar com a situação econômica do réu, mas com a gravidade da infração cometida.

Na segunda fase desta primeira etapa, verifica-se, inicialmente, a existência de circunstâncias atenuantes genéricas e depois das agravantes genéricas, não podendo haver inversão no seu exame, ou seja, se examinar primeiro as agravantes e depois as atenuantes, pois seria indiscutível o prejuízo sofrido pelo condenado.

O entendimento predominante é que atenuantes e agravantes genéricas não podem, respectivamente, levar a pena aquém do mínimo, nem além do máximo, não podendo ser aplicadas quando a pena-base já tiver sido fixada no mínimo, quer se trate das primeiras, ou no máximo, quando se trata das segundas.

Na terceira e última fase da primeira etapa, se procede à eventual alteração resultante de causas de diminuição e depois das de aumento, não se podendo inverter a ordem de aplicação, senão também se evidenciaria prejuízo ao apenado.

Chega-se, assim, à quantidade final de dias-multa, sem nenhuma preocupação com a condição econômica do condenado, mas apenas com as circunstâncias e a gravidade do crime.

Na segunda etapa, depois de apurado o número de dias-multa, se procede à fixação do valor da unidade, isto é, do dia-multa, aí, então, voltado o juiz para a situação econômica do réu.

#### 4 - CONCURSO DE CRIMES

Conforme já exposto, em caso de condenação em mais de um crime, deve o juiz esclarecer a pena aplicada a cada um deles, seja no concurso material (art. 69 do Código Penal), formal (art. 70 do Código Penal) ou crime continuado (art. 71 do Código Penal).



Neste aspecto, para evitar repetição desnecessária, pode-se adotar uma única interpretação das circunstâncias judiciais para todos os crimes, quando estas devem ser igualmente interpretadas, dizendo que o fixamos isoladamente em relação a cada um deles, mas de maneira excepcional, pois a regra é a interpretação diversa, ou seja, cada resultado lesivo tem peculiaridades próprias.

Questão importante, no que diz respeito à fixação da pena no concurso formal, é o critério para o *quantum* de aumento a ser imposto.

Quanto ao critério, doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que se deve levar em consideração o número de crimes que integram o concurso.

Existe um critério acolhido pelo TACRIM-SP que vem sendo adotado por quase todos os Tribunais: Naquele eg. Terceiro Grupo já se tornou pacífico o critério de vincular o acréscimo relativo à continuidade delitiva ao número de delitos.

Quanto maior o número de delitos, maior será o aumento. Assim, em se tratando de dois crimes, o aumento será no mínimo de um sexto, incidindo sobre a pena imposta ao crime mais grave; de três, será um quinto; de quatro, um quarto; de cinco, um terço; de seis, metade, e finalmente de dois terços, quando foram sete ou mais delitos.

Entende-se que a justificativa da pena mais branda deve estar voltada não para a unidade de conduta, mas para a unidade do elemento subjetivo que leva o agente a praticá-lo.

Por fim, tanto quanto possível, a fixação do aumento deve decorrer do critério objetivo referente ao número de infrações, evitando-se, com isto, o risco da incidência em verdadeiro: *bis in idem*, ou seja, o de se levar em conta as circunstâncias já anteriormente no cálculo da pena-base.

Ainda no que se refere ao regime de cumprimento da pena, deve-se tomar cuidado no sentido de que na aplicação do concurso material, havendo soma das penas, deve-se destacar a obrigatoriedade de se executar primeiramente a pena de reclusão e após a de detenção, como determinou o artigo 69 do Código Penal, quando se tratar de natureza distinta.

## 5 - CONCLUSÃO

Consoante a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal – Lei n. 7209, de 1984, a finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito (art. 59 do Código Penal): importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para *“reprovação e prevenção do crime”*.

Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas conseqüências. Assinale-se, ainda, outro importante acréscimo: cabe ao juiz fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade, fator indispensável da individualização que se completará no curso do procedimento executório, em função do exame criminológico.

Contudo, a par da técnica, é preciso chamar atenção para a necessária compreensão humana dos processos criminais submetidos a julgamento. Conhecer a relação dos autos com a realidade.

Nas palavras de ALBERTO SILVA FRANCO:

... é necessário que o juiz esteja sensibilizado pelo questionamento social. A apreensão da realidade social, a percepção de que lida, antes de tudo, com conflitos e não com consensos, e a compreensão de que o processo não é um monte de papéis, mas representa a expectativa, a pretensão, a tutela ou a proteção de um ser humano concreto, de carne e osso.

Daí, ser grande a responsabilidade do juiz brasileiro.

Tem diante de si um sistema carcerário falido. Um Poder Judiciário assoberbado de trabalho, que o obriga a trabalhar durante a noite e nos finais de semana, em processos que, em razão da enorme demanda, não são suficientemente instruídos, de sorte a permitir uma perfeita individualização.

Não vige o princípio da identidade física do juiz, de maneira que quem julga, muitas vezes, não conheceu o réu ou coletou a prova. Não conta, salvo raras exceções, com psicólogo ou assistente social para lhe fornecer informações sobre a psique e a vida social do réu, da vítima e de seus familiares.

Enfim, é diante desse quadro que o juiz tem de decidir a vida de um cidadão. Sua missão social é extraordinária, pois pode reconstruir ou destruir um homem.

Todavia, tais dificuldades jamais poderão servir de álibi para fugir à responsabilidade de bem instruir o processo-crime e proceder à completa individualização da pena na forma da lei e da Constituição Brasileira que tem por fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana.

Assim, consciente de seu dever, em especial no que refere a ser garantidor dos direitos históricos, terá ele de ser, nas palavras de Néelson Hungria, um pouco *pelicano*<sup>24</sup>, a dar alguma coisa de si mesmo em cada um de seus julgamentos.

*Que Deus nos ilumine!*

<sup>24</sup> Conta a lenda que esse pássaro, na falta de alimento, fere o próprio peito para alimentar os filhotes, ou também, ao alimentar os filhos com sua própria carne, o Pelicano representa a abnegação, atributo de quem tem a honrosa missão de promover o bem-estar.