

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

CAROLINA PIMENTEL TAVARES RODRIGUES

**O PROCESSO DECISÓRIO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: OS  
PARÂMETROS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O SEU IMPACTO NA  
SOCIEDADE**

São Paulo – SP

2022



CAROLINA PIMENTEL TAVARES RODRIGUES

**O PROCESSO DECISÓRIO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: OS  
PARÂMETROS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O SEU IMPACTO NA  
SOCIEDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, orientado pelo Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci

São Paulo – SP

2022



Nome: RODRIGUES, Carolina Pimentel Tavares

Título: O Processo Decisório no Direito Penal Brasileiro: Os Parâmetros da Individualização da Pena e o Seu Impacto na Sociedade

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como pré-requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, orientado pelo Professor Doutor Guilherme de Souza Nucci

Aprovado em:

Banca Examinadora

São Paulo, \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022.



## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Maria Helena e Sérgio, por proporcionarem todas as minhas oportunidades, e por serem os melhores pais que eu poderia ter.

Ao meu irmão, Gabriel, e à minha família, por estarem sempre presentes e celebrando minhas conquistas.

Ao meu namorado, Guilherme, por ser, há anos, meu maior companheiro.

Aos meus amigos e, especialmente, aqueles que encontrei na Faculdade e que proporcionaram os melhores momentos da minha graduação.

Aos meus professores da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo que marcaram a minha formação acadêmica.



## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo examinar o método e a larga margem discricionária do juiz ao aplicar a pena aos condenados, dentre os limites previamente estabelecidos pelo legislador no tipo penal. Buscou-se, inicialmente, apresentar os conceitos referentes ao princípio constitucional da individualização da pena e da própria pena em si. Em seguida, foi feita uma demonstração acerca do procedimento previsto pelo legislador para a adequada aplicação da pena nos casos concretos pelos julgadores. Por fim, foi apresentada a problemática por trás desta aplicação da pena, que, na realidade, muitas vezes, se mostra injusta, parcial e padronizada.

Palavras chave: pena; individualização da pena; aplicação da pena; discricionarieidade; arbitrariedade; pena justa.



## **ABSTRACT**

The present monography aims to examine the judges' method and wide discretionary margin when applying the sentence to convicts, among the limits previously established by the criminal legislation. Initially, the concepts related to the constitutional principle of individualization of the sentence and the sentence itself are going to be presented. Afterwards, a demonstration of the procedure established by the legislation for the proper application of the sentence in the specific cases by the judges will be made. Finally, the problem behind this form of application of the sentence will be presented and analyzed, which, in fact, is often unfair, partial and standardized.

**Key words:** sentence; individualization of the sentence; application of the sentence; discretion; arbitrariness; fair sentence.



## SUMÁRIO

<b>Introdução .....</b>	<b>15</b>
<b>Capítulo 1. O Princípio da Individualização da Pena .....</b>	<b>17</b>
<b>1.1 Contextualização.....</b>	<b>18</b>
<b>1.2 Conceito .....</b>	<b>19</b>
<b>1.3 A Individualização da Pena .....</b>	<b>21</b>
<b>1.3.1 Individualização Legislativa .....</b>	<b>22</b>
<b>1.3.2 Individualização Judiciária.....</b>	<b>23</b>
<b>1.3.3 Individualização Executória .....</b>	<b>23</b>
<b>Capítulo 2. As Penas .....</b>	<b>25</b>
<b>2.1 Finalidades da Pena.....</b>	<b>25</b>
<b>2.2 Espécies de Pena .....</b>	<b>26</b>
<b>2.2.1. Penas Privativas de Liberdade .....</b>	<b>26</b>
<b>2.2.1.1 Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade .....</b>	<b>27</b>
<b>2.2.1.2 Fixação do regime inicial de cumprimento de pena .....</b>	<b>27</b>
<b>2.2.2 Penas Restritivas de Direitos .....</b>	<b>28</b>
<b>2.2.3 Pena de Multa.....</b>	<b>28</b>
<b>Capítulo 3. Aplicação da Pena.....</b>	<b>31</b>
<b>3.1 Fixação da Pena .....</b>	<b>31</b>
<b>3.1.1. Classificação das Circunstâncias .....</b>	<b>32</b>
<b>3.1.1.1 Qualificadoras .....</b>	<b>32</b>
<b>3.1.1.2 Circunstâncias Judiciais.....</b>	<b>33</b>
<b>3.1.1.3 Circunstâncias Agravantes e Atenuantes .....</b>	<b>33</b>
<b>3.1.1.4 Causas de Aumento e Diminuição de Pena.....</b>	<b>34</b>
<b>3.1.2. Estabelecimento das Circunstâncias .....</b>	<b>35</b>
<b>3.2 Dosimetria da Pena .....</b>	<b>35</b>

<b>Capítulo 4. O Processo Decisório no Direito Penal Brasileiro e os Parâmetros da Individualização da Pena.....</b>	<b>37</b>
<b>4.1 Escolha da Pena pelo Magistrado.....</b>	<b>37</b>
<b>4.1.1 Individualização da Pena e a Pena Justa .....</b>	<b>38</b>
<b>4.1.2 Fundamentação da Pena.....</b>	<b>39</b>
<b>4.2 A Discricionariedade e a Arbitrariedade.....</b>	<b>40</b>
<b>4.3 As Decisões dos Tribunais Brasileiros.....</b>	<b>41</b>
<b>Conclusão.....</b>	<b>45</b>
<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>49</b>

## Introdução

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objeto o estudo da aplicação das penas sob a égide das normas regras e normas princípios previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no Código Penal brasileiro de 1940, e os seus principais impactos na sociedade brasileira.

O Código Penal brasileiro de 1940 possui uma parte destinada especialmente às penas. Através do Título V do referido diploma, o legislador estabeleceu diversas normas com o intuito de auxiliar e guiar os juízes na aplicação das penas.

Contudo, tais normas acabam por serem demasiado genéricas, de modo que os julgadores possuem interpretações diversas acerca dessas referidas normas e, muitas vezes, as interpretações são até contraditórias.

Como se sabe, cada ramo do Direito possui princípios próprios, que informam todo sistema. No que diz respeito à aplicação das penas, devemos dar especial atenção ao princípio da individualização da pena, que foi inserido como princípio constitucional, no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988.

Apesar desta previsão constitucional, o processo individualizador da pena já constava da legislação ordinária, basicamente, no Código Penal. Ocorre que, na aplicação da pena, os julgadores nem sempre se atentam ao conjunto de elementos indispensáveis para se alcançar uma pena justa.

Neste sentido, é de suma importância compreender o alcance do referido princípio, a fim de delimitar e regulamentar a atuação dos julgadores nos casos concretos.

Diante disso, pode-se observar que o processo decisório na definição de penas gera um grande impacto na sociedade brasileira. Deveras, para um mesmo crime, com as mesmas circunstâncias, o acusado pode receber diferentes tratamentos e até diferentes penas, a depender de quem irá julgar seu caso. Ainda, é muito comum o acusado ser absolvido ou então ser posto em liberdade assim que o Tribunal profere o acórdão, diante dos diversos e, muitas vezes, contraditórios, entendimentos dos julgadores.

Por todo o exposto é que o presente trabalho se propõe a analisar o processo decisório no direito penal brasileiro, o princípio da individualização da pena e o seu impacto na sociedade.



## Capítulo 1. O Princípio da Individualização da Pena

Inicialmente, oportuno destacar que a Constituição, em um Estado Democrático de Direito, nas palavras de Miguel Reale Júnior (2020), “se, de um lado, consagra direitos fundamentais e estabelece limites ao poder político, instituindo princípios básicos de proteção do indivíduo frente ao Estado, por outro, fixa diretrizes, com a finalidade de promover valores e ações de cunho social.”<sup>1</sup>

Nesse diapasão, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 incorporou, sob a forma de princípios fundamentais, os valores advindos do Iluminismo, assegurando, dentre outros, as garantias penais e processuais penais referentes à liberdade individual.<sup>2</sup> Isto é, a Carta Magna estabeleceu diversos princípios, dentre eles, princípios fundamentais do Direito Penal, garantidores do indivíduo contra o arbítrio estatal.

Para Alberto Jorge Correia de Barros Lima (2012):

Os princípios constitucionais penais são, é possível dizer, uma exigência de racionalização e legitimação, imposta pela Carta Constitucional, para elaboração e operacionalização do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. São limites democráticos que estreitam e condicionam tanto as possibilidades de formulações legislativas penais referentes à privação da liberdade e da vida humana, direitos fundamentais, quanto à atuação judicial concernente à interpretação das regras criminais existentes.<sup>3</sup>

Ainda, de acordo com Miguel Reale Júnior (2020):

O que importa como limite ao poder de punir é o respeito obrigatório do legislador penal aos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da individualização da pena ou o da proporcionalidade e os valores da Justiça e da liberdade, constantes do preâmbulo da Constituição.<sup>4</sup>

No chamado “Direito Constitucional Penal” instituíram-se diversos direitos fundamentais, dentre eles, a individualização da pena, que trata-se de uma conquista do próprio Iluminismo, e que ganhou assento constitucional no art. 5º, XLVI, da nossa Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> REALE JUNIOR, Miguel. Fundamentos de direito penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<sup>2</sup> PRADO, Luiz Regis (coord.); GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mario (org.). Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<sup>3</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de B. Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais. 1ª edição. Editora Saraiva, 2012.

<sup>4</sup> REALE JUNIOR, Miguel. Fundamentos de direito penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

## 1. Contextualização

Ao longo da Idade Média, época marcada pela tirania, a aplicação das penas era influenciada pelo arbítrio judicial, ou seja, não existiam limites estabelecidos para a determinação das sanções penais, de modo que os juízes possuíam poderes excessivos, que eram exercidos arbitrariamente e não em prol da Justiça.

Diante desse arbítrio judicial que marcou o Direito Penal no período anterior ao Iluminismo, adotou-se, sob a influência de Cesare de Beccaria, um sistema rígido de penas fixas, representando o “mal justo” na exata medida do “mal injusto” praticado pelo delinquente<sup>5</sup>. Esse sistema dava pouca ou nenhuma flexibilidade aos juízes para aplicar as sanções penais. Na concepção de Beccaria, alinhada à de Montesquieu, a função do juiz deveria limitar-se à aplicação mecânica da lei, não cabendo a ele a sua interpretação.

Assim, da Antiguidade, com um sistema sem freios na aplicação das penas, sucedeu-se um sistema extremamente rígido. Contudo, esse novo modelo também se mostrou inadequado, uma vez que aos julgadores não era possível sopesar devidamente as circunstâncias do delito para uma melhor correspondência da sanção penal ao agente do fato criminoso<sup>6</sup>.

Conforme bem elucidado por Cezar Roberto Bitencourt (2022):

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.<sup>7</sup>

Diante disso, iniciou-se um grande movimento à livre dosagem da pena pelo juiz. Inaugurando esse sistema, o Código Penal francês de 1810 estabeleceu limites mínimos e máximos, dentre os quais poderia variar a mensuração da pena.

A partir dessa concepção, a maioria das legislações modernas passaram a adotar sistemas fixando os limites dentre os quais o juiz deve estabelecer fundamentadamente a pena

---

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, v. 1 parte geral (arts. 1º a 120). Ed 28. São Paulo Saraiva Jur 2022.

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, v. 1 parte geral (arts. 1º a 120). Ed 28. São Paulo Saraiva Jur 2022.

aplicável ao caso concreto. Essa orientação é conhecida como *individualização da pena*, e foi adotada em diversos ordenamentos, pois possibilita ao julgador a faculdade controlada de escolher a sanção mais adequada ao acusado sem esquecer a gravidade objetiva do crime ou suas consequências particulares. Esse critério tem por base o estabelecimento de determinadas circunstâncias que tornam o fato mais ou menos grave.

No Brasil, não foi diferente. Na fala do Ministro Hélio Quaglia Barbosa (2066) “Já há muito tempo que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou princípios como o da igualdade de todos perante a lei e o da individualização da pena. O da individualização convive conosco desde o Código de 1830.”<sup>8</sup>

Aliás, conforme lembra Miguel Reale Junior (2020):

A Reforma Penal de 1984 tornou mais amplo o poder discricionário do juiz, acentuando, a cada passo, a tarefa de individualização da sanção penal, repetindo, em diversos momentos, os critérios de que deve lançar mão o magistrado na escolha da justa medida.

Passa a ser um mote a referência às circunstâncias, mormente às subjetivas, às quais cumpre o juiz recorrer para fixar sua opção por esta ou aquela modalidade de pena, por este ou aquele regime de cumprimento da pena, bem como com relação à quantidade da pena.<sup>9</sup>

## 1.2. Conceito

A individualização da pena está prevista no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal: “a lei regulará a individualização da pena.”

Nélson Hungria (1945) explica que a individualização da pena significa:

Retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso. Ao ser cominada *in abstracto*, a pena é individualizada objetivamente; mas ao ser aplicada *in concreto*, prescinde da sua individualização subjetiva. Após a individualização convencional da lei, a individualização experimental do juiz, ao mesmo tempo objetiva e subjetiva. É conservada a prefixação de mínima e máxima especiais; mas, suprimida a divisão dos graus intermédios, o juiz pode mover-se livremente entre aqueles, para realizar a “justiça do caso concreto”.<sup>10</sup>

Nas palavras do Ministro Ribeiro Dantas (2019):

---

<sup>8</sup> STJ, MC 8902/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª T., DJ 18/12/2006, p. 518.

<sup>9</sup> REALE JUNIOR, Miguel. Fundamentos de direito penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<sup>10</sup> HUNGRIA, Nélson. Novas questões jurídico-penais. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito e em decisão motivada.<sup>11</sup>

Sucintamente, a individualização da pena pode ser definida como a obrigatoriedade da sanção imposta considerar, especificamente, aquela determinada pessoa condenada.<sup>12</sup>

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete (2021), “o direito constitucional de individualização da pena pressupõe que o julgador considere as particularidades individuais do condenado em sua relação com um mandamento legal determinado.”<sup>13</sup>

Para Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2022), trata-se da “conclusão necessária do respeito à dignidade da pessoa humana, que tem como consequência o reconhecimento da individualidade e adequação do tratamento por parte do Estado, influenciado pela peculiar condição do indivíduo.”<sup>14</sup>

A individualização da pena é considerada uma das *garantias criminais repressivas*, “constituindo postulado básico de justiça”<sup>15</sup>, e, segundo Cezar Roberto Bitencourt (2022):

Como tal, exige absoluta e completa fundamentação judicial. É verdade que o legislador abre um grande crédito aos juízes na hora de realizar o cálculo da pena, ampliando sua atividade discricionária. Contudo, como discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, nosso Código Penal estabelece critérios a serem observados para a fixação da pena.

(...)

Assim, todas as operações realizadas na dosimetria da pena, que não se resumem a uma simples operação aritmética, devem ser devidamente fundamentadas, esclarecendo o magistrado como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração.<sup>16</sup>

No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete (2021) enfatiza que:

A individualização, personalização e humanização da pena são garantias criminais repressivas impostas pela ciência e pela técnica, assegurando ao homem delinquente o tratamento mais justo possível. São, portanto, princípios

<sup>11</sup> STJ, AgRg no HC 504.043/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 20/08/2019.

<sup>12</sup> LIMA, Alberto Jorge Correia de B. Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais. 1ª edição. Editora Saraiva, 2012.

<sup>13</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. Grupo GEN, 2021

<sup>14</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Maria Patricia. Manual de direito penal: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

<sup>15</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. Grupo GEN, 2021

<sup>16</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, v. 1 parte geral (arts. 1º a 120). Ed 28. São Paulo Saraiva Jur 2022

fundamentais da pena, assegurados em normas constitucionais e imprescindíveis para que o direito penal alcance os objetivos a que se propõe.<sup>17</sup>

Segundo Miguel Reale Junior (2020)<sup>18</sup>, “a individualização visa a atender o que se revela necessário e suficiente à reprovação e prevenção.” Ainda, assevera o autor que:

Ao se individualizar a pena, age-se não só em função do necessário para o réu, mas para com o necessário à sociedade.

A perspectiva da prevenção geral, como critério de política criminal apesar na individualização da pena, completa o programa legislativo, pois a pena será justa enquanto atender à reprovação que o ato encontrou no meio social, dando eficácia ao fim intimidativo e educativo da repressão penal.

No que diz respeito à individualização da pena, o Supremo Tribunal Federal (2020) já fixou o seguinte entendimento:

O processo de individualização da pena é tarefa de caráter subjetivo, devendo as diretrizes do artigo 59 do CP ser sopesadas em consonância com as condições pessoais do agente e as objetivas de cada fato delituoso”, de forma que “não se aplica um critério meramente matemático de comparação entre penas cominadas a delitos distintos, com intervalos diversos entre a pena máxima e a pena mínima, sob pena de violação do princípio da individualização.<sup>19</sup>

Em suma, pode-se concluir que, “todo direito penal moderno é orientado no sentido da individualização das medidas penais, porquanto se pretende que o tratamento penal seja totalmente voltado para características pessoais do agente a fim de que possa corresponder aos fins que se pretende alcançar com a pena ou com as medidas de segurança.”<sup>20</sup>

### **1.3 A Individualização da Pena**

A fim de evitar a padronização à sanção penal, a individualização da pena desdobra-se, segundo a doutrina majoritária, em três fases: a individualização legal, a individualização judicial e a individualização executória.

<sup>17</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. Grupo GEN, 2021.

<sup>18</sup> REALE JUNIOR, Miguel. Fundamentos de direito penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<sup>19</sup> STJ, APn 702/AP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rev. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 03/08/2020, DJe 14/08/2020.

<sup>20</sup> BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Campinas: Red Livros, 2000.

A individualização da pena deverá ocorrer nas seguintes fases: cominação (de competência do legislador), aplicação (de competência do julgador) e execução (que compete ao juiz da execução penal).<sup>21</sup>

Aliás, Rogerio Greco (2021) adverte que, “com a finalidade de orientar o julgador neste momento tão importante que é o da aplicação da pena, a lei penal traçou uma série de etapas que, obrigatoriamente, deverão ser por ele observadas, sob pena de se macular o ato decisório, podendo conduzir até mesmo à sua nulidade.”<sup>22</sup>

### 1.3.1 Individualização Legislativa

Segundo José Frederico Marques (*apud* GRECO, 2011), individualização legislativa é aquela:

Que o legislador estabelece quando discrimina as sanções cabíveis, delimita as espécies delituosas e formula o preceito sancionador das normas incriminadoras, ligando a cada um dos fatos típicos uma pena que varia entre um mínimo e um máximo claramente determinados. A individualização legislativa, por outra parte, domina e dirige as demais porque é a lei que traça as normas de conduta do juiz e dos órgãos da execução penal, na aplicação das sanções.<sup>23</sup>

Em outras palavras, cabe ao legislador fixar, no momento da elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínima e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime.

Chamada também de individualização *in abstracto*, em síntese, estabelecem-se e discriminam-se as sanções cabíveis nas várias espécies delituosas.

Deve ser respeitada a proporcionalidade entre a gravidade do crime e a pena prevista, ou seja, crimes mais graves devem sofrer sanções mais severas.

---

<sup>21</sup> GRECO, Rogerio. Código Penal comentado. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

<sup>22</sup> GRECO, Rogerio. Código Penal comentado. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

<sup>23</sup> MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal, v. III. 2011.

### 1.3.2 Individualização Judiciária

Sintetizando, Rogerio Greco (2011) explica que “do plano abstrato (fase da cominação) mergulhamos no plano concreto (fase da aplicação), cabendo ao juiz do processo penal de conhecimento aplicar àquele que praticou um fato típico, ilícito e culpável uma sanção penal que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.”<sup>24</sup>

Tendo o réu incorrido em qualquer uma das infrações elencadas no Código Penal, parte-se para o segundo momento da individualização da pena, que ocorre no plano judicial, consagrada no arbítrio e discricção do juiz.

Isto é, após a prática da infração penal e a sua apuração, o juiz determina a espécie e o montante de pena ao condenado.

### 1.3.3 Individualização Executória

Na terceira fase da individualização, ou seja, na execução da pena, que tem a finalidade preponderante de reinserção social (art. 1º da LEP), a pena deve ser cumprida em local adequado às peculiares circunstâncias do condenado, e privilégios e castigos devem variar de acordo com o comportamento do reeducando.

Guilherme de Souza Nucci (2009) pontua que “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, o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada.”<sup>25</sup>

Em síntese, a individualização executória é processada no período de cumprimento da pena que abrange medidas judiciais e administrativas, ligadas ao regime penitenciário, à suspensão da pena, ao livramento condicional etc.

---

<sup>24</sup> GRECO, Rogerio. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

<sup>25</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



## **Capítulo 2. As Penas**

A pena trata-se da sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes.

O caráter retributivo está expresso no art. 59 do Código Penal. A pena deve ser retributiva, na medida em que proporcional ao mal causado pelo delito

Por sua vez, o caráter preventivo da pena desdobra-se em geral, positivo e negativo, bem como em especial, positivo e negativo.

O geral preventivo positivo significa que a aplicação da pena tem por finalidade reafirmar e legitimar o Direito Penal em face da sociedade; o geral preventivo negativo que a pena concretizada fortalece o poder intimidativo estatal perante à sociedade, destinatária da norma penal. Já o especial preventivo positivo: é o caráter reeducativo e ressocializador da pena, buscando preparar o condenado para uma nova vida, respeitando as regras impostas pelo ordenamento jurídico; o preventivo negativo significa voltar-se a pena igualmente à intimidação do autor da infração penal para que não torne a agir do mesmo modo, além de, conforme o caso, afastá-lo do convívio social, garantia maior de não tornar a delinquir, ao menos enquanto estiver segregado.

Em suma, a pena deve ser fundamentada na retribuição e na prevenção, influenciando o processo de individualização da pena, desde a fase legislativa, passando pela judiciária até atingir a executória. Nas duas primeiras, há que se considerar ambos os fatores; na terceira, apenas a prevenção.

### **2.1 Finalidades da Pena**

Tradicionalmente, surgiram três teorias acerca da natureza e finalidade da pena: as teorias absolutas, as teorias relativas e as teorias mistas.

Para as teorias absolutas, as sanções penais teriam como fundamento a justiça, de modo que a pena teria função predominantemente retributiva, ou seja, teria como objetivo compensar o “mal” do crime. Isto é, a punição do agente se justificaria justamente pelo fato de ele ter cometido o crime.

Para as teorias relativas, a pena teria uma função prática, de prevenir novos crimes. O crime não seria causa da pena, mas a ocasião para ser aplicada.

Já para as teorias mistas, a pena teria as duas finalidades supracitadas, quais sejam, a retributiva e a preventiva. Nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete (2021)<sup>26</sup>: “Passou-se a entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção.”

Pode-se concluir que a pena, desde as suas origens, até hoje, sempre teve o caráter predominantemente retributivo, mas também marcado pela prevenção e ressocialização do criminoso.

## **2.2 Espécies de Pena**

Nos termos do artigo 32 do Código Penal, as penas são classificadas em: penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e penas de multa.

Através dessa classificação, é possível dividir as penas em duas categorias: as penas comuns, que são as privativas de liberdade e as multas, e as penas alternativas, que são as restritivas de direito. Contudo, importante ressaltar que a multa pode ser utilizada também como substitutiva da pena privativa de liberdade.

### **2.2.1. Penas Privativas de Liberdade**

As penas privativas de liberdade incidem na liberdade de locomoção do condenado e são as mais utilizadas nas legislações modernas. Podem ser divididas em prisão perpétua e prisão temporária, sendo a primeira vedada em nosso ordenamento jurídico.

A Lei de Introdução ao Código Penal estabeleceu que as penas privativas de liberdade podem ser: reclusão, detenção e prisão simples.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

<sup>27</sup> Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

### **2.2.1.1 Regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade**

A legislação brasileira classifica os regimes de cumprimento de pena em: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto.

O regime fechado é aquele em que a pena deve ser cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média, as denominadas penitenciárias.

Já no regime semiaberto, a pena deve ser cumprida em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimentos similares. Isto porque é uma transição entre o isolamento do regime fechado e a efetiva integração social do regime aberto.

Por fim, o regime aberto é aquele em que o sentenciado passa o dia em liberdade e sem vigilância e, durante a noite, finais de semana e feriados, em recolhimento na casa de albergado. Este estabelecimento é responsável pelo desenvolvimento de atividades que tem o escopo de promover a definitiva e efetiva inserção social do condenado.

### **2.2.1.2 Fixação do regime inicial de cumprimento de pena**

Através do disposto no artigo 33 do Código Penal, pode-se concluir que, para a escolha do regime inicial de cumprimento de pena, há, a princípio, um critério objetivo, que é a quantidade da pena. Contudo, se reconhece, também, algumas exceções de cunho subjetivo, que são previstas pela legislação penal especial.

Após o cálculo da pena, deve o regime inicial ser fixado nos seguintes termos: caso a pena não seja superior a 04 (quatro) anos, nos crimes punidos com reclusão ou detenção, o regime inicial deve ser o aberto; caso a pena não seja superior a 08 (oito) anos, o regime inicial deve ser o semiaberto; e, caso a pena seja superior a 08 (oito) anos, nos crimes punidos com reclusão, o regime inicial deve ser o fechado e, nos crimes punidos com detenção, deverá ser o semiaberto.

Todavia, é certo que, em qualquer caso, circunstâncias excepcionais podem determinar a fixação de regime inicial diverso que o indicado pela regra, ressalvado os limites legais.

### 2.2.2 Penas restritivas de direitos

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade. Caracterizam-se, como sugere o próprio nome, pelo fato de retirarem ou diminuírem direitos dos sentenciados.

Segundo o artigo 43 do Código Penal, dividem-se em: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

As penas privativas de liberdade serão substituídas pelas penas restritivas de direitos quando preenchidos os requisitos cumulativos do artigo 44 do Código Penal, quais sejam, dois requisitos objetivos (quantidade da pena e inexistência de violência ou grave ameaça) e dois requisitos subjetivos (réu não reincidente no mesmo crime doloso e circunstâncias subjetivas favoráveis).

### 2.2.3 Pena de Multa

De acordo com o artigo 49 do Código Penal, a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia fixada na sentença.

A multa pode ser prevista na legislação de forma: isolada, como nas contravenções penais; alternativa, quando é imposta pena privativa de liberdade ou multa; ou cumulada, quando é imposta pena privativa de liberdade e multa.

A pena de multa deve ser fixada respeitando-se um procedimento bifásico, no qual, deve ser definido, sucessivamente, o número de dias-multa e o valor dos dias-multa. Multiplicando um pelo outro, o resultado é o valor da multa a ser paga pelo condenado.

O supracitado dispositivo regula a quantidade de dias-multa a ser aplicada, estabelecendo limites mínimo e máximo, respectivamente, de dez e de trezentos e sessenta.

Não havendo previsão legal acerca da quantidade exata de dias-multa a ser fixada, cabe à doutrina estabelecer alguns critérios. Segundo Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2022)<sup>28</sup>,

---

<sup>28</sup> JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Maria Patricia. Manual de direito penal: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

estes seriam: a adoção de critério similar ao das penas privativas de liberdade, com especial atenção ao binômio gravidade do fato em concreto/culpabilidade do autor; o respeito ao sistema trifásico estabelecido no artigo 68 do Código Penal; bem como as circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

No que diz respeito ao valor de cada dia-multa, estabelece o art. 49, § 1º, do Código Penal, que este será fixado entre 1/30 do salário mínimo até 5 salários mínimos cada e, preceitua o art. 60 do Código que o valor do dia-multa será fixado de acordo com a capacidade econômica do condenado.

Ainda, nos termos do art. 60, § 1º, do CP, se o magistrado entender, ao final da operação supradescrita, que o valor alcançado não é capaz de cumprir a função retributivo-preventiva da pena, diante da condição financeira do condenado, poderá até triplicar o valor final.

Importante ressaltar que, à luz princípio da anterioridade da pena, o salário mínimo que deve ser levado em conta é aquele vigente na época do fato.



### Capítulo 3. Aplicação da Pena

Preceitua o artigo 59 do Código Penal ser um dever do juiz fixar uma pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2009): “A aplicação da pena trata-se de um processo de discricionariedade juridicamente vinculada, por meio do qual o juiz, visando à suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei.”<sup>29</sup>

A partir da redação do art. 68, *caput*, do Código Penal<sup>30</sup>, é possível concluir que o cálculo da pena é efetuado através de um sistema trifásico, da seguinte forma: a pena-base deve ser fixada analisando-se as circunstâncias judiciais do art. 59, em seguida, a pena provisória deve ser estabelecida, analisando-se as atenuantes e as agravantes e, por fim, a pena deve se tornar definitiva, analisando-se as causas de diminuição e de aumento.

Após a definição da pena definitiva do caso concreto, deverá o juiz fixar o regime inicial de cumprimento de pena, observados os requisitos legalmente estabelecidos.

Em seguida, deverá examinar o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, com a verificação dos requisitos pré-estabelecidos em lei.

Por fim, deverá o magistrado analisar a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do cumprimento da pena.

#### 3.1 Fixação das Penas

De acordo com as disposições do Código Penal, deve o juiz fixar a pena analisando diversas circunstâncias que, como bem conceitua Julio Fabbrini Mirabete (2021)<sup>31</sup>, podem ser conceituadas como “dados subjetivos ou objetivos que fazem parte do fato natural, agravando ou diminuindo a gravidade do crime sem modificar-lhe a essência.”

---

<sup>29</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>30</sup> “A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

<sup>31</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

Em cada fase do processo de fixação da pena, determinada espécie de circunstância do crime interfere na sanção, seja para aumentá-la, seja para diminuí-la. Isto porque, como já mencionado, a pena-base deve ser fixada analisando-se as circunstâncias judiciais do art. 59, a pena provisória, analisando-se as circunstâncias legais, que são as atenuantes e as agravantes; e, a pena definitiva, analisando-se as causas de diminuição e de aumento.

### **3.1.1 Classificação das Circunstâncias**

As circunstâncias podem ser judiciais ou legais. As judiciais são aquelas mencionadas no art. 59 do CP, e que devem ser consideradas na fixação inicial da pena a ser imposta ao agente de qualquer delito. Já as legais podem ser genéricas, quando previstas na Parte Geral do Código Penal (agravantes e atenuantes, e causas gerais de aumento ou diminuição de pena) ou especiais, quando previstas na Parte Especial (qualificadoras e causas especiais de aumento ou diminuição de pena).

Ainda, as circunstâncias podem ser subjetivas ou objetivas. As subjetivas relacionam-se com o sujeito ativo do crime e as objetivas dizem respeito a todas aquelas que não se relacionam diretamente com a pessoa do agente, podendo referir-se ao meio utilizado para a prática do crime, às consequências do delito, à pessoa da vítima, etc.

#### **3.1.1.1 Qualificadoras**

As qualificadoras fazem parte do tipo chamado qualificado, ao qual é cominada uma pena mais severa em seus limites, em decorrência das circunstâncias estabelecidas pelo legislador. Isto é, as qualificadoras determinam novos limites mínimo e máximo expressos ao tipo incriminador.

No que diz respeito à aplicação no caso concreto, incidindo duas qualificadoras do crime, uma deve funcionar para a fixação de pena-base, enquanto a outra servirá, como agravante comum, para cálculo da pena definitiva.

### 3.1.1.2 Circunstâncias judiciais

As circunstâncias judiciais, que estão previstas no art. 59 do Código Penal, fornecem ao julgador critérios necessários para a fixação da pena-base. São elas: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima.

São chamadas judiciais, pois são, em sua maioria, termos abertos, que permitem interpretações muito pessoais por parte do julgador.

No caso concreto, quando as circunstâncias judiciais forem favoráveis, a pena-base deve ficar no mínimo cominada em abstrato, ou aproximar-se desse limite. Por outro lado, caso sejam desfavoráveis, devem ser realizados os devidos acréscimos proporcionais.

Importante ressaltar que não se pode levar em conta duas vezes uma só circunstância em face do princípio do *non bis in idem*.

### 3.1.1.3 Circunstâncias agravantes e atenuantes

As circunstâncias agravantes e atenuantes são classificadas como circunstâncias legais, pois, ao contrário das judiciais, não há grande arbítrio judicial nas possíveis interpretações de seus significados.

As circunstâncias agravantes, como sugere o próprio nome, agravam sempre a pena, quando não constituem ou qualificam o delito. No Código Penal, estão previstas nos arts. 61 e 62, embora na legislação especial seja possível encontrar outras agravantes.

Por outro lado, as circunstâncias atenuantes, por configurarem dados objetivos ou subjetivos positivos, devem diminuir a pena. Estão previstas no art. 65 do Código Penal, sendo que o art. 66 também prevê as chamadas atenuantes genéricas. Importante destacar que em todas as hipóteses previstas no dispositivo, a redução é obrigatória.

As atenuantes e agravantes possuem uma característica fundamental, qual seja, a de não poder servir para a transposição dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente cominada. Assim, a presença de atenuantes não pode levar a aplicação a abaixo do mínimo, nem a de

agravantes a acima do máximo. Nos termos da Súmula 231 do STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

No caso concreto, não havendo circunstância agravante ou atenuante, deve a pena-base manter-se inalterada.

Ademais, as atenuantes e agravantes não têm o mesmo peso na quantidade da pena a ser diminuída ou aumentada. Isto porque, nos termos do art. 67 do CP, havendo concurso de agravantes e atenuantes, deve o juiz fazer com que a pena se aproxime do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. Circunstâncias preponderantes, nos termos do referido dispositivo, são as de caráter subjetivo referentes aos motivos determinantes do crime, à personalidade do agente e à reincidência.

#### **3.1.1.4 Causas de aumento e diminuição de pena**

As causas gerais de aumento ou diminuição de pena podem ser encontradas nos mais variados delitos e influem no aumento ou diminuição da pena após terem sido consideradas as circunstâncias judiciais, as agravantes e as atenuantes. Elas podem ser fixas ou previstas em limites variáveis, e alteram a pena com o uso de frações.

Quanto às causas de aumento ou diminuição previstas em limites variáveis, elas devem ser calculadas em razão das próprias causas e não das circunstâncias do crime, pois estas já foram apreciadas na dosimetria da pena.

As causas de aumento de pena são também chamadas de *majorantes*, e as causas de diminuição de pena, de *minorantes*.

As causas especiais de aumento de pena, que também são consideradas qualificadoras em sentido amplo, referem-se a determinados delitos, fixando-se um aumento da sanção imposta ao crime simples em decorrência de sua existência no fato, tornado mais grave por essas circunstâncias. As causas especiais de diminuição de pena, ao contrário, determinam uma redução da sanção por tornarem o fato menos grave.

No caso concreto, havendo várias causas de aumento ou diminuição em quantidades fixas ou dentro de determinados limites, cada aumento ou diminuição se opera sobre a quantidade da pena resultante da operação anterior.

Além disso, segundo o parágrafo único do art. 68 do CP, havendo concorrência de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. Importante ressaltar que os aumentos e diminuições previstos na Parte Geral, contudo, acarretam sempre agravações ou diminuições da pena nos limites estabelecidos na lei.

### 3.1.2 Estabelecimento das Circunstâncias

Como bem adverte Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2022)<sup>32</sup>:

Cuidando das circunstâncias, é bastante comum que dados semelhantes possam constar como qualificadoras, causas de aumento, agravantes e mesmo circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Deste modo, para evitar que um mesmo dado possa interferir positiva ou negativamente mais de uma vez na determinação da quantidade de pena, há uma “ordem de prejudicialidade nas circunstâncias”, qual seja: a qualificadora sempre prevalece sobre a causa de aumento ou diminuição de pena, que sempre prevalece sobre agravantes ou atenuantes, que prevalecem sobre as circunstâncias judiciais.

### 3.2 Dosimetria da Pena

Introdutoriamente, é de suma importância ressaltar que o magistrado deve fundamentar a quantidade de pena aplicada ao caso, esclarecendo expressamente quais as circunstâncias que levou em consideração na fixação da pena.

No tocante ao processo da dosimetria, deve o juiz, inicialmente, analisar a existência de circunstância qualificadora. Isto porque, em caso afirmativo, o processo do cálculo da pena em concreto se dará a partir da pena em abstrato prevista para a forma qualificada da infração penal, o que, desde o início, impactará na fixação da pena-base.

---

<sup>32</sup>JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Maria Patricia. Manual de direito penal: parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

Após a verificação da existência de qualificadoras, conforme já discorrido, deve o juiz, nos termos do art. 59 do Código Penal, analisar as circunstâncias judiciais, determinando a pena aplicável ao caso concreto e fixando a sua quantidade através da pena-base. Em seguida, deve analisar a presença ou ausência de agravantes e atenuantes e, por fim, deve analisar a ocorrência de causas de aumento ou diminuição da pena, gerais ou especiais.

Em seguida, depois de fixar a pena privativa de liberdade e torná-la definitiva, deve o juiz, nos termos do art. 59, inciso III, do CP, estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Em seguida, de acordo com o art. 59, inciso IV, do CP, deve o juiz verificar, obrigatoriamente, se, aplicada a pena privativa de liberdade, não é caso de substituí-la por uma das penas substitutivas, obedecendo aos limites e requisitos indispensáveis a essa substituição.

Por fim, cabe ao magistrado observar a possibilidade da suspensão condicional da pena, deixando de dar execução à pena privativa de liberdade.

## Capítulo 4. O Processo Decisório no Direito Penal Brasileiro e os Parâmetros da Individualização da Pena

### 4.1 Escolha da Pena pelo Magistrado

Como se sabe, a pena é fixada na sentença condenatória. Neste momento, o julgador tem a oportunidade de avaliar toda a prova carreada nos autos, mensurando-a, conforme seu livre convencimento. Isto porque, para encontrar os elementos suficientes para a justa individualização da pena, deve o aplicador da lei coletá-los ao longo da instrução do processo.

Para Guilherme de Souza Nucci:

É fundamental que o juiz promova a colheita de elementos para a formação do contexto indicativo da personalidade do réu, de sua conduta social, bem como, se possível, de qual (ou quais) foi o motivo propulsor do delito. Deve sempre perquirir a respeito das particulares circunstâncias em que se deu a infração e quais as suas consequências, logicamente, além do resultado típico.<sup>33</sup>

A busca da pena justa é a missão constitucional dos magistrados, dela não se podendo afastar sob qualquer pretexto. Ela pode e deve ser atingida, dentro das limitações do julgador e dos critérios legislativos.

Assim, através dos parâmetros estabelecidos pelo legislador, deve o juiz eleger a modalidade e o *quantum* de pena que entender ser necessária e suficiente para a justa reprovação da conduta praticada pelo acusado.

E, para isso, ou seja, para uma justa e adequada aplicação da lei penal, deve a pena ser aplicada segundo seus fundamentos, de modo que deve o magistrado se ater, não só aos norteadores da pena, dentre os quais o fator de retribuição e a meta da prevenção geral – positiva e negativa – e especial – positiva e negativa, como também às exigências do caso concreto, isto é, as singularidades não só do fato, como também do agente do ilícito.

Na aplicação da pena, conforme ensina Rogério Greco (2011):

A sentença é, por si, a individualização concreta do comando emergente da norma legal. Necessário é, por isso, que esse trabalho de aplicação da lei se efetue com sabedoria e justiça, o que só se consegue armando o juiz de poderes discricionários na graduação e escolha das sanções penais. Trata-se de um *arbitrium regulatum*, como diz Bellavista ‘consistente na faculdade a ele expressamente concedida, sob a observância de determinados critérios, de

---

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

estabelecer a quantidade concreta da pena a ser imposta, entre o mínimo e o máximo legal para individualizar as sanções cabíveis'.<sup>34</sup>

#### 4.1.1 Individualização da Pena e a Pena Justa

Conforme bem ensina Guilherme de Souza Nucci:

A individualização da pena, preceito constitucional e determinação legal, é processo judiciário discricionário, embora juridicamente vinculado, bem como devidamente fundamentado, contendo inúmeros elementos sujeitos à abordagem do magistrado por ocasião da sentença condenatória.<sup>35</sup>

Isto é, a individualização da pena implica na eleição da justa e adequada sanção penal ao acusado no caso concreto.

A individualização da pena é um direito subjetivo do acusado de obter, no caso de ser condenado criminalmente, a pena justa, imparcial e livre de qualquer padronização, em decorrência natural e lógica dos comandos de cálculo da pena, cujo objetivo é evitar abusos e arbítrios.<sup>36</sup>

O julgador, quando estiver diante de um caso concreto e seu autor, deve atribuir a pena de forma única, sendo justo e imparcial, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular.

A correta individualização da pena impede os abusos e a indevida padronização de pena.

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. A primeira auxilia na formação dos tipos penais, especificamente do preceito sancionador (limites mínimo e máximo da pena), 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.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

<sup>35</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>36</sup> Ap. 0001232-49.2011.8.13.0026/MG, 2ª Câm. Crim., j. 14.06.2012, rel. Nelson Missias de Moraes.

<sup>37</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

#### 4.1.2 Fundamentação da Pena

Assim dispõe o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”.

Isto significa o julgador tem uma obrigação constitucional de individualizar a pena e elaborar uma sentença devidamente motivada.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci defende que:

Fundamentar a pena é preceito constitucional e não pode, jamais, ser olvidado pelo magistrado, nem tampouco pelo tribunal. Individualização sem fundamentação é procedimento aleatório, fruto da boa ou má sorte, o que é inadmissível para o Estado Democrático de Direito. Sentença sem a devida e minuciosa fundamentação acerca da aplicação da pena gera nulidade absoluta, por ferir norma constitucional (art. 93, IX, CF).<sup>38</sup>

Deveras, a fundamentação da sentença deve voltar-se à opção pela absolvição ou condenação, e, em caso de condenação, à fixação da pena. Assim, tendo em vista o critério trifásico previsto no Código Penal, deve o magistrado indicar detalhadamente o processo utilizado para formar seu convencimento em torno da pena merecida pelo acusado.

Aliás, não se pode considerar motivada a decisão judicial limitada a discorrer sobre os elementos constantes no art. 59 do Código Penal.

O julgador deve expor como a sua conclusão está juridicamente adequada, isto é, apresentar os fundamentos normativos (constitucionais e legais) e a base empírica (prova) que amparam o juízo punitivo (condenação) e penológico (aplicação da pena). A finalidade do princípio da fundamentação, portanto, é a criação de mecanismos de controle e de fiscalização do ato judicial, como forma de restringir o arbítrio. A coerência (princípio da não contradição) dos argumentos judiciais com as hipóteses normativas e com a prova processual representa, pois, a própria condição de validade da decisão.<sup>39</sup>

A sentença deve ser motivada, uma vez que é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica, ou os demais vícios de julgamento.

<sup>38</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>39</sup> DE CARVALHO, Salo. Resenha de “Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês.” CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Salvador: JusPodivm, 2021.

As partes têm o direito de conhecer os motivos, as razões e os fundamentos utilizados pelo juiz em sua escolha pela culpa do réu e pela pena aplicada. Caso contrário, haveria o puro arbítrio abusivo do Estado, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Em suma, nas palavras de Germano Marques da Silva:

A fundamentação da medida concreta da pena aplicada, para além de ser imposta expressamente por lei, é uma exigência da própria função jurisdicional, o que a legitima e distingue do poder arbitrário. O ato judicial da aplicação da pena contém um componente individual de difícil fiscalização, sobretudo na mensuração da culpabilidade, mas também na conjugação dos fins que a pena deve realizar. É para obviar ao possível *arbitrium judicis* que as legislações modernas exigem a fundamentação da decisão, possibilitando a sua sindicabilidade externa e obrigando à racionalização das operações de determinação da pena concreta. Não basta, pois, enumerar os critérios legais, é necessário indicar os motivos da opção por este ou aquele fator determinante da quantidade da pena, justificando ainda as razões de ter chegado àquele resultado.

## 4.2 A Discricionariedade e a Arbitrariedade

Conforme os requisitos estabelecidos em lei, o juiz fixa a pena ao acusado, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada), buscando-se suficiência para a retribuição do crime perpetrado e para a prevenção de novas infrações penais.

De fato, a discricionariedade, que deve ser limitada pela motivação, faz parte da livre escolha do magistrado por um critério valorativo para a definição da pena, dentro da faixa abstrata prevista em lei.

Contudo, apesar dos parâmetros estabelecidos pelo Código Penal, a discricionariedade atribuída aos magistrados na fixação da pena é imensa, de modo que é necessária certa cautela a fim de se evitar a arbitrariedade, a bem da efetividade da individualização da pena.

Em outras palavras, o juiz tem poder discricionário para fixar a pena dentro dos limites legais, contudo, este poder não pode ser arbitrário.

As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, cotejadas com o juízo de valor a ser procedido caso a caso na delimitação da gravidade concreta do crime, conduzem a algum grau de discricionariedade na aplicação da pena-base. **Todavia, é mister diferenciar discricionariedade de arbitrariedade. Esta constitui uma liberalidade decisória não permitida pelo Direito, fundada em meros impulsos emotivos ou caprichos pessoais que não se apoiam em regras ou princípios institucionais. Aquela, ao revés, envolve o reconhecimento de que a vagueza de certas normas jurídicas implica a necessidade de apelo ao juízo subjetivo de Magistrados que interpretam o Direito à luz de concepções diversas de justiça e de diferentes parâmetros de relevância, e de que a decisão tomada dentro dessa**

**zona de incerteza deverá ser considerada juridicamente adequada caso seja informada por princípios jurídicos e esteja amparada em critérios como razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e sensatez.** Daí falar-se em discricionariedade guiada ou vinculada.

Assim, embora não haja vinculação a critérios puramente matemáticos, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (accountability) e da isonomia exigem que o julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, realize um juízo de coerência entre (a) o número de circunstâncias judiciais concretamente avaliadas como negativas; (b) o intervalo de pena abstratamente previsto para o crime; e (c) o quantum de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos assemelhados.

(HC n. 596.233/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 31/8/2022.)

### 4.3 As Decisões dos Tribunais Brasileiros

O controle dos excessos judiciais na valoração da prova e na aplicação da pena deveria ocorrer por meio da obrigatoriedade de o julgador motivar sua decisão, comando constitucional previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Isto é, o princípio da fundamentação deveria operar como um instrumento de fiscalização contra os abusos.

Contudo, estudos demonstram que são incontáveis os casos em que as sentenças prolatadas pelos magistrados ou carecem de fundamentação, ou são extremamente padronizadas.

À título de exemplificação, dois casos recentes, de repercussão nacional, mostram esta problemática.

Primeiro, no julgamento dos Embargos de Declaração do caso Mensalão (Ação Penal 470, Supremo Tribunal Federal), os Ministros Teori Albino Zavascki e Luís Roberto Barroso chamaram a atenção para uma variação de mais de 250% entre as penas aplicadas ao mesmo réu em crimes distintos. Segundo, nos julgamentos das ações penais da Operação Lava Jato no Rio de Janeiro, observou-se uma variação de 273% nas penas aplicadas pelo mesmo juiz para réus distintos acusados dos mesmos crimes.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> DE CARVALHO, Salo. Resenha de “Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês.” CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Salvador: JusPodivm, 2021.

Para Guilherme de Souza Nucci:

Não se sabe o que leva a magistrados tão diferentes, das mais diversas comarcas, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, da mesma forma, como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível. Decididamente, não é por falta, na lei, de parâmetros adequados.<sup>41</sup>

Com efeito, apesar de o legislador ter fornecido todos os elementos e critérios necessários para a eleição da pena ideal para cada infração penal praticada nos casos concretos, observa-se, na realidade, que estes são ignorados, ou, até mesmo menosprezados pelos julgadores.

Aliás, cabe às Cortes Superiores o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados na individualização da pena, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.<sup>42</sup>

Isto porque, padronização e a falta de fundamentação na aplicação das penas são contrárias ao princípio constitucional da individualização.

Na origem, a condenação criminal deve ser proferida em atenção aos princípios da individualização das penas (CF, art. 5º, LXVI) e da fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX) . (...).<sup>43</sup>

Contudo, o que se pôde perceber, inclusive, pelas pesquisas efetuadas para a realização deste trabalho, é que as discussões que envolvem o Direito Penal como um todo, focam, principalmente, na esfera da teoria do delito, deixando de lado o estudo da aplicação e execução da pena.

Nem a doutrina nem a jurisprudência brasileiras parecem ter, até o momento, dedicado suficiente atenção às relações entre as diversas finalidades da pena no momento de determinação da pena tal como elas vêm enunciadas pelo legislador. (...) A reforma de 1984 criou, portanto, as premissas para a realização da ideia de “discricionariedade vinculada”, mas o caminho nesta direção não pode ainda considerar-se percorrido.

---

<sup>41</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>42</sup> AgRg no HC n. 763.341/SP, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 21/9/2022.

<sup>43</sup> HC 85677, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 21/03/2006, Dje de 16/08/2007.

Em síntese, se houver ameaça a qualquer possibilidade de uma decisão judicial democrática, deve-se buscar a luta pelos direitos e garantias processuais.



## Conclusão

Ao decorrer do presente estudo, pôde-se verificar que o legislador não só conceituou e atribuiu diversas finalidades para a pena, como também estabeleceu diretrizes para a sua correta aplicação. Aliás, para atingir tal objetivo, conta-se com diversos princípios, dentre eles, o da individualização da pena e da fundamentação e motivação das decisões.

Todavia, observou-se que são diversos os casos em que os critérios adotados na aplicação da pena são contrários aos parâmetros legais estabelecidos, ferindo o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena e, isto, quando há a devida fundamentação na escolha de tais critérios.

A aplicação da pena tem restado vulnerável às duas dimensões antigarantistas: substancialismo do crime e decisionismo processual. Assim, cabe ao pesquisador avaliar o nível do autoritarismo no exercício da atividade judicial (arbítrio), observado neste entrelaçamento entre a subjetivação dos critérios de valoração (da prova e da pena), que acaba dirigindo o juízo para o julgamento moral do acusado, e o enfraquecimento das diretrizes legais de controle da decisão.

Não fica difícil perceber, portanto, como o inquisitorialismo (substancialismo penal e decisionismo processual) concretiza-se em forma de punitivismo nesta dinâmica de livre interpretação dos tipos penais abertos na determinação da pena. Embora formalmente estruturada em etapas (metodologia), a fragilidade das estruturas normativas reduz sobremaneira a coerência e a integridade do ato judicial de fixação da pena. E um dos reflexos evidentes desta cultura normativa e judicial inquisitória é o constante e expressivo aumento da população carcerária nacional nas últimas décadas.<sup>44</sup>

Um dos motivos para que isso ocorra está no fato de que, tanto para proceder aos juízos condenatório ou absolutório, quanto para aplicar a pena, em caso de condenação, o julgador detêm amplo poder discricionário, ante o princípio do livre convencimento.

Ainda, embora o sistema de aplicação da pena no Brasil apresente uma metodologia com um grau relativamente adequado de determinação, pois composto por etapas definidas (artigo 59, incisos I, II, III e IV c/c artigo 68, do Código Penal), as categorias indicadas para valoração judicial são altamente indeterminadas.

Assim, é significativo o número de cláusulas imprecisas nas circunstâncias judiciais (artigo 59, caput), nas circunstâncias legais agravantes (artigos 61 e 62), atenuantes (artigo 65)

---

<sup>44</sup> DE CARVALHO, Salo. Resenha de “Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês.” CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Salvador: JusPodivm, 2021.

e nas causas especiais de aumento e de redução da pena (distribuídas pela parte geral e especial do Código Penal).

Ocorre que, como já explicado, é de suma importância individualizar a pena com responsabilidade, visando dar credibilidade ao sistema penal. Isto é, as sanções devem ser aplicadas na justa medida da culpabilidade dos sentenciados, considerando as circunstâncias do fato e do agente, desigualando os desiguais.

O criminoso eventual ou autor de delitos de escassa gravidade certamente pode ser beneficiado tanto com penas alternativas como com inúmeros institutos durante a execução de eventual pena privativa de liberdade. Isto porque o cárcere não lhe seria útil, nem tampouco seria valiosa a sua detenção para a sociedade. Por outro lado, é inviável a manutenção de um mesmo padrão para o criminoso por tendência, habitual ou profissional, que cometa fatos graves e brutais. Ele merece um tratamento mais rigoroso, uma correta individualização da pena. Busca-se evitar a contaminação da parcela menor da criminalidade, cujas chances de ressocialização são reais.<sup>45</sup>

Assim, as principais preocupações acerca desta temática giram em torno da discricionariedade atribuída aos julgadores, que devem realizar uma correta individualização da pena, em busca de penas justas, sem arbitrariedade, parcialidade e padronizações.

Salo de Carvalho (2021) sintetizou as questões trazidas por Gabriel Silveira de Queirós Campos e que representam tais preocupações:

Qual a medida de liberdade que devem ter os juízes para definir a pena? Como garantir individualização e, ao mesmo tempo, previsibilidade na aplicação da pena? Como assegurar que sejam aplicadas penas similares em casos similares? Ao fim, a preocupação central é com a falta de consistência no ato judicial de determinação que, não invariavelmente, se converte em uma decisão arbitrária. O desafio, portanto, é relativo a como desenvolver um sistema equilibrado entre individualização e consistência.<sup>46</sup>

Após este estudo, é possível concluir ser necessária a redução da discricionariedade e do subjetivismo judicial, de forma que as decisões proferidas pelos magistrados sejam adequadas a cada caso concreto, possuindo os julgadores a capacidade de estabelecer uma sentença justa, imparcial e individualizada.

Isto porque, como demonstrado, nosso sistema jurídico já prevê diversos instrumentos de controle da atividade judicial.

---

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>46</sup> DE CARVALHO, Salo. Resenha de “Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês.” CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Salvador: JusPodivm, 2021.

Aliás, Guilherme de Souza Nucci (*apud* CARNELUTTI, 2009) enfatiza que “o problema da fixação da pena não requer somente boas leis ou complexas regras, mas, acima de tudo, supõe um bom juiz, um bom Ministério Público e um defensor. Não se trata, pois, de um problema de leis, mas um problema de homens e coisas.”<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Campinas: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v. 1 parte geral (arts. 1º a 120)**. Ed 28. São Paulo Saraiva Jur 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: 05. Out. 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal de 1940**. Diário Oficial da União, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acessado em 20 mar. 2022.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês**. Salvador: JusPodivm, 2021.

DE CARVALHO, Salo. **Resenha de “Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês.”** CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Salvador: JusPodivm, 2021.

GRECO, Rogerio. **Código Penal comentado**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito penal estruturado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

HUNGRIA, Nélon. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

JESUS, Damasio Evangelista de; ESTEFAM, André (colab.). **Direito penal 1: parte geral.** 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Maria Patricia. **Manual de direito penal: parte geral.** 8 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

LIMA, Alberto Jorge Correia de B. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais.** 1ª edição. Editora Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do processo penal: introdução clínica.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal, v. III.** 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP.** 35 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1.** Grupo GEN, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis (coord.); GOMES, Luís Roberto; COIMBRA, Mario (org.). **Direito penal constitucional: a (des)construção do sistema penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

REALE JUNIOR, Miguel. **Fundamentos de direito penal.** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TAVARES, André R. **Curso de direito constitucional.** 18 ed. Editora Saraiva, 2019.