

### 3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

#### 3.4.1 O respeito ao princípio da individualização da pena na fixação da pena-base: combate à politização na aplicação da pena mínima

**Juliano Silva do Lago**

Bacharel em Direito e assessor do Juízo de Direito de Poço Fundo-MG

O magistrado, ao exercer seu mister constitucional na prolação de sentença penal condenatória deve, obrigatoriamente, aplicar a pena ao sentenciado de forma individualizada. É impreterível que ele, na confecção de seu decisório, atenda a todos os básicos preceitos pertinentes e necessários à ressocialização do indivíduo, preservando prontamente o princípio da individualização da pena, conforme ditames do art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República.

A doutrina perfilha o mesmo entendimento, manifestando-se que “o princípio da individualização da pena precisa resguardar o valor do indivíduo, a atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o homem em particular”.<sup>1</sup>

Na esteira do sedimentado, repulsa-se a denominada pena padrão e a fixação da pena mínima de forma indiscriminada. Ora, o ser humano, independentemente do ato praticado, não é uma máquina, ao revés, afigura-se como ser individualizado, merecedor de consideração e respeito até mesmo na reprimenda que lhe deve ser aplicada.

A rigor, durante a instrução processual, tem o magistrado plenas condições de aferir aspectos da personalidade, conduta social e condições financeiras do acusado, o que, invariavelmente, contribui para uma maior adequação da pena *in concreto*.

Colhidos os preceitos elementares para aferição das circunstâncias pessoais e judiciais, habilitado está o juiz para individualizar perfeitamente a pena a ser aplicada pela prática de determinada conduta delitiva. Este, além de um direito social inerente à concepção de justiça, é garantia do condenado de que, sujeito de direitos que é, deve ter respeitada a individualização na aplicação e cumprimento da reprimenda, proporcionando-lhe possibilidade de ressocialização.

No entanto, infelizmente, não é percebida tal postura por parte de muitos de nossos julgadores, que, em vez de reeducar, preferem padronizar a pena, passando uma falsa percepção de justiça e ausência de prejuízo ao sentenciado, automaticamente, gerada pela aplicação da pena mínima.

Essa indesculpável postura deve ser rechaçada pelo

aplicador do direito e operador jurídico, porquanto espelha desídia ou incompetência do magistrado, julgador da causa.<sup>2</sup> O sistema de aplicação da pena é trifásico, tendo como seu fundamento maior, tornar mais palpável ao magistrado a análise dos elementos essenciais à individualização da pena, aplicando a cada qual o que lhe é devido.

O mesmo entendimento é esposado no judicioso posicionamento de Reale Júnior, cuja literalidade segue:

Imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o *quantum* da sanção e sua modalidade, no que entende necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação que merece o réu, de acordo com seus antecedentes, conduta social, personalidade, bem como tendo em vista os motivos, circunstâncias e consequências do seu ato.<sup>3</sup>

Nucci, lapidarmente, complementa o raciocínio, *in verbis*:

Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, orçando a elevação do castigo. A despeito disso, há anos generalizou-se no foro o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias peculiares de cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima.<sup>4</sup>

Pragmaticamente, é na fixação da pena-base que repousa a maior incidência de violação ao princípio da individualização da pena, vez que, nos moldes do art. 59, do Código Penal, deve o magistrado analisar a reprovabilidade da conduta (culpabilidade), os antecedentes criminais, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias do crime, assim como a influência do comportamento da vítima na prática delitiva. Conforme se nota, são variados fatores de índole objetiva e subjetiva que devem ser observados pelo magistrado, quando da fixação da pena-base.

Pois bem. Muitos julgadores entendem por bem fixar a pena-base das mais variadas forma, realizando cálculos das mais diferentes espécies, em regra, aumentando-se 1/8 por cada circunstância desfavorável ao agente, eis que são oito as circunstâncias a serem analisadas.

No entanto, *data maxima venia*, tal postura é equivocada, uma vez que desconsidera a particularidade de cada crime, fixando um limite de variação fixo que, fatalmente, induz a fixação da pena-base a um índice demasiadamente baixo, incapaz por si só, de atingir ao máximo da pena prevista abstratamente para o crime.

Ora, se durante a primeira fase, a pena deve ser variar entre o mínimo e o máximo previsto abstratamente pelo crime, não pode o julgador, ao seu alvedrio, ter somente o *quantum* mínimo como padrão.

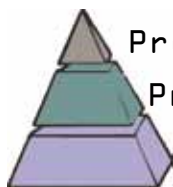
De forma a solucionar tal problemática, tem-se por salutar, especialmente se observando o critério de

<sup>1</sup> BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 47.

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 309.

<sup>3</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. – parte geral. Rio de Janeiro Forense, 2003. v. II. 312.

<sup>4</sup> NUCCI, 2007, p. 310.



individualização da pena, que pelo magistrado deva ser adotada a postura mais equânime, devendo a pena-base hipoteticamente variar entre o mínimo e o máximo da pena prevista pelo tipo penal. Caso todas as circunstâncias sejam desfavoráveis ao sentenciado, aplica-se a pena máxima. Noutro giro, sendo-lhe todas favoráveis, a aplicação da pena-base na quantia mínima é medida que se impõe.

O cálculo é de simples feita, bastando que o magistrado tão-somente divida a variação entre a pena máxima e a mínima prevista para o crime, pelo número de circunstâncias, ou seja, oito, chegando à quantia exata que deve ser majorada por cada uma das circunstâncias que sejam desfavoráveis ao sentenciado. Assim, caso nenhuma lhe seja desfavorável, a pena será a mínima. Lado outro, sendo todas desfavoráveis, a aplicação da pena máxima é medida que se impõe.

*Verbi gratia*, tem-se a seguinte questão hipotética levando-se em consideração a pena prevista *in abstracto* para o crime de desacato, conforme se observa: Considerando-se que a pena do delito capitulado no artigo 331 do Código Penal varia de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, sendo a variante entre a pena máxima e mínima de 18 (dezoito) meses. As circunstâncias judiciais, por sua vez, sendo 08 (oito), extrai-se que para cada circunstância judicial desfavorável ao sentenciado, deve-se aumentar o abstratamente previsto como mínimo em 02 (dois) meses e 25 (dias) ( $18/8 = 2,25$  e  $2,25 \times 8 = 18$ ).

A rigor, assim agindo, ter-se-á por preservada a individualização da pena na fixação da pena-base, proporcionando ao sentenciado a pena que lhe é devida, evitando, por conseguinte, a padronização na análise das circunstâncias judiciais, eis que, seu peso varia de acordo com

a gravidade do crime praticado.

Há de ser considerado ainda que o magistrado tem o dever de atender aos anseios sociais, espelhados pela atividade legiferante, dotada de legitimidade democrática direta. Assim agindo, preservado está o interesse do acusado, assim como a possibilidade de o sentenciado saber precisamente o critério utilizado pelo magistrado na fixação da pena-base, proporcionando justiça e segurança jurídica, podendo o acusado defender-se especificamente do que será objeto de análise.

Por fim, deve-se firmar entendimento de que a aplicação da pena-base não é automática, deve decorrer de detida análise do julgador. Além do mais, tem o sentenciado, assim os demais da sociedade, direito de saber precisamente qual critério deve ser utilizado pelo julgador durante a sentença prolatada. Com tal postura, combate-se a pena padrão, assim como se prestigia a análise casuística, podendo o *quantum* da pena-base efetivamente variar nos limites impostos, aumentando-se e reduzindo-se a pena-base proporcionalmente ao que foi levado a efeito pelo indivíduo no decorrer de sua vida e durante a prática delitiva.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOSCHI, José Antônio Paganela. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 47.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 309.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. –parte geral. Rio de Janeiro Forense, 2003. v. II. 312.