

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

JOÃO RODRIGO TEIXEIRA MOTTA

**CRITÉRIOS MATEMÁTICOS: DISCRICIONARIEDADE E CONSISTÊNCIA NA
DOSIMETRIA DA PENA-BASE.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2018

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

JOÃO RODRIGO TEIXEIRA MOTTA

**CRITÉRIOS MATEMÁTICOS: DISCRICIONARIEDADE E CONSISTÊNCIA NA
DOSIMETRIA DA PENA-BASE.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Sinara Camera

Santa Rosa
2018

JOÃO RODRIGO TEIXEIRA MOTTA

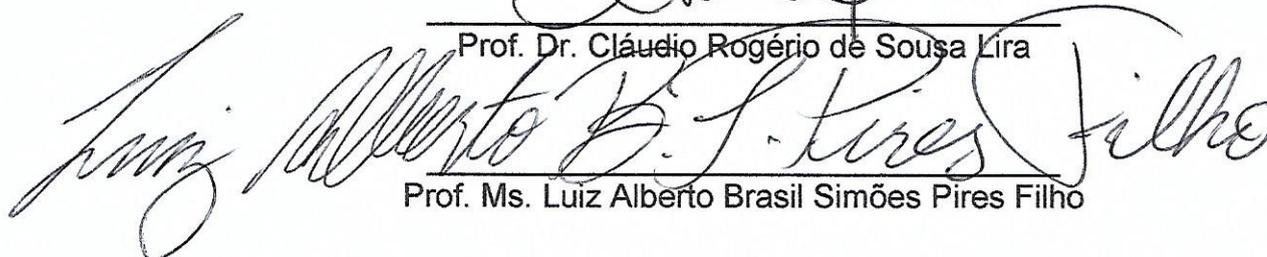
**CRITÉRIOS MATEMÁTICOS: DISCRICIONARIEDADE E CONSISTÊNCIA NA
DOSIMETRIA DA PENA-BASE.
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades
Integradas Machado de Assis, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora


Prof.^a Dr.^a Sinara Camera – Orientadora


Prof. Dr. Cláudio Rogério de Sousa Lira


Prof. Ms. Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho

Santa Rosa, 05 de dezembro de 2018.

DEDICATÓRIA

Não sei se Deus, Jesus Cristo e meu anjo da guarda têm parte nisso ou naquilo; mas uma certeza eu carrego comigo: se até aqui cheguei, é pela Valeska Schwarz Kucharski.

Sentenças

Deixa ver se entendi. O Moro condenou Lula a nove anos e pouco de reclusão. Os juízes da segunda instância concluíram que nove e pouco era pouco e aumentaram a pena para 12 anos e um mês. A razão de nove e pouco e a razão de 12 e um mês são desconhecidas. Imagina-se que exista uma tabela que determine a duração da pena de acordo com o crime. Neste caso, Moro e os juízes de Porto Alegre tinham tabelas diferentes. Ou a tabela mais branda do Moro estava vencida. Ou, então, a segunda instância quis provar que era mais dura do que o Moro e acrescentou três anos à condenação, por sua conta. Três anos, dirá você, não é muito. Isso porque não é você, desalmado, o preso, obrigado a tomar o sopão da Polícia Federal todos os dias. Outra hipótese é que exista um certo ciúme do Moro entre os juízes, que querem aparecer mais do que ele, dando sentenças maiores. O fato é que os critérios para escolher quem pega nove anos e um pouco e 12 anos e um mês (esse um mês é sádico) ninguém sabe quais são. São aleatórios. (Ainda se usa "aleatório"?)

Luís Fernando Veríssimo

RESUMO

O tema deste trabalho refere-se à discricionariedade na aplicação da pena. A delimitação temática assenta-se na possibilidade de utilização de critérios matemáticos na dosagem na pena-base, como forma de controlar a discricionariedade, e assim buscar consistência na sua definição. Problematiza-se se a utilização de critérios matemáticos tende a reduzir a discricionariedade e assim aumentar a consistência. A hipótese é a de que se a indefinição quantitativa é o motivo de demasiada discricionariedade, que por sua vez transforma-se em inconsistência, a definição quantitativa dos vetores da pena-base oferecida pelos critérios matemáticos tende a oferecer condições para reduzir a discricionariedade, e, por conseguinte, aumentar a consistência em sua aplicação. O objetivo geral é investigar a aplicação dos critérios matemáticos na primeira fase da dosimetria da pena no Brasil, a fim de verificar as condições oferecidas para a mitigação da discricionariedade judicial, e deste modo promover a consistência. A pesquisa será teórica eis que, na análise da discricionariedade na individualização da pena, far-se-á extensa revisão bibliográfica na literatura especializada, bem como documental nas produções legislativas. O estudo ora proposto poderá significar contribuição à comunidade acadêmica e aos juristas e interessados no tema, em razão dos resultados que se pretende produzir e pelos aspectos teóricos ameadados durante a pesquisa, considerando que é campo pouco explorado ultimamente. Em relação ao tratamento dos dados, a pesquisa será qualitativa, pois não se está diante de uma questão meramente numérica. Os procedimentos técnicos adotados para a coleta dos dados serão o bibliográfico e o documental. O primeiro é relativo às publicações da literatura especializada, o segundo concernente à utilização de documentos legislativos e ao uso de decisões judiciais sem tratamento analítico. O método eleito será o hipotético-dedutivo. Por fim, como método de procedimento, auxiliará a pesquisa a colocação do problema em uma perspectiva histórica (método histórico), percebendo a evolução do tratamento dado à individualização da pena no direito brasileiro ao longo do tempo, efetuada a partir do estudo das legislações e doutrinas pretéritas às atuais. O trabalho ficou estruturado em dois capítulos, cada um deles com três subseções. O primeiro capítulo analisa a individualização da pena, o método trifásico e a pena-base. Traz na primeira subseção a gênese e conceito do instituto da individualização da pena, e sua ligação com os sistemas de determinação das penas. Na segunda, estão os antecedentes históricos da individualização e da dosimetria da pena no Brasil, com os diplomas que regiam, chegando à atualidade com o direito fundamental à individualização da pena e o método trifásico. Na última subseção, incursiona-se no estudo da pena-base. Na sequência, o segundo capítulo estuda a discricionariedade, a consistência e os critérios matemáticos. A sua primeira subseção faz a análise da discricionariedade, seu conceito, sua ligação com o dever de fundamentar, tudo com enfocando-se em tudo a pena-base. A segunda subseção desse mesmo capítulo trata do conceito consistência, sua vinculação com os direitos fundamentais à igualdade e à segurança jurídica. A terceira subseção elenca os métodos de balizamento ou *standards* desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência para auxiliar o julgador a quantificar a pena-base, principalmente aqueles chamados “matemáticos”.

Palavras-chave: pena-base – discricionariedade – consistência - critérios matemáticos.

ABSTRACT

The subject of this research refers to discretion in the application of the penalty. The thematic delimitation is based on the possibility of using mathematical criteria in the dosage in the pena-base, as a way to control discretion, and thus to seek consistency. It is questioned whether the use of mathematical criteria tends to reduce discretion and thus increase consistency in his definition. The hypothesis is that if quantitative undefined is the reason for too much discretion, which in turn turns into inconsistency, the quantitative definition of the vectors of the pena-base offered by mathematical criteria tends to offer conditions to reduce discretion, and, thus increasing consistency in your application. The general objective is to investigate the application of mathematical criteria in the first phase of the dosimetry of the sentence in Brazil, in order to verify the conditions offered for the mitigation of judicial discretion, and thus to promote consistency. The research will be theoretical and therefore, in the analysis of the discretion in the individualization of punishment, an extensive bibliographical revision will be done in the specialized literature, as well as documentary in the legislative productions. The study proposed here could mean a contribution to the academic community and to jurists interested in the subject, due to the results to be produced and the theoretical aspects used during the research, considering that this field has not been explored lately. Regarding the treatment of the data, the research will be qualitative, since it is not a matter of a purely numerical question. The technical procedures adopted for collecting the data will be the bibliographic and the documentary. The first concerns publications in specialized literature, the second concerns the use of legislative documents and the use of judicial decisions without analytical treatment. The chosen method will be the hypothetico-deductive method. Finally, as a method of procedure, it will help the research to place the problem in a historical perspective (historical method), noting the evolution of the treatment given to the individualization of punishment in Brazilian law over time, carried out from the study of laws and doctrines to the present ones. The research was structured in two chapters, each with three subsections. The first chapter analyzes the individualization of punishment, the método trifásico and the pena-base. It brings in the first subsection the genesis and concept of the institute of individualization of punishment, and its connection with the systems of determination of penalties. In the second, there are the historical antecedents of individualization and dosimetry of punishment in Brazil, with the diplomas that governed, arriving at the present time with the fundamental right to individualization of punishment and the método trifásico. In the last subsection, you study the pena-base. Next, the second chapter looks at discretion, consistency and mathematical criteria. Its first subsection makes the analysis of discretion, its concept, its connection with the duty to substantiate, everything with focusing on everything the pena-base. The second subsection of this same chapter deals with the concept of consistency, its linkage with fundamental rights to equality and legal certainty. The third subsection covers the standardization methods or standards developed by doctrine and jurisprudence to assist the judge in quantifying the pena-base, especially those called "mathematicians."

Keywords: pena-base – discretion – consistency - mathematical criteria.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS HISTÓRICOS, TEÓRICOS E LEGAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SISTEMAS DE DETERMINAÇÃO DAS PENAS	14
1.1 A GÊNESE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	14
1.2 A INDIVIDUALIZAÇÃO E DOSIMETRIA DA PENA NO BRASIL.....	21
1.3 A PENA-BASE	29
2 DISCRICIONARIEDADE, CONSISTÊNCIA E CRITÉRIOS MATEMÁTICOS	37
2.1 A DISCRICIONARIEDADE NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE	37
2.2 A CONSISTÊNCIA	45
2.3 OS CRITÉRIOS MATEMÁTICOS	53
CONCLUSÃO:	61
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

Todas as disciplinas jurídicas têm o potencial de atingir, em maior ou menor amplitude, a liberdade do indivíduo. No sistema econômico em que a moeda de troca é dinheiro, pode-se afirmar que alguém privado de seus bens, em uma lide civil ou tributária, assim como aquele que tem um benefício previdenciário indevidamente negado, enfrenta, ainda que por via reflexa, uma restrição de sua liberdade – pelo menos no seu sentido mais mundano.

À diferença das demais matérias, o Direito Penal não circunda, ataca de frente a liberdade. E sequer fica na superfície desse direito, opera no seu âmago. Assim, embora todos os ramos possam implicar em gravames à liberdade, os contornos são mais sensíveis, sem dúvidas, no Direito que trabalha com a possibilidade de retirar a condição pessoal de *livre*, para a de *preso*.

A imposição da sanção corporal, contudo, não ocorre à revelia de certas garantias constitucionais. Somente no curso do devido processo judicial, com direito à ampla defesa e ao contraditório, a reprimenda pode ser aplicada. Mas só isso não basta: ao final da lide penal a pena deve ser individualizada, quer dizer, em termos gerais, ser definida segundo as condições do fato e do criminoso.

A estrutura do tipo penal elenca no preceito primário o fato típico; no preceito secundário, a pena. Os códigos modernos, porém, não a definem rigidamente, como já ocorreu em outras épocas. Acolhem hoje o chamado sistema de relativa indeterminação da pena, pelo qual são instituídos limites mínimo e máximo que a sanção pode alcançar. A partir daí, mediante o trabalho de individualização exercido pelo juiz, encontra-se a medida concreta da sanção.

A dosimetria penal serve de instrumento para transitar dentro das margens penais, concretizando a expressão numérica da sanção penal. No Brasil, segue-se invariavelmente o método alcunhado doutrinariamente de “trifásico”, cuja disciplina encontra-se na parte geral do Código Penal. Dentro desse sistema, o julgador possui o que se convencionou chamar de “discricionariedade regrada”, que lhe dá certa flexibilidade ao dosar a pena.

Tal poder discricionário, principalmente aquele exercido na já na primeira etapa do método trifásico, a pena-base, a mais rica em circunstâncias, e que se encontra em posição de destaque em relação às demais por constituir-se em verdadeira “base de cálculo” para as fases subsequentes, porém, não escapa às críticas.

O dispositivo regente dessa fase é de uma total indefinição quantitativa. Disso resulta uma discricionariedade exacerbada do julgador no momento de dosar a pena-base, propiciando disparidades na fixação das reprimendas. Casos iguais devem ser tratados de forma idêntica, da mesma forma que situações diversas não podem receber reprimendas semelhantes. Essa frase expressa, a um só tempo, o conceito de consistência e a antítese da disparidade.

A consistência seria um ideal a ser atingido. Como forma de se aproximar dela, apregoa-se a redução dos espaços de discricionariedade. Nesse sentido, para contornar o entrave da indefinição quantitativa da pena-base e discricionariedade daí decorrente, jurisprudência e doutrina encarregaram-se de desenvolver uma série de *standards* ou métodos de balizamento. Acontece que grande parte dessas fórmulas não responde o quanto de aumento ou diminuição deve ocorrer em face de uma circunstância, e ainda permitem o exercício de subjetivismo.

Os chamados critérios matemáticos ou aritméticos, em razão de oferecem um aumento definido para cada circunstância, ou seja, dar uma definição quantitativa para cada vetor da pena-base, apresentam-se como uma possível forma de reduzir a inconsistência, controlando a discricionariedade.

Portanto, o tema deste trabalho refere-se à discricionariedade na aplicação da pena-base¹. A delimitação temática assenta-se no estudo acerca da possibilidade de utilização de critérios matemáticos na dosagem na pena-base, como forma de controlar a discricionariedade, e, assim, buscar consistência na definição da pena-base. O recorte temporal é a contemporaneidade e o espacial é o Brasil, porque se estudará a sistemática como ela é regrada atualmente em território nacional pelo Código Penal e pela Constituição Federal. O problema de pesquisa é: a utilização de critérios matemáticos tende a reduzir a discricionariedade e assim aumentar a

¹A presente monografia filia-se ao entendimento majoritário de que o método trifásico é utilizado somente para a dosagem da pena privativa de liberdade (COSTA JR., 2010; DELMANTO, 2016; NUCCI, 2017; PRADO, 2014), apesar de não ignorar construções como a de André Luís Callegari e Eugênio Pacelli, que entendem também balizar a aplicação da pena de multa (CALLEGARI; PACELLI, 2018).

consistência nas decisões que fixam a pena-base?

A hipótese é a seguinte: a indefinição quantitativa da pena-base resulta em demasiada discricionariedade, que pelo subjetivismo que é exercida, por sua vez, transforma-se em inconsistência. Logo, a definição quantitativa da pena-base dos vetores da pena-base ensejada pelos critérios matemáticos, tende a oferecer condições para reduzir a discricionariedade, e, por conseguinte, aumentar a consistência nessas decisões.

Para responder ao problema de pesquisa proposto, estabeleceu-se como objetivo geral investigar a aplicação dos critérios matemáticos na primeira fase da dosimetria da pena no Brasil, a fim de verificar as condições oferecidas para a mitigação da discricionariedade judicial, e deste modo promover a consistência.

Como estratégias para alcançar o objetivo geral, foram traçados os seguintes objetivos específicos: a) investigar as origens da individualização e da dosimetria da pena, até chegar na sua positivação atual no Brasil; b) analisar a pena-base, e os espaços de discricionariedade na sua quantificação; c) investigar a consistência, seu lastro constitucional; d) investigar os métodos matemáticos existentes para a definição da pena base, notadamente o critério do “termo médio” e seu reflexo na valoração das circunstâncias judiciais.

A matéria de aplicação da pena é de indiscutível importância por tratar de direitos fundamentais, como a liberdade e a individualização da pena. Além disso, “A quantificação ou individualização da pena constitui um dos mais importantes capítulos do direito penal, mas que, não obstante, tem sido muito descuidado pela doutrina, pelo menos nos últimos tempos.” (PIERANGELI, 2013, p. 140).

O estudo ora proposto poderá significar contribuição à comunidade acadêmica, aos juristas e interessados no tema, em razão dos resultados que se pretende produzir e pelos aspectos teóricos ameadados durante a pesquisa, considerando que é campo pouco explorado. A coerência e a viabilidade estão demonstrados no decorrer do estudo que se tornou possível pela disponibilidade de materiais para a análise proposta e na execução dos objetivos geral e específicos.

A pesquisa é teórica eis que, na análise da discricionariedade na individualização da pena, fez-se extensa revisão bibliográfica na literatura especializada, bem como documental nas produções legislativas. Em relação ao

tratamento dos dados, a pesquisa é qualitativa, pois não se está diante de uma questão meramente numérica.

Os procedimentos técnicos adotados para a coleta dos dados são o bibliográfico e o documental. O primeiro é relativo às publicações da literatura especializada, o segundo concernente à utilização de documentos legislativos e ao uso de decisões judiciais, sem tratamento analítico. O método eleito será o hipotético-dedutivo, pautado na construção de hipótese norteadora da pesquisa, a ser confirmada ou refutada ao final.

Por fim, como método de procedimento, auxiliará a pesquisa a colocação do problema em uma perspectiva histórica (método histórico), percebendo a evolução do tratamento dado à individualização da pena no direito brasileiro ao longo do tempo, efetuada a partir do estudo das legislações e doutrinas pretéritas às atuais.

Para a sistematização dos resultados, o trabalho foi estruturado em dois capítulos, cada um deles com três subseções. O primeiro capítulo analisará a individualização da pena, o método trifásico e a pena-base. Na primeira subseção, analisa-se a gênese e o conceito do instituto da individualização da pena, e sua ligação com os sistemas de determinação das penas. Na segunda, estão os antecedentes históricos da individualização e da dosimetria da pena no Brasil, com os diplomas que regiam, chegando à atualidade com o direito fundamental à individualização da pena e o método trifásico. Na última subseção, incursiona-se no estudo da pena-base.

O segundo capítulo tratará da discricionariedade na determinação da pena-base, do conceito de consistência e dos critérios matemáticos. Na primeira subseção, faz a análise da discricionariedade, seu conceito, sua ligação com o dever de fundamentar, enfocando-se em tudo a pena-base. A segunda subseção trata do conceito consistência, sua vinculação com os direitos e garantias fundamentais à igualdade e à segurança jurídica. A terceira subseção elenca os métodos de balizamento ou *standards* desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência para auxiliar o julgador a quantificar a pena-base, principalmente aqueles chamados “matemáticos” e, ainda, dentro destes, haverá luz especial ao “critério do termo médio”.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS, TEÓRICOS E LEGAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E SISTEMAS DE DETERMINAÇÃO DAS PENAS

Imaginar que a pena criminal deva ser aplicada segundo o sujeito e o fato cometido pode parecer, sem a devida reflexão, algo natural, uma consequência lógica da ideia de penalidade. Não há como pensar prática diferente na atual quadra histórica.

Mas é importante refletir que nem sempre foi assim, e que o se entende por um direito fundamental hoje – a individualização da pena – demorou séculos para ser conquistado.

Por isso, antes de debater o tema propriamente dito, como questão fundamental para a abordagem dessa problemática, em primeiro lugar é imprescindível uma digressão histórica sobre a gênese e o conceito da individualização da pena, a fim de contextualizar o problema, o que será feito na primeira subseção deste capítulo.

A partir da compreensão de sua origem, segue na segunda subseção uma análise dos antecedentes e dos desdobramentos do principal marco legislativo do instituto na atualidade: o artigo 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal. Dos três vieses desse direito, enfoca-se a individualização judicial, com o estudo de seu instrumento de quantificação: a dosimetria penal.

Depois que se explicitam todas as três fases do método trifásico, sistema eleito para dosagem da pena pelo artigo 68 do Código Penal, a terceira subseção vai afundo no estudo da primeira das presumíveis três fases do método: a pena-base. Constante do artigo 59 do Código, nele se encontram as circunstâncias judiciais, cuja valoração, por total indefinição quantitativa, ocorre discricionariamente.

1.1 A GÊNESE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Diferentemente de tantos institutos jurídicos surgidos há milênios e que ainda compõem ordenamentos jurídicos do mundo todo na atualidade, a individualização da pena tem surgimento relativamente recente. A gênese do instituto está atrelada a um histórico de castigos desmedidos. Como anota José Antônio Paganella Boschi:

[...] nos primórdios, os castigos pelas faltas cometidas consistiam em reações instintivas e desmedidas das pessoas contra todos e tudo o que pudesse ser por elas interpretado como uma ameaça à sobrevivência

individual ou do grupo a que pertenciam. (BOSCHI, 2014, p. 143).

A elaboração dessa garantia evoluiu conforme a função que a pena deveria representar. Espetáculo do sofrimento humano, o suplício tinha clara intenção de servir, nas palavras de Michel Foucault, de “[...] melancólica festa de punição [...].” (FOUCAULT, 2013, p. 13). Destinado a divertir a plateia, embora houvesse diversas formas de infligir o corpo, não havia nesse ato nenhuma racionalidade punitiva (FOUCAULT, 2013).

Percebendo que essa macabra celebração mais males do que benefícios produzia à sociedade, inicia-se um movimento de mudança. Na realidade, a própria justiça penal acabou por se avergonhar do papel de que estava imbuída, pois “O fato de ela matar ou ferir já não é mais a glorificação de sua força, mas um elemento intrínseco que ela é obrigada a tolerar e muito lhe custar ter que impor.” (FOUCAULT, 2013, p. 14).

Nas palavras de Foucault, aquela foi uma “Época de grandes ‘escândalos’ para a justiça tradicional, época de inúmeros projetos de reformas; nova teoria da lei e do crime, nova justificação moral ou política do direito de punir; abolição das antigas ordenanças, supressão dos costumes; redação de códigos “modernos” [...].” (FOUCAULT, 2013, p. 13).

No final século XVIII, deu-se o passo inicial no caminho da humanização da sanção penal. Boschi refere que:

Embora tenha havido relativos abrandamentos dessa fúria punitiva, a história registrou até o fim da Idade Média o alto grau de crueldade das penas e a desumanidade nas execuções das sentenças proferidas pelos Tribunais da Inquisição, por ofensas ao direito canônico. Esse cenário inspirou pensadores Iluministas (Beccaria, Pietro, Verri, Hobbes, Locke e Rousseau) a lutarem por uma nova economia jurídica centralizada na eliminação dos suplícios do corpo e em favor da proporcionalidade de humanidade das penas. (BOSCHI, 2014, p. 143).

Surge aí uma nova economia do castigo baseada na humanidade e a proporcionalidade da pena, dentre outros preceitos. Mas a individualização da pena se tem indubitavelmente influência do movimento luminar, não decorreu diretamente de seus postulados. Emerge, na verdade, indiretamente, por um efeito negativo do que propunham os reformadores. Para que isso seja bem explicado, necessariamente devem ser perpassados os sistemas de determinação das penas.

Existem três modos de se determinar a pena: nos dois extremos, ou o juiz é totalmente livre para aplicar a sanção ao caso concreto, ou ela é totalmente determinada pela lei; no centro, há um sistema misto, em que a lei define certos limites dentro dos quais o magistrado poderá defini-la. No escólio de Roberto Lyra:

A cominação é absolutamente determinada, quando a lei fixa a natureza e a medida da pena, limitando-se o juiz a aplicá-la à hipótese; é relativamente determinada, quando a lei fixa ou alterna a qualidade de estabelece o máximo e o mínimo, em cujos limites o juiz faz a concretização; é absolutamente indeterminada, quando a lei declara punível um fato, mas confia ao juiz a fixação e a aplicação da pena, sem indicar espécie e quantidade. (LYRA, 1958, p. 178).

Nesse primeiro momento histórico, a mudança do paradigma refletiu, principalmente, na mudança da qualidade da sanção penal: da tortura passa-se para outras formas de punição, sobretudo a privação de liberdade. Naqueles tempos, o poder do juiz, não raras vezes, era ilimitado. Nada restringia seu poder de punir.

É que até essa quadra histórica era praticado o sistema da absoluta indeterminação (livre arbítrio judicial), em que a pena era arbitrada ao talante do juiz, que possuía poderes ilimitados na determinação da sanção (PRADO, 2014). A título de exemplo do poder dos juízes nessa época, veja-se o seguinte crime, colhido das Ordenações Filipinas (Livro V, Título VII) – que vigoraram no Brasil até o advento do Código Imperial de 1830:

Dos que dizem mal del-Rey
O que disser mal de seu Rey, não será julgado per outro juiz, senão per elle mesmo, ou per as pessoas, a quem o ele em special commetter.
E ser-lhe-ha dada a pena conforme a qualidade das palavras, pessoa, tempo, modo e tenção, com que forem ditas.
A qual pena, se poderá estender até a morte, inclusive, tendo as palavras taes qualidades, porque a mereça. (PORTUGAL, 1595).

Vê-se, nesse crime, que a vida ou morte do infrator estavam nas mãos do julgador. Não há um limite na sanção: infere-se que ela pode abarcar tanto uma simples multa, como também ser tortura ou privação de liberdade, podendo ela estender-se até a pena capital. A indefinição da pena servia, outrossim, a objetivos políticos.

Não prevendo a lei qualquer limite, a figura do sentenciado ganhava especial relevância na intensidade do decreto condenatório. Provavelmente, vem daí o adágio popular “aos amigos tudo, aos inimigos a lei”, vez que esse *modus* de

evidente iniquidade, nas palavras de Basileu Garcia “[...] propiciava a perseguição aos fracos e a proteção às classes privilegiadas [...]” (GARCIA, 2008, p. 97).

Para Cesare Beccaria, o mal da indefinição das penas ou da gravidade da punição conforme a qualidade de quem era punido, devia-se, em grande parte, à interpretação que os juízes faziam das leis. Com toda a razão, diante dos séculos de violências, Beccaria desconfiava do arbítrio judicial reinante e propôs que ao juiz cabia apenas a aplicação mecânica do texto legal:

A autoridade de interpretar leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pelas simples razão de que eles não são legisladores. [...] Quem será então o legítimo intérprete da lei? O soberano, isto é, o depositário das atuais vontades de todos, ou o juiz, cujo ofício é apenas o de examinar se determinado homem cometeu ou não ação contrária às leis?

Em cada crime, o juiz deverá estruturar um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a premissa a menor, a ação, conforme ou não á lei: a conclusão é a liberdade ou a pena [...]

Nada é mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Este é um dique aberto à torrente de opiniões. (BECCARIA, 2013, p. 36-38).

Se na fixação da pena a interpretação das leis era motivo de arbitrariedade, que a lei definisse a pena de antemão, propuseram os reformistas. Com o iluminismo “[...] cogitou-se de impedir a mutabilidade e incerteza da decisão judiciária, e legislou-se em sentido diametralmente oposto: o juiz deveria aplicar a pena rigidamente determinada na lei, para cada caso.” (GARCIA, 2008, p. 98).

Aníbal Bruno sintetiza que,

O arbítrio judicial que, por exigências políticas da tirania, mais do que por influência de objetivos jurídico-penais, deu ao direito punitivo dos tempos medievais e imediatamente posteriores o seu caráter de insegurança, violência e crueldade, resultava de um regime penal aberto em que a pena em sua medida e em seus processos de execução ficava em geral fora de determinação legal. Se outras fossem as condições sociais, e digamos, outra a natureza humana, este seria o sistema mais conforme, em princípio, com a ideia retributiva [...]

Mas a segurança dos homens e a vigilância necessária por um regime de justiça exigem a clareza e precisão das leis na definição dos crimes e determinação das sanções.

A primeira reação do Direito moderno ao arbítrio abusivo do julgador foi a pena fixa, posta como o mal justo, em estrita correspondência com a quantidade de mal praticado pelo delinquente, na objetiva expressão do tipo legal. (BRUNO, 2009, p. 60).

É o segundo modo de individualização da pena, também chamado de sistema de absoluta determinação (legalismo extremo), situação na qual “[...] o processo de individualização se esgota num único momento – o legislativo, de modo que ao juiz resta ficar adstrito ao disposto na lei penal, que fixa, antecipadamente, a espécie e a medida de pena a ser aplicada”. (PRADO, 2014, p. 266).

Bruno contextualiza que:

Um dos maiores males do Direito Penal anterior à reforma do Iluminismo foi o excessivo poder dos juízes, arbitrariamente exercido em detrimento da justiça e a serviço da política tirânica da época. A situação de iniquidade e opressão que daí resultava foi um dos argumentos mais ponderosos da campanha promovida por Beccaria no sentido de uma reforma do direito punitivo. A reação contra aqueles extremos teria de ser naturalmente a limitação daquele arbítrio, com a precisa definição dos tipos legais e um sistema de pena fixa. O juiz nem sequer admitido a interpretar a lei, mas a aplicá-la nos seus estritos termos, como pretendeu Beccaria seguindo Montesquieu. (BRUNO, 2009, p. 60).

Cezar Roberto Bitencourt faz a lembrança de que:

[...] a segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais do cidadão exigem, com precisão e clareza, a definição de crimes e a determinação das respectivas sanções. A primeira reação do Direito Penal moderno ao *arbítrio judicial* dos tempos medievais foi a adoção da *pena fixa*, representando o “mal justo” na exata medida do “mal injusto” praticado pelo delinquente. Na verdade, um dos maiores males do Direito Penal anterior ao Iluminismo foi o excessivo poder dos juízes, exercido arbitrariamente, em detrimento da Justiça e a serviço da tirania medieval. (BITENCOURT, 2015, p. 771).

Portanto, em um primeiro momento, alterou-se a qualidade da pena. A violência estatal desordenada cede passo e assume uma função definida. Mas ainda não há individualização da pena. Os juízes são vistos agora como meros executores dos ditames legais, autômatos, sem qualquer margem de intervenção na quantidade da pena.

Reflexo da revolução de 1789, o Código Penal francês de 1791 é o pioneiro em incorporar esse novo sistema de determinação das penas. As punições que estabelecia eram rígidas, sem qualquer margem de atuação do aplicador da pena. Cometido o delito, inexoravelmente a sanção seria aquela legalmente definida. Bruno aduz que:

Ao sistema largamente aberto da medida da pena, sucedeu a pena rigorosamente determinada, como se encontra no Código francês de 1791.

A cada espécie de crime determinada pena, e, se a existência do crime ficava provada, junto com a culpabilidade do agente, a função do juiz se limita, como então se disse, à aplicação mecânica do texto da lei. (BRUNO, 2009, p. 60).

Sob a égide deste estatuto, acontecia da seguinte forma:

[...] para tal roubo, tanto de prisão ou de serviço nas galés; em princípio nem um dia a mais ou a menos. Não era possível levar em consideração as circunstâncias do ato, nem o arrebatamento possível, nem os antecedentes. Todos os que haviam cometido a mesma classe de roubo se encaixavam na mesma linha, pois, supunha-se, eram igualmente responsáveis. O juiz não era mais do que um instrumento mecânico de aplicação da pena. Era o mecanismo que distribuía a pena conforme a lei; um distribuidor automático. Só tinha uma missão: constatar a prova do ato. (SALEILLES, 2006, *apud* BOSCHI, 2014, p. 144).

Evidentemente, esse movimento que levava a outro extremo a individualização da pena, não logrou êxito. Caso se buscava igualdade ao empreender o movimento contra o enorme de arbítrio dos magistrados, tal desiderato não foi atingido “[...] isso porque se fere a pretendida igualdade não apenas quando casos iguais são desigualmente tratados, mas também quando casos desiguais são tratados da mesma forma [...]” (PRADO, 2014, p. 265).

Como alternativa à rigidez da fórmula vigente, o Código Penal francês de 1810 concebe um sistema intermediário, que afinal traz a ideia de individualização da pena. (BOSCHI, 2014). É a terceira forma de se determinar a pena, denominada sistema de relativa indeterminação (PRADO, 2014), onde são fixadas em lei balizas máximas e mínimas, dentro das quais o magistrado poderá determinar a medida concreta da pena:

Para contornar esse engessamento, os franceses, em 1810, editaram uma ampla reforma, para estabelecerem em seu Código Penal, salvo em relação às penas perpétuas, máximos e mínimos dentro dos quais o juiz poderia se mover para estabelecer a medida concreta da pena. (BOSCHI, 2014, p. 144).

Sobre esse ponto, Bruno igualmente traz à memória que,

[...] logo se percebeu que essa rigidez era incompatível com as próprias exigências da justiça, e já uma lei de 25 frimário, ano VIII, abria um crédito à livre apreciação do juiz, admitindo um máximo e um mínimo, entre os quais poderia variar a mensuração da pena, o que foi consagrado no Código de 1810 e se comunicou às legislações modernas em geral. (BRUNO, 2009, p. 60).

Considera-se que escalonamento do castigo constante pelo Código Penal de 1810 foi de extrema importância para o Direito Penal Moderno, pois, além de ir ao encontro da nova economia do castigo proposta por Beccaria, representa o nascimento da individualização da pena,

Com tais reformas – orientadas na consideração do homem certo, e não do imaginário homem médio e na avaliação de todas as particularidades do caso concreto, e não de qualquer caso – nascia, com boa conformação, o princípio da individualização da pena [...] (BOSCHI, 2014, p. 144).

Realmente, segundo Foucault,

Vemos aí ao mesmo tempo a necessidade uma classificação paralela dos crimes e dos castigos e a necessidade de uma individualização das penas, em conformidade com as características singulares de cada criminoso. Essa individualização vai representar um peso muito grande em toda a história do direito penal moderno; aí está sua fundamentação; sem dúvida em termos de teoria do direito e do com as exigências da prática cotidiana, ela está em oposição radical com o princípio da codificação; mas do ponto de vista de uma economia do poder de punir, e das técnicas através das quais se pretende pôr em circulação, em todo o corpo social, sinais de punição exatamente ajustados, sem excessos nem lacunas, sem “gasto” inútil de poder, mas sem timidez, vê-se bem que a codificação do sistema delitos-castigos e a modulação do par criminoso-punição vão a par e se chamam um ao outro. A individualização aparece como o objetivo derradeiro de um código bem adaptado. (FOUCAULT, 2013, p. 95).

A relativa indeterminação, portanto, representa um salto civilizatório na definição da pena. De um lado, a lei restringe a qualidade e a quantidade das penas, dando o devido conhecimento para a sociedade sobre a sanção em que incidirá o infrator; também, para que não decorram de arbitrariedade desarrazoada de quem impõe, mas tenham a chancela da população pela sua definição legislativa; de outro, permite a gradação da penalidade de acordo com as particularidades do fato criminoso e da pessoa do delinquente.

Individualizar a pena, segundo Boschi, “[...] é torná-la única, singular, específica para o caso concreto e seu autor. A garantia previne o tratamento de massa em direito penal” (BOSCHI, 2014, p. 53). Destina-se, primordialmente, a resguardar o valor do indivíduo. Guilherme de Souza Nucci acrescenta que a individualização:

[...] tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo

corrêus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal [...] (NUCCI, 2015, p. 29).

Em definição simples e clara, José Henrique Pierangeli pontifica que: “Individualizar a pena é aplicá-la de acordo com o indivíduo autor da infração penal. Destarte, a individualização da pena tem por finalidade extirpar do direito penal fórmulas casuísticas [...]” (PIERANGELI, 2013, p. 140).

Essa garantia, incorporada inicialmente no Código Penal francês de 1810 (BITENCOURT, 2015), aportou no Brasil inicialmente de forma modesta, e foi transformada em direito fundamental apenas em meados do século passado. Adiante, o histórico nacional da individualização da pena.

1.2 A INDIVIDUALIZAÇÃO E DOSIMETRIA DA PENA NO BRASIL

Nos primórdios do Brasil independente, em matéria penal, as regras permaneciam sendo ditadas pelas Ordenações Filipinas. Compilação das normas do reino de Portugal, naquela época era verdadeiro resquício medieval na modernidade. Como foi delineado na seção anterior, no período histórico em que já estava superada a própria determinação absoluta da pena, esse diploma régio previa delitos cuja pena ainda era totalmente indeterminada:

O Brasil caminhou com lentidão na direção da garantia da individualização da pena (na fase judicial), pois, embora alinhado às ideias liberais, que, um pouco antes, haviam dominado a Inglaterra, a França e os Estados Unidos, foi só em 1830 que editou o Código Criminal do Império, para substituir as Ordenações Filipinas e fazer cessar o direito penal do horror. (BOSCHI, 2014, p. 146).

Com efeito, verifica-se que somente após a independência nacional, e para substituir o ostracismo das Ordenações, em 1830, edita-se a primeira codificação penal brasileira: o Código Criminal do Império (Lei de 16 de dezembro de 1830: *Código Criminal do Império do Brasil*). Tal estatuto ainda guardava resquícios do sistema de absoluta determinação, pelo que se nota:

Art. 63: Quando este Código não impõe pena determinada, fixando somente o máximo, e o mínimo, considerar-se-hão três graus nos crimes, com atenção às suas circunstâncias agravantes, ou atenuantes, sendo máximo o de maior gravidade, á que se imporá o máximo da pena; o mínimo o da menor gravidade, á que se imporá a pena mínima; o médio, o

que fica entre o máximo, e o mínimo, á que se imporá a pena no termo medio entre os dous extremos dados. (BRASIL, 1830).

Tal código foi inovador ao adotar o sistema da relativa indeterminação: coloca tempos máximo e mínimo de prisão, dentro dos quais o juiz à vista das circunstâncias agravantes ou atenuantes, poderia aplicar a pena no limite máximo, mínimo ou médio do que foi previsto no tipo penal.

Por essa última previsão é que se entende o Código Criminal do Império como precursor na individualização da pena. A orientação do referido estatuto tem o sopro Iluminista e influência, em parte, do Código Penal francês, devido à formação do autor do seu projeto:

Bernardo Pereira de Vasconcelos, autor do projeto escolhido, havia cursado Direito na Universidade de Coimbra e incorporado à sua formação jurídica a filosofia Iluminista. Inspirando-se no modelo Francês, embora não exclusivamente, ele sugeria em seu Projeto – convertido em lei – previa penas em graus (mínimo, médio e máximo) a serem estabelecidos pelo juiz conforme ditassem as circunstâncias legais agravantes e atenuantes [...]. (BOSCHI, 2017, p. 341).

Não obstante o avanço em relação às Ordenações, o Código Criminal do Império permanecia, a seu modo, vinculado ao sistema de absoluta determinação da pena, tendo em vista rigidez legal que o magistrado tinha ao ponderar as circunstâncias, as quais permaneciam com valores determinadamente ditados pela lei:

Esse Código, na Parte II, preservava, de certo modo, as amarras do sistema punitivo medieval, pois o juiz deveria individualizar a pena em atenção aos graus rígidos preestabelecidos (mínimo, médio e máximo), conforme determinasse a maior ou menor incidência de agravantes ou atenuantes [...]sem qualquer margem de opção. [...] Quer dizer, o juiz limitava-se a constatar o fato, a identificar o grau de reprovação e a declarar a pena correspondente. Não tinha poder de escolha, já que a proporcionalidade na reação era predeterminada em lei. Bem ao estilo do “boca de lei”, da era napoleônica, o juiz era um mero intermediário entre a lei e o fato para fazer valer a vontade daquela na regulação dos fatos da vida. (BOSCHI, 2014, p. 146).

Sucedendo-lhe, o Código Penal de 1890 (Decreto 847 de 11 de outubro de 1890) filiou-se à semelhante modelo de aplicação da pena adotado pelo seu antecessor, de acordo com Boschi “O Código Republicano de 1890 não alterou o sistema implantado em 1830, salvo para acrescentar graus intermediários de

reprovação (entre o mínimo e o médio e entre o médio e o máximo) [...]” (BOSCHI, 2014, p. 146-147), conforme se vê:

Art. 62. Nos casos em que este código não impõe pena determinada e somente fixa o Máximo e o mínimo, considerar-se-hão tres graus na pena, sendo o grau médio compreendido entre os extremos, com atenção ás circunstancias aggravantes e attenuantes, as quaes serão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes:

§ 1º No concurso de circunstancias aggravantes e attenuantes que se compensem, ou na ausencia de umas e outras, a pena será applicada no grau médio.

§ 2º Na preponderancia das aggravantes a pena será applicada entre os graus médio e maximo, e na das attenuantes entre o médio e o mínimo.

§ 3º Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circunstancias aggravantes sem alguma attenuante, a pena será applicada no Máximo, e no mínimo si for acompanhada de uma ou mais circunstancias attenuantes sem nenhuma aggravante. (BRASIL, 1890).

Basileu Garcia explana como se applicava a pena sob a égide desse Código:

Havia cinco graus de pena: máximo, sub-máximo, médio sub-médio, mínimo. O máximo e o mínimo figuravam no Código, para cada crime. Para calcular o grau médio, o juiz extraía a média aritmética entre o máximo e o mínimo. Calculava o sub-médio, extraindo a média entre o mínimo e o médio; o sub-máximo, extraindo a média entre o médio e o máximo.

Se ocorriam contra o autor do crime circunstâncias agravantes não havendo atenuantes, seria a pena imposta no máximo. Se só atenuantes, no mínimo. Se não existiam circunstâncias agravantes nem atenuantes, ou, existindo, se compensavam, era aplicada a pena no grau médio. Se, existindo atenuantes e agravantes, prevaleciam as atenuantes, o grau era entre o mínimo e o médio, isto é, sub-médio; se prevaleciam as agravantes sobre as atenuantes applicava-se entre o médio e o máximo, isto é, sub-máximo. (GARCIA, 2008, p. 99).

A despeito de ensejar alguma individualização da pena, a fórmula dos códigos penais de 1830 e 1890 guardava certo engessamento, figurando o magistrado como verdadeiro “contador”, em ato jurídico que refletia uma mera operação aritmética. A particularização da reprimenda, pela rigidez do sistema, permanecia, na verdade, absolutamente determinada (GARCIA, 2008).

As crescentes críticas acerca do papel do juiz na dosimetria da pena nesse sistema, assim como alterações na finalidade da reprimenda penal, culminam em novo processo de modificação no campo da individualização penal. Assevera Basileu Garcia que:

Com a Escola Positiva começou a desacreditar-se a chamada pena dosimétrica, pena medida e contada com ridículos requintes de pretensa

exatidão matemática, em correspondência quase exclusiva com a gravidade objetiva do fato. Cuidou-se, então, de atender às condições particulares do criminoso, à sua individualidade física, antropológica, moral. Alastrou-se a convicção de que o juiz deveria ter poderes para individualizar as sanções, considerando o delinquente como realidade viva. (GARCIA, 2008, p. 98).

O progresso no campo da individualização da pena foi na direção do descrédito da “pena dosimétrica”, ou “equação penal” como a apodaram. À alienação da lei, propunham a análise livre, mas responsável, da realidade integral do fato e do criminoso:

A cominação abstrata é difícil proporcionar a pena à periculosidade dos criminosos. Na lei a pena é sempre indeterminada, confiando-se ao juiz a apuração e fixação dos elementos, em que se apoiaria a indeterminação da sentença.

Para proceder à determinação são traçadas normas de individualização. À lei somente é possível fornecer critérios gerais.

Pelo Código foram conferidas as maiores responsabilidades, no exercício da individualização, ao juiz. Delegou-lhe o legislador, avisadamente, um arbítrio, prudente e relativo, como deve ser todo arbítrio, ditando normas taxativas para limitá-lo e conduzi-lo ao caso concreto.

O arbítrio judicial é o pressuposto das mais elementares concepções do período científico do direito penal: mesmo confinando o problema ao aspecto individual, não tem mais sentido o aforismo de BACON: “optima est lex quæ minima reliquit ad arbitrium judicis: optimus judex qui minimum sibi”. Quando a justiça refletia o absolutismo e os juízes era apenas carrascos a serviço da mais ignóbil tirania, não se podia, sequer, falar em julgamento, porque os magistrados estavam, por sua vez, submetidos à força. Então, ótima era a lei que menos arbítrio deixava ao juiz e ótimo o juiz que menor arbítrio se permitia.

Enquanto se mantiver, com a seleção moral e intelectual, a independência da magistratura, o arbítrio judicial, regulado cautelosamente, como fez o Código, só poderá ser salutar. Quando desaparecer aquela condição vital, não haverá juízes e sim funcionários sujeitos ao automatismo da violência ilegítima. Então, não se cogitará de ordem jurídica e de seus fenômenos. Com a liberdade dos juízes responsáveis, em atenção à realidade integral de cada homem e de de cada fato, dentro do meio, obtém-se o máximo de equidade. [...]. (LYRA, 1958, p. 182-183).

Dando espaço para efetiva atuação judicial na dosagem da pena, revoga o Código de 1890 e ingressa na ordem jurídica brasileira o atual Código Penal (Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940), que em sua redação originária, assim dispunha sobre a fixação da pena:

Fixação da pena

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável. (BRASIL, 1940).

Contrariamente aos seus antepassados, o Código Penal de 1940 devolveu à toga papel de destaque na aplicação da pena. Percebe-se que essa codificação não estabelece na primeira fase da aplicação da pena nenhum valor determinado. Não há, como nos outros, a fixação em mínimo, médio ou máximo, de acordo com o número de circunstâncias apuradas.

O magistrado, enfim, ficou relativamente livre para estabelecer fundamentadamente o *quantum* de reprovação à determinada circunstância, atendendo aos limites legais do tipo penal. Segundo Garcia, “Orientam o juiz os limites extremos estabelecidos na lei para cada figura delituosa. Dentro do mínimo e do máximo, que geralmente são bastante distanciados, tem liberdade de fixar a pena, justificando sempre sua decisão [...]” (GARCIA, 2008, p. 101).

De acordo com Leonardo Massud, o Código de 1942:

[...] longe das fórmulas aritméticas [...] ampliou extraordinariamente o arbítrio judicial, disponibilizando ao magistrado um autêntico roteiro de investigação das circunstâncias fáticas do crime e da pessoa do réu, permitindo-se, com isso, o exercício verdadeiro da tarefa de individualizar a pena, cuja fixação, agora, prendia-se tão somente aos limites da moldura dos tipos penais, ou seja, aos marcos mínimos e máximo da reprimenda. (MASSUD, 2009, *apud* BOSCHI, 2014, p. 147-148).

Até então, pelo que se nota, a individualização da pena era decorrência não de um postulado direto que o ordenasse. Seu teor, na realidade, extraía-se das regras de aplicação da pena, as quais continham disposições que buscavam atingir tal desiderato, elegendo circunstâncias que poderiam especialmente agravar ou atenuar a pena.

Na forma de comando direto e com *status* constitucional e, sobretudo, de direito fundamental, a individualização da pena foi introduzida no direito brasileiro somente com a Constituição de 1946 (Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de Setembro de 1946):

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 29 - A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu. (BRASIL, 1946).

E com pequenas modificações em sua redação, dita disposição foi mantida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 nos mesmos moldes: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena.” (BRASIL, 1967).

A Constituição Federal de 1988, como não poderia deixar de ser, elencou, no rol dos direitos fundamentais a individualização da pena, assim como, comparativamente ao disposto nas constituições anteriores, inovou ao exemplificar no texto constitucional as espécies de penas adotadas:

Art. 5º (...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, 1988).

Atualmente é assente que a individuação pode se dar em três momentos. O primeiro ocorre na fase legislativa, quando o legislador estabelece no preceito secundário do tipo penal a espécie de sanção cominada, o limite máximo e mínimo da sanção penal ou a existência de qualificadoras (CARVALHO, 2013).

Em um segundo momento, adstrita ao teto e piso legal e vinculada às causas de modificação da pena anteriormente mencionadas, há a etapa judicial, na qual o magistrado possui discricionariedade para dosar determinados vetores que podem exasperar ou abrandar a pena a ser aplicada, através de circunstâncias judiciais ou legais previstas na parte geral do Código Penal (CARVALHO, 2013).

Por último, elenca-se a chamada individualização executória, consistente na particularização da execução da pena, como ocorre, por exemplo no sistema progressivo de cumprimento da pena, no livramento condicional, que dependem de requisitos subjetivos verificados durante a execução penal (CARVALHO, 2013).

Na etapa judicial, que importa no presente trabalho, ocorre a chamada dosimetria da pena. Esses conceitos “individualização” e “dosimetria”, embora distintos, frequentemente são usados como se sinônimos fossem (BOSCHI, 2013). Como são definições fundamentais para este escrito, cabe desde logo diferenciá-las:

A individualização, como garantia (art. 5.º, inc. XLVI), projeta dever de respeito às singularidades próprias e características do indivíduo certo (e

não de um homem médio) e do fato a ele imputado. Desses dois aspectos limitadores, deduz-se que a garantia da individualização previne abusos, por impedir tratamento de massa em Direito Penal.

A dosimetria, outrossim, é o procedimento regrado que efetiva a garantia da individualização da pena. Ela resulta da técnica e não da arte de julgar e tem por fim estabelecer a relação compensatória entre duas grandezas conhecidas: o crime praticado, de um lado, e o castigo oficial, de outro, tendo por nortes os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade, entre outros. (BOSCHI, 2013).

Acerca da dosimetria no direito brasileiro, convém lembrar memorável debate doutrinário travado ainda sob a égide do Código Penal de 1940. Discutia-se como deveria se dar a dosimetria da pena e sobre o assunto se formaram duas correntes (PIERANGELI, 2013).

Uma delas, esposada por Roberto Lyra, defendia o chamado sistema bifásico, pelo qual a aplicação da pena se daria em duas fases, em que, na primeira, examinavam-se as circunstâncias judiciais juntamente com as atenuantes e agravantes, ao passo que, num segundo momento, incidiriam as causas de aumento ou diminuição (PIERANGELI, 2013).

Do outro lado, Nelson Hungria propunha o chamado sistema trifásico. Por este método, três seriam as operações a serem efetuadas pelo juiz: primeiramente, a análise das circunstâncias judiciais; após, na segunda fase, a consideração das agravantes ou atenuantes; por último, na terceira e derradeira etapa, incidiriam as causas de aumento ou diminuição (PIERANGELI, 2013).

Seguindo a tese de Hungria, a Lei nº 7.209, de 11 de julho 1984, que reformou integralmente a parte geral do Código Penal de 1940 consagrou o sistema trifásico de individualização judicial da pena, como consta do Item 51 da Exposição de Motivos “O Projeto opta claramente pelo critério das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal.” (BRASIL, 1983).

Segundo Boschi, a reforma penal “[...] optou, relativamente às penas privativas de liberdade, pelo método trifásico, por considerá-lo mais afinado com o sentido da individualização da pena [...]” (BOSCHI, 2014, p. 152). Ainda sobre a opção legislativa, Nucci refere que:

O método trifásico foi consagrado no Código Penal, após a Reforma Penal de 1984, parecendo ser o mais adequado, pois permite ao condenado o exato conhecimento do processo pelo qual passa o juiz até concretizar a pena. Ponto por ponto, expõe o magistrado, por intermédio do raciocínio lógico-dedutivo, sua conclusão acerca da medida da sanção penal cabível,

individualizando-a como determina a Constituição Federal. (NUCCI, 2015, p. 149).

Compõe-se, presumivelmente, de três fases ou etapas: as chamadas pena-base, pena provisória e pena definitiva. Essa divisão está demarcada pela separação, entre pontos e vírgulas de três movimentos distintos (BOSCHI, 2014), conforme se lê na redação do artigo 68 do Código Penal:

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

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (BRASIL, 1984).

A pena-base é a sede na qual além da escolha da espécie de sanção, são valoradas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Nesse momento não existem critérios objetivos para a aferição do *quantum*, de modo que, em tese, tanto poderá ficar no mínimo, como atingir o máximo cominado.

Em seguida, na pena provisória, incidem as circunstâncias agravantes ou atenuantes, genéricas - quando previstas na parte geral do Código Penal - ou específicas – na hipótese de serem previstas na parte especial do Código ou em legislação extravagante. Tal qual na pena-base, não há critérios legais pré-definidos para o cômputo dessas circunstâncias.

Por último, na derradeira fase do sistema trifásico, funcionam as causas de aumento ou diminuição, também conhecidas como majorantes e minorantes, respectivamente, que operam com frações definidas², as quais não estão sujeitas às divisas do preceito secundário do tipo penal e que formam a chamada pena definitiva (BOSCHI, 2014).

É oportuno esclarecer que a pena definitiva pode se formar imediatamente após a fase da pena provisória ou até mesmo da pena-base. O percurso em direção

² Exemplo claro de uma causa de diminuição é a tentativa: Art. 14 (...) **Pena de tentativa.** Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (BRASIL, 1940)

Como causa de aumento, pode ser citado o decorrente do crime continuado: Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

ao seu encontro pode ser atalhado. Basta que não haja circunstâncias a valorar nas fases subsequentes, para formar-se a pena definitiva.

Em consonância recorte específico deste trabalho, é necessário um olhar mais atento para a primeira fase do método trifásico: a pena-base. Sua mensuração ocorre em atenção à determinadas circunstâncias, chamadas “judiciais”. Essa análise da pena-base é feita no tópico seguinte.

1.3 A PENA-BASE

Visualizou-se anteriormente que o sistema trifásico, eleito pela ordem jurídica brasileira para encontrar a medida concreta da pena, lança mão, em cada uma de suas fases, de determinadas circunstâncias a serem ponderadas – judiciais ou legais como se verá adiante. Bruno demonstra que é antiga a prática da dosagem da pena a partir de circunstâncias:

A idéia de pôr em função na medida da pena certas circunstâncias do crime é antiga e havia naturalmente de nascer diante do propósito de retribuir, com a sanção adequada, o crime na sua existência de fato, não na sua abstração da lei. Em Roma, pelo menos no Direito do Império, havia circunstâncias, como o emprego de certos meios, ou a execução em certo lugar ou tempo, ou a condição da pessoa do agente ou da vítima, que se admitiam para o fim de modificar a medida penal [...] No Direito intermédio, não falta a menção de circunstâncias influentes sobre a mensuração da pena, e a escola dos pós-glosadores, sobretudo por obra de Júlio Claro e Farinácio. Elaborou uma doutrina da matéria. Mas tudo isso tinha escasso interesse, em face do arbítrio praticamente ilimitado dos julgadores, que foi um dos mais graves extravios do Direito Penal daquele tempo. A reação contra esse arbítrio promovida pela nova ordem de Direito criada pela Revolução Francesa conduziu, como sabemos, à fixação absoluta da pena, mas leis posteriores (como a de 27 germinal, ano IV) iniciaram, embora timidamente, um sistema de circunstâncias atenuantes, que foi consagrado pelo Código de 1810 e alargado e complementado mais tarde [...] (BRUNO, 2009, p. 63).

Boschi recorda que “O termo *circunstância* provém de *circum* (círculo) e de *stare* (estar) e indica tudo o que *está em torno, que está ao redor de algo.*” (BOSCHI, 2014, p. 160). O sentido de circundar, decorrente da etimologia do termo, dá uma visão que merece destaque: as circunstâncias do crime nada dizem com a existência ou não do crime.

Não podem as circunstâncias, em hipótese alguma, constituírem-se em elementos que já compõem o tipo penal (BRUNO, 2009), sob pena de um mesmo

fato receber mais de uma punição, caracterizando o chamado “bis in idem”. Nesse sentido, Bitencourt esclarece que

Os tipos penais descrevem as condutas ilícitas e estabelecem assim os seus elementos constitutivos. Esses fatores que integram a descrição da conduta típica são as chamadas elementares do tipo, ou elementos essenciais constitutivos do crime. O tipo penal, além dos seus elementos essenciais, sem os quais a figura típica não se completa, pode ser integrado por outras circunstâncias acidentais que, embora não alterem a sua constituição ou existência, influem na dosagem final da pena. Circunstâncias, na verdade, são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas circundam o fato principal. Não integram figura típica, podendo, contudo, contribuir para aumentar ou diminuir sua gravidade. (BITENCOURT, 2017, p. 156).

Estabelecida uma visão geral do procedimento dosimétrico, é momento de aprofundar a análise da etapa do método trifásico eleita como foco deste escrito monográfico. Com efeito, na pena-base, além do artigo 68 já citado, o magistrado trabalha com o artigo 59 do Código Penal³:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]. (BRASIL, 1940).

O dispositivo em questão contém as denominadas circunstâncias judiciais, na sequência conceituadas por Nucci:

Denominam-se *circunstâncias judiciais* as previstas no art. 59 do Código Penal, não possuindo expressa definição legal, surgindo, em última análise, da avaliação do juiz, ao estabelecer a pena-base. Constituem particularidades envolventes da figura básica de um delito qualquer, sem que possam ser consideradas integrantes da tipicidade derivada ou de circunstâncias legais genéricas de aumento ou de diminuição (agravantes/atenuantes), possuindo caráter nitidamente residual (NUCCI, 2015, p. 131).

São chamadas “judiciais”, pois “[...] quem confere em concreto a carga de valor para cada uma delas é o juiz no momento em que estiver individualizando a pena-base, ao passo que carga de valor das circunstâncias legais é estabelecida

³ É a regra geral nos crimes definidos no próprio Código Penal ou constantes de leis especiais que não disponham de modo diverso. Isso acontece, por exemplo, com a Lei 11.343/06, que contempla outros vetores para a definição da pena-base: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.” (BRASIL. 2006).

pelo legislador [...]” (BOSCHI, 2014, p. 161).

Acrescenta-se que tais circunstâncias podem ser divididas entre aquelas de índole subjetiva, por dizerem respeito ao autor do fato, o que acontece com culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos do crime; e de caráter objetivo, quais sejam as circunstâncias do crime, as consequências e o comportamento da vítima (BOSCHI, 2014).

A mensuração das circunstâncias judiciais, diferentemente do que ocorre com as causas de aumento e diminuição, não pode ultrapassar os limites máximo e mínimo de pena cominados no tipo penal, como enuncia o inciso II do mesmo dispositivo: “Art. 59 [...] II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.” (BRASIL, 1940).

Enuncia o artigo 59 do Código Penal que a pena será fixada conforme “[...] seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]” (BRASIL, 1940). Aqui, encontram-se os conceitos de dosimetria e de finalidade da pena. Esta última significa os efeitos sociais que se pretendem realizar com ela (BITENCOURT, 2015).

Ressalta-se que, embora o estudo da finalidade ou função da pena extrapole o objeto de estudo desse trabalho, inegavelmente “[...] a forma como as leis de um país regulam a atividade judicial de determinação da pena depende sempre dos objetivos que se espera alcançar através da justiça criminal e, particularmente, da aplicação das sanções pelos juízes [...]” (CAMPOS, 2017, p. 199).

Em breve exposição, pode-se dizer que existiam duas teorias que justificavam a punição. As teorias absolutas ou retributivas de um lado, concebiam a pena “[...] como um mal, um castigo, como retribuição do mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado [...]” (BITENCOURT, 2015, p. 133).

Em contraposição, de outro lado, as teorias relativas ou preventivas tinham que a pena servia não para castigar o fato cometido, mas sim buscar a prevenção de sua prática “[...] a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua justificação estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros: prevenção de delitos.” (BITENCOURT, 2015, p. 142).

Dos debates entre uma e outra teoria, surgiu uma terceira, chamada mista ou

unificadora, a qual foi adotada pelo Código Penal. A uma só vez, essa teoria agrupa em um único conceito, tanto o fim de retribuição do injusto, como o de prevenção da sua prática (BITENCOURT, 2015).

Francisco de Assis Toledo explica, então, que a valoração das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal tem por papel retirar da abstração, e servir como forma de concretização dos fins da pena criminal:

A pena insuficiente e desnecessária, desajustada ao agente do fato, não é, portanto, a pena correta, a pena justa, perante esse dispositivo da legislação penal vigente. Assim, criticáveis são as sentenças que, ao individualizar a pena do acusado, ficam aquém ou vão além do suficiente e necessário para a retribuição e prevenção do crime cometido. Nessa linha de idéias, merece correção tanto a sentença que impõe pena insuficiente, deixando, por mera benevolência, de afastar perigoso delinqüente do convívio social, como a que, por mão pesada, aplica pena excessiva ou nega benefícios a que faz jus o condenado.

Nesta altura poder-se-á indagar: como traduzir em termos práticos essa pena ideal, correta e justa, se os conceitos de suficiência e necessidade são bastante vagos?

O legislador, no art. 59 do Código Penal, fornece critérios para essa quantificação, ao recomendar ao juiz que examine a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima. Desse exame resultará a fixação da pena base, sobre a qual incidirão as circunstâncias agravantes e atenuantes e, depois, na terceira e última fase, as causas de aumento e de diminuição, eventualmente existentes. (TOLEDO, 1999).

Questão controvertida é o ponto de partida de contagem da pena base: se deve partir do mínimo cominado; ou pode iniciar-se em um termo médio, entre o piso e o teto da pena. Outro ponto de dissenso teórico é o modo de valoração dessas circunstâncias: se cada circunstância será calculada individualmente ou todas elas uma apreciação conjunta (CARVALHO NETO, 2013).

A posição dominante adotada frente a tais questionamentos pende para a partida do cálculo da pena do mínimo legal.⁴ A partir daí, inicia-se uma análise individualizada de cada uma das circunstâncias judiciais. Conforme sejam verificadas, a pena exaspera-se ou se abranda:

Na doutrina e na jurisprudência amplamente majoritárias, tem-se entendido dever o Juiz partir, para a fixação da pena-base, do patamar mínimo legalmente estabelecido, a partir daí aumentando um determinado quantum

4 O STF já chancelou a adoção do termo médio como marco inicial da pena-base: [...] esta Suprema Corte reconhece o termo médio como elemento decisório apto a balizar a dosimetria da pena-base [...] (BRASIL, 2018)

a cada circunstância desfavorável ao réu. (CARVALHO NETO, 2013, p. 104).

Como o próprio nome sugere, a pena-base é o primeiro dos três “degraus”, isto é, a primeira referência quantitativa método trifásico de aplicação da pena (BOSCHI, 2014). Os aumentos subsequentes operados em face da ocorrência de agravantes/atenuantes ou de causas de aumento/diminuição incidem em cascata sobre ela.

A pena-base assume, por conseguinte, papel fundamental no processo da dosimetria da pena. É a partir da “base de cálculo” de toda a operação dosimétrica que incidirão os aumentos ou diminuições decorrentes das demais circunstâncias. José Duarte salienta seu importante papel como ponto de partida:

Como poderia o juiz proceder a um aumento ou diminuição sem um termo fixo, um ponto de partida? Sem essa função não há mister indagar de base: a pena seria, logo, a concreta, individualizada, sem indagação de causas especiais ou circunstâncias comuns que influam na sua agravação ou atenuação. A pena-base, assim, surge como uma necessidade prática e vinculada à aplicação mesma do sistema. Ela se impõe como fundamento, ponto de partida de uma operação, unidade sobre que assentam ulteriores acréscimos ou diminuições. (DUARTE, 1942, *apud* BOSCHI, 2014, p. 159-160).

Aliás, considerando a etimologia da palavra “base”, revela-se pertinente a comparação “[...] a palavra base deriva do grego *básis* e literalmente significa a planta do pé. Daí que a palavra sugere a ideia de parte que servirá de apoio a alguma outra coisa, como a planta do pé que serve de apoio ao corpo.” (FERREIRA, 1995 *apud* CARVALHO NETO, 2013, p. 44).

Quando aborda a quantificação da pena-base, Boschi menciona que:

Diferentemente da rigidez dos Códigos de 1830 e de 1890, o vigente Estatuto Penal Repressivo, editado em 1940 e alterado significativamente pela Lei 7.209/84, conferiu ao magistrado maior liberdade para quantificar a quantidade de pena-base dentro dos limites cominados em abstrato nos tipos penais [...]

Como é curial, essa liberdade não é ilimitada, pois está submetida às restrições impostas pelo devido processo legal e seus consectários, dentre eles o da proporcionalidade, o da motivação e o da ampla defesa [...]

O modelo vigente não oferece, entretanto, indicações claras sobre o modo como o juiz deve proceder, isto é, quais os passos que precisa dar para poder determinar, com segurança jurídica para as partes, a justa medida da pena-base. (BOSCHI, 2014, p. 182).

Essa ausência de indicações de como o juiz deve proceder para dosar a pena-base ocorre, segundo o mesmo autor, pois,

Excetuada a remissão que o art. 68 faz ao art. 59 do Código Penal, o Estatuto Repressivo não contém regras explícitas indicando como deve o juiz proceder para quantificar a pena-base, deixando ao intérprete a falsa impressão de que o juiz, por ter sido aprovado no concurso público para a carreira da Magistratura, saberá como fazê-lo! [...]

Por causa desses déficits normativos, há quem considere que o magistrado será guiado nesse terreno pedregoso pelo seu *prudente arbitrio* e também aqueles que sustentam ser suficiente a *mera referência* às circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 para ter-se como *justificada* a quantidade de pena-base estabelecida. (BOSCHI, 2017, p. 344).

Assim, não obstante a relevância da pena-base no contexto do método trifásico, “Paradoxalmente, no entanto, a lei não fornece critérios de avaliação das circunstâncias previstas no art. 59, tampouco estabelece pesos ou valores pré-determinados a serem atribuídos a cada vetor.” (CAMPOS, 2017, p. 238). Gabriel Silveira de Queirós Campos assevera, em maiores detalhes, que:

Uma característica essencial da dosimetria penal no Brasil, muitas vezes esquecida pelos profissionais do Direito, é que os juizes e tribunais possuem grande margem de liberdade na determinação da pena-base. O Código Penal tão somente elenca circunstâncias judiciais a serem consideradas na primeira etapa da aplicação da pena. Os julgadores podem fixar a pena-base, a rigor, em qualquer ponto dentro dos limites mínimo e máximo (margens penais). (CAMPOS, 2017, p. 237).

Assim, fica a cargo da discricionariedade dos julgadores a tarefa de quantificá-la, pois “O art. 59 [do Código Penal] reconheceu larga margem de discricionariedade na aplicação da pena [...]”. (COSTA JR., 2010, p. 243). Sérgio Salomão Shecaira profere o mesmo diagnóstico “Na consideração das circunstâncias legais e judiciais, confere o Código ao juiz um amplo poder discricionário.” (SHECAIRA, 1994, *apud* ROSSETO, 2014, p. 135).

A jurisprudência das cortes de vértice está orientada na premissa de que na matéria afeta à dosimetria da pena há certa discricionariedade do juiz da causa ao definir o *quantum* da reprimenda. É o que diz o Supremo Tribunal Federal:

A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete

apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como corrigir, eventualmente, discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores [...]. (BRASIL, 2017).

E o Superior Tribunal de Justiça

Como é cediço, a individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, 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. [...] (BRASIL, 2017).

Campos elenca dois pontos negativos do artigo 59 do Código Penal. Primeiro, diz que tal dispositivo peca pela falta de clareza e de transparência; refere que as circunstâncias listadas são vagas e que, inclusive, vetoriais como “culpabilidade, conduta social e personalidade” sequer possuem uma definição legal, de modo que juízes e tribunais podem usar seus próprios conceitos, o que pode resultar em disparidades (CAMPOS, 2017).

Mas lança carga especialmente em um segundo fator: a indeterminação da pena-base:

Dois são os principais problemas encontrados na sistemática do artigo 59 do Código Penal: falta de clareza, isto é vagueza de linguagem, e indeterminação da pena-base. [...]

A ausência de clareza na previsão legal todavia, não é o problema mais grave envolvendo a aplicação do art. 59 do Código Penal. Dificuldades de natureza quantitativa ou numérica são ainda mais complexas. (CAMPOS, 2017, p. 238-239).

Enio Luiz Rosseto pondera identicamente que:

As circunstâncias judiciais (CP, art. 59) são alvo de críticas por parte da doutrina e da própria jurisprudência quanto à indeterminação do seu conteúdo e quanto à falta de parâmetros objetivos para o cálculo da pena-base. Não há no CP regra a orientar o juiz. Como lembra José Antonio Paganella Boschi há necessidade de prevenir abusos, evitar excessos, resguardar a segurança jurídica e assegurar às partes condições efetivas de questionar os julgados. (ROSSETO, p. 133).

Por fim, Anderson Burke também refere que

Concordamos com a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 [...]. Porém criticamos a ausência de previsão legal que determine o percentual do *quantum* da pena a ser acrescentado à pena-base a cada circunstância

que for considerada desfavorável ao sujeito, pois podemos chegar a situações inaceitáveis como ausência de neutralidade, imparcialidade, arbitrariedades quaisquer ou simplesmente desleixo pelo juiz na graduação da sanção. (BURKE, 2017, p. 108).

A discricionariedade exercida em face da indefinição quantitativa da pena-base não passa ao largo das críticas doutrinárias, pelo subjetivismo que lhe orienta e pelas disparidades que proporciona. Trata-se no com mais vagar no título subsequente sobre esse assunto.

2 DISCRICIONARIEDADE, CONSISTÊNCIA E CRITÉRIOS MATEMÁTICOS

Como guia mestra do julgador, a discricionariedade assume papel fundamental no estudo da aplicação da pena, e por isso será analisada em minúcias no decorrer desse capítulo, em específico, na primeira subseção. Essa característica presente no procedimento dosimétrico, além de necessitar de certa “subjetividade” do julgador, faz com que não exista uma única pena correta.

No entanto, tal flexibilidade decorrente desse último aspecto, bem como da ponderação subjetiva das circunstâncias judiciais, pode produzir como efeito disparidades nos julgamentos, propiciando com que situações semelhantes recebam reprimendas diversas ou que casos diferentes recebam penas idênticas.

Tudo isso ocorre detrimento de um ideal chamado de consistência, que reflete um dever em atender não só a individualização da pena, como os direitos e garantias também fundamentais da igualdade e da segurança jurídica, no seu viés da previsibilidade da atuação estatal, conforme se demonstrará na segunda subseção.

A consistência viria, segundo se apregoa, pela redução dos espaços de discricionariedade. Com esse propósito, doutrina e jurisprudência desenvolveram diversos métodos. Dentre estes, ganha relevo aqueles chamados de “matemáticos”, expostos na última subseção, por oferecerem um referencial seguro na atribuição de peso às vetoriais do art. 59 do Código Penal.

2.1 A DISCRICIONARIEDADE NA DOSIMETRIA DA PENA-BASE

No tempo da absoluta indeterminação da pena, em que ela era aplicada ao talante do juiz da causa, havia arbitrariedade, ou seja, nesse caso, a sanção era expressão da vontade individual do julgador, que não encontrava quaisquer limites à sua atuação (DOTTI, 2015), como ocorria no exemplo do delito “dos que dizem mal del rey” citado no capítulo anterior.

Diferentemente de arbítrio, a discricionariedade é legítima, pois está vinculada e é exercida em atenção e nos limites das determinações legais (DOTTI, 2015). Pode-se conceituá-la como “[...] poder conferido aos profissionais da justiça criminal para usar seu julgamento para decidir que ação tomar em uma determinada situação [...]” (McLAUGHLIN, 2001, *apud* QUINTAS; FIRMIANO, 2017, p. 312).

Como prerrogativa, constitui-se em “[...] liberdade, poder, autoridade, decisão ou margem de manobra de um funcionário, organização ou indivíduo para decidir, discernir, determinar ou fazer um julgamento, uma escolha ou uma decisão sobre cursos alternativos de ação ou inação [...]” (GELSTHORPE; PADFIELD, 2003, *apud* QUINTAS; FIRMIANO, 2017, p. 312).

Esclarece Hans-Heinrich Jescheck que a discricionariedade administrativa é diversa daquela exercida em matéria de aplicação da pena,

[...] não é, sem embargo, livre, como a discricionariedade das autoridades administrativas que elegem entre várias decisões juridicamente equivalentes somente conforme critérios de utilidade, senão que se trata, sem exceção, de uma ‘discricionariedade juridicamente vinculada [...]’ (JESCHECK, 1981 *apud* NETO, 2013, p. 44).

Para uma melhor compreensão desse conceito, convém trazer o ensinamento de Heleno Cláudio Fragoso:

[...] por discricionariedade não se deve entender o poder de adotar, com base na simples oportunidade, o tratamento mais idôneo, mas sim a renúncia, por parte do legislador, em fixar abstratamente um conteúdo de valor, para deixa-lo em concreto à apreciação do juiz. (FRAGOSO, 2003, *apud* BURKE, 2017, p. 107).

Explica Nucci que, na discricionariedade juridicamente vinculada, “[...] O Juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles o juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendendo às exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades [...]” (NUCCI, 2015, p. 126).

Nesse processo, a fundamentação é a pedra-de-toque da aplicação da pena, sendo, “[...] no dizer de Fragoso, citando Brícola o ‘diafragma que separa o poder discricionário do arbítrio’.” (FRAGOSO, 1985, *apud* BOSCHI, 2014, p. 155). Reforça Shecaira que,

[...] discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. Por isso, o juiz tem obrigação de motivar o exercício do poder discricionário que lhe foi conferido. É mister que o julgador deixe dito como e por que chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença; como e por que reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e por que segue este caminho ou o outro distinto. (SHECAIRA, 1994, *apud* ROSSETO, 2014, p. 135).

A separação entre arbítrio e discricionariedade ocorre, como apontam os autores, com a fundamentação, a motivação da decisão. Segundo rememora Inácio de Carvalho Neto, como nota histórica, o dever de fundamentar as decisões já se encontrava inscrito nas Ordenações Filipinas, no parágrafo 7 do Título LXVI do Livro III:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes de mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não o sejam, declarem especificadamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso de apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar. (PORTUGAL, 1595 *apud* CARVALHO NETO, 2013, p. 42).

A Constituição Federal de 1988 incorporou essa garantia contra o arbítrio, quando estabeleceu como imperativa, sob pena de nulidade, a fundamentação das decisões judiciais:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (BRASIL, 1988).

Lenio Luiz Streck e Gilmar Mendes reputam que essa regra “[...] mais do que uma obrigação do magistrado ou do Tribunal, trata-se de um direito fundamental do cidadão [...]” (STRECK; MENDES, 2013, p. 1325). Sobre essa garantia, elucidam que:

Fundamentação significa não apenas explicitar o fundamento legal/constitucional da decisão. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimentos de argumentos de caráter jurídico. Trata-se de uma verdadeira “blindagem” contra julgamentos arbitrários. (STRECK; MENDES, 2013, p. 1324).

Nucci assenta que:

Fundamentar 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, seja em patamar mínimo ou acima deste, gera nulidade absoluta, por ferir norma constitucional (art. 93, IX, CF). (NUCCI, 2015, p. 377).

A discricionariedade é própria do sistema de relativa indeterminação da pena, em que o legislador dá limites dentro dos quais o magistrado atuará diante das particularidades do caso concreto. Justamente para atender essas individualidades que é discricionária e deve ser fundamentada essa fase da dosimetria penal.

Logicamente, seria possível prever a pena justa para cada situação delituosa e para cada delinquente – pois inúmeras as conjunturas possíveis. Sem dúvidas, os delitos apresentam-se em condições variadas. Por tal razão, a cominação é relativamente determinada: para que o juiz possa adequá-la ao caso concreto:

O legislador desdobra a série de crimes; para cada um estipula a pena aplicável, dadas determinadas circunstâncias. Agora, como 10, 20 ou 30 indivíduos podem cometer o mesmo crime, e é lícito afirmar que não existe identidade entre dois sequer desses indivíduos, é o juiz, que tem diante de si o homem, quem pode saber a medida da pena necessária e adequada. Não podendo desempenhar-se dessa tarefa, porque opera no abstrato, sobre generalidades ou médias, o legislador a transfere ao juiz que opera sobre o caso concreto: o criminoso e o crime. (LYRA, 1958, p. 186).

Por esse mesmo motivo, tem-se com indispensável fundamentar:

A necessidade de fundamentação decorre do problema central da teoria do direito: a constatada impossibilidade de a lei prever todas as hipóteses de aplicação. De uma lei geral é necessário retirar/construir uma decisão particular (uma norma individual). E esse procedimento deve ser controlado, para preservar a democracia, evitando-se, assim, que os juízes e tribunais decidam de forma aleatória. A tese da discricionariedade judicial é um reflexo da constatada impossibilidade de a lei prever todas as possibilidades de sua aplicação e, ao mesmo tempo, da não constatação de que as situações concretas sejam determinantes para a adequação da resposta (decisão). (STRECK; MENDES, 2013, p. 1325).

Mas, o ponto alto da análise da discricionariedade na quantificação da pena ainda não se atingiu. Diz ele respeito, na verdade, ao entendimento de que o caso concreto comporta várias - e não apenas uma única pena correta. Nesse sentido, Anabela de Miranda Rodrigues assinala que

O juiz não teria de procurar a única pena correta, mas de eleger a pena

correta dentre uma série de penas igualmente corretas. A um fato cometido por um agente não corresponderia uma determinada medida de pena, mas sim muitas medidas de pena igualmente corretas. Tudo depende de a atuação do juiz se manter no marco da discricionariedade e aí se desenvolver corretamente [...] A chamada discricionariedade judicial em grande parte não é livre. Não se renuncia, de fato, a predeterminar vínculos normativos à atividade do juiz. [...] Não só não existe qualquer antinomia entre caráter 'criativo' e caráter 'vinculado' da atividade penal judicial, como, além do mais, a presença na determinação da medida da pena de uma componente emocional e imponderável, consciente ou inconsciente, e a conseqüente impossibilidade de comprovar em termos matemáticos a opção do julgador, não impede a doutrina de ali reconhecerem 'estruturalmente, aplicação do direito' (RODRIGUES, 1995, *apud* NUCCI, 2015, p. 160).

Realmente, é humanamente impossível transformar, com precisão milimétrica, um fato da vida em determinada reprimenda “[...] a geometria não pode adaptar-se à ação humana, precisamente porque esta se manifesta em combinações obscuras e infinitas. Nada mais oposto ao rigor geométrico do que a atividade humana.” (MESSUTI, 2001, *apud* NUCCI, 2015, p. 368).

Sob esse prisma, afirma-se que “Certamente, não há uma maneira racional de demonstrar que alguém mereça exatamente o dobro ou três-oitavos ou doze nonos do sofrimento em relação a outrem [...]” (FEINBERG, *apud* GIAMBERARDINO, *apud* BEDÊ JÚNIOR, 2017, p. 87).

Por tal motivo, sustenta-se que,

Não obstante o esforço teórico de autores como VON HIRSCH em construir uma “escalada de penas, negando que a valoração da severidade seja feita conforme as preferências individuais, mas sim com base em parâmetros ‘médios’, é impossível se obter um critério racional para a proporcionalidade em seu momento concreto de aplicação. Mesmo sendo viável, a princípio, ‘hierarquizar’ atos como mais ou menos graves entre si, a partir de valores e critérios a serem determinados, não é possível justificar no caso concreto o ato de punir como equivalente ou justo perante a ação punida.” (GIAMBERARDINO, *apud* BEDÊ JÚNIOR, 2017, p. 87-88).

Como bem definiu o STJ português, “[...] é muito difícil, na falta de um padrão disponível ‘medir’ a culpa de quem pratica fatos criminalmente. O juízo de culpa releva, assim, necessariamente, da intuição do julgador, assessorada pelas regras da experiência. (PORTUGAL, *apud* GONÇALVES, 1997, *apud* NUCCI, 2015, p. 155-156).

Dessa forma, ausente uma medida precisa, aritmética, da reprimenda penal, a doutrina jurídica admite que, inevitavelmente, um componente irracional acompanha a tarefa do julgador ao quantificar a pena, como declaram Rodrigues:

A presença de uma componente irracional em todo o processo de determinação da medida concreta da pena – mas, muito especialmente, quando se trate de traduzir critérios de determinação numa certa quantidade de pena – é, aliás, reconhecida pela própria doutrina jurídico penal. (RODRIGUES, 1995, *apud* NUCCI, 2015, p. 368).

E Nucci:

A medida da culpabilidade implica em um juízo de valoração objetivo-subjetivo, ou seja, ainda que calcado em elementos palpáveis, constantes dos autos, não deixa de resultar da apreciação pessoal do julgador, conforme sua sensibilidade, experiência de vida, conhecimento e cultura, bem como intuição, que também integra o processo de conhecimento e descoberta de dados na avaliação da prova. (NUCCI, 2015, p. 155).

Em decorrência da discricionariedade e conseqüente a análise pessoal, intuitiva, da pena merecida, Boschi sustenta que “[...] nada haveria de estranho se dois juízes fossem apreciar hipoteticamente um mesmo caso e individualizassem penas-bases ligeiramente diferentes, embora trabalhando com os mesmos autos [...]” (BOSCHI, 2014, p. 187).

De acordo com esse mesmo autor,

Embora chegando a resultados distintos seria impossível afirmar que um decidiu correta, e o outro, incorretamente, também porque o magistrado, ao julgar, exterioriza o seu sentimento sobre o caso e o faz consoante a sua ideologia, sua visão de mundo, transplantada para a sentença sob os mais variados fundamentos, muitos deles de natureza retórica, tão válidos quanto os fundamentos legais, doutrinários ou jurídicos [...] (BOSCHI, 2014, p. 187).

Grécio Nogueira Grécio admite que “[...] já na primeira etapa da fixação da pena se fazem presentes praticamente uma totalidade de circunstâncias dotadas de total subjetividade e, por conseqüência, sujeitas a uma valoração em conformidade com a individualidade do julgador.” (GRÉCIO, 2017, p. 300).

Nucci chega à mesma conclusão de Grécio, ao relatar que “[...] é forçoso reconhecer estar habitualmente presente nesta atividade do julgador um coeficiente criador, e mesmo irracional, em que, inclusive, inconscientemente, se projetam a personalidade e as concepções de vida e do mundo do juiz.” (NUCCI, 2015, p. 126).

De fato, a aplicação da pena não pode ser atividade meramente matemática. E isso acontece porque “[...] julgar não é tarefa de matemáticos nem de

computadores, sendo deplorável a (nem sempre incomum) *pena padrão*, que elimina as evidentes diversidades entre os réus, seres humanos diferentes por natureza no cotidiano.” (NUCCI, 2015, p. 160).

Salo de Carvalho argumenta que:

[...] este raciocínio (lógica calculadora) não pode ser aplicado no direito penal e no processo penal contemporâneos. Isto porque a aplicação da pena integra a sentença criminal e, como ato judicial, está vinculada aos princípios constitucionais do devido processo, notadamente o princípio da motivação, no qual são observadas as regras de interpretação e de vinculação ao direito e à prova. (CARVALHO, 2017, p. 508).

Na histórica lição de Lyra “A rigor, há arbítrio na lei, no seu apriorismo, na sua abstração, na sua dureza. Nas mãos dos juízes o texto deixa de ser arbítrio, humanizando-se, sensibilizando-se, adaptando-se à vida e à personalidade de cada homem.” (LYRA, 1958, p. 184). Giuseppe Bettiol mostra que

[...] a eliminação de todo poder discricionário conduz depois, necessariamente, a um regime de penas fixas, rígidas, imóveis que tendem a realizar o *summum jus* mas também a *suma iniura*: torna-se – em última análise – impossível qualquer interpretação e aplicação do direito, que é adequação da sanção ao caso concreto e por isso adequado do preceito pressuposto lógico da sanção (BETTIOL, 1976, p. 153-154).

Mas disso não resulta que se possa qualificá-la, simplesmente, como um “ato crativo” balizado no “sentimento”, na “ideologia” do julgador. A condenação penal é um dos atos jurídicos de maior expressão do poder estatal, com altíssima restrição de direitos fundamentais.

O estado de coisas que ora se apresenta faz com que, mesmo fundamentado, e ainda que limitado às fronteiras penais, o poder discricionário outorgado na dosimetria da pena não fique infenso às críticas. Nos seus primórdios, ainda com a redação originária, Garcia já tecia desaprovações à orientação do Código que deixava bastante arbítrio na fixação da pena, pois, para ele, esse modelo,

[...] depende de aperfeiçoados meios dos quais, em verdade, não dispomos. Consoante geral consenso o da doutrina, a pena bem adaptada reclama, antes de mais, a especialização das funções do magistrado criminal, que só mesmo com preparação intensa do amplo campo das disciplinas criminológicas poderá usar, com vantagem, do poder discricionário previsto nas disposições legais.[...]

Substituímos, pois, o sistema legislativo, mas continuamos com as mesmas deficiências do tempo da Consolidação das Leis Penais. Criamos a função, sem ter o órgão, e, por isso, a função não opera. Assim, a individualização

penal, em nosso meio, prossegue na ordem quase exclusivamente teórica. A imposição da pena, que deveria ser mais sábia, com o caráter científico suposto no Código, é tão-só mais incerta, mais variável, mais insegura, do que o mecanismo precedente. (GARCIA, 2008, p. 98).

Salo de Carvalho lembra o caráter histórico da crítica de Garcia e que tal insegurança é uma constante nos países de formação jurídica romano-germânica, como o Brasil:

A ausência de critérios precisos em relação ao conteúdo (qualidade) e ao peso (quantidade) das circunstâncias de determinação da pena privativa de liberdade, sobretudo das circunstâncias judiciais, ocupa a literatura jurídico-penal brasileira desde o Código de 1940. Aliás, a indeterminação quanto às diretrizes que orientam a quantificação das sanções penais é uma variável constante nos países de tradição romano-germânica, sobretudo a partir da adesão político-criminal aos movimentos racionalizadores que optaram (primeiro) pelo abandono das estruturas de corte inquisitório que previam penas fixas e (segundo) por refutar os modelos anglo-saxônicos preponderantes no século passado construídos sob a orientação das penas indeterminadas. (CARVALHO, 2017, p. 491).

Aquele poder de individualizar a pena entregue aos juízes pelo Código Penal em 1940, a discricionariedade, alcunhada por uma parte da doutrina como “arbítrio judicial”, que superaria a rigidez do sistema de determinação absoluta da pena, subverte-se, pela falta de critérios diante amplitude das margens penais, em verdadeira arbitrariedade:

Um deficiente desenvolvimento da teoria do delito, sem princípios claros, leva invariavelmente ao campo da arbitrariedade, quando as “margens penais” apresentam exagerada amplitude e convertem o arbítrio judicial em verdadeira arbitrariedade. Na proporção em que o legislador se omite de sua função específica de determinar, de forma adequada, um mínimo e um máximo de pena, e, por comodismo ou por não querer assumir responsabilidades, estabelece margens extremamente largas, em meios às quais atua o juiz, estará em jogo a segurança dos cidadãos. (SILVA FRANCO, *apud* ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015, p. 735).

O problema é que margens penais, frequentemente amplas, aliadas ao subjetivismo na dosimetria, podem criar disparidade no julgamento de casos semelhantes, vulnerando outros direitos e garantias também fundamentais, como os de igualdade e segurança jurídica, como se demonstra no tópico a seguir.

2.2 A CONSISTÊNCIA

A supressão da discricionariedade judicial implicaria o retorno das penas absolutamente determinadas, sepultando o mandamento de individualização da pena, e isso é impensável. Mas há uma distância enorme entre o que seria uma discricionariedade regrada e o simples subjetivismo. A concretização de relevantíssimo direito fundamental como é a individualização da pena, não pode depender de elementos intangíveis, insondáveis – e o pior, não raras vezes falhos – como o “sentimento”, “intuição”, a “ideologia” do magistrado.

Impressiona que estudos de criminologia indiquem que fatores irrelevantes do ponto de vista legal, como raça, etnia, gênero, classe social, tanto da vítima, como do acusado, a idade ou visão política do magistrado, além do próprio contexto em que são proferidas, possam interferir no teor de decisões judiciais:

[...] os estudos criminológicos evidenciam a importância de se buscar compreender, também, os fatores que, do ponto de vista jurídico, devem ser considerados irrelevantes. Trata-se de um conjunto de características de casos e atributos dos indivíduos que não têm qualquer relação racional com os propósitos da decisão judicial. Entre estas características juridicamente irrelevantes merecem destaque a raça, a etnia, o gênero e a classe social que estão, obviamente, ausentes como condições legais atendíveis nas diversas legislações. Estes fatores, frequentemente designados como extralegais, podem potencialmente ter uma influência, implícita ou explícita, nas decisões judiciais e, deste modo, colidirem com o princípio da igualdade perante a lei. [...]

Neste sentido, existe já uma extensa literatura criminológica que demonstra que as características do acusado ou condenado (e.g. raça ou gênero,...) podem exercer um papel na determinação das decisões judiciais. Acresce que a literatura criminológica tem também demonstrado que existem múltiplas outras variáveis extralegais com influência nas decisões, entre as quais se contam as características da vítima (e.g. raça, gênero,...), dos julgadores (e.g. idade, tendência política) e do próprio contexto (e.g. volume de trabalho, taxas de criminalidade) em que as decisões são proferidas (QUINTAS; FIRMINANO, 2017, p. 318).

Com a visão desse quadro, entende-se melhor o motivo pelo qual Beccaria repelia a interpretação das leis penais pelos magistrados:

Cada homem tem seu ponto de vista, e o mesmo homem, em épocas diferentes, pensa de modo diferente. O espírito da lei seria, então, o resultado da boa ou da má lógica de um juiz; de uma fácil ou uma difícil digestão; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza de quem sofre, das relações do juiz com a vítima e de todas as mínimas forças que alteram as aparências de cada objeto no espírito indeciso do homem. [...] A desordem, que nasce da rigorosa observância da letra de uma lei penal, não se compara com as desordens que nascem da interpretação. (BECCARIA, 2013, p. 36-38).

A percepção de Beccaria de que o “intestino” do magistrado não pode interferir no teor das decisões é compartilhada, no recorte específico da aplicação da pena, por Américo Bedê Jr. e Campos:

Infelizmente, trabalhamos com um elevado grau de subjetivismo na fixação da pena, em clara afronta ao princípio da legalidade e à segurança jurídica almejada pelos jurisdicionados.

Existem tipos penais no Brasil em que a variação entre as penas mínima e máxima é superior ao triplo – no crime de homicídio simples, por exemplo, as margens vão de 6 a 20. Não é possível imaginar que seja uma escolha, opção ou o que o juiz comeu no café da manhã o critério para a definição da pena justa. (BEDÊ JR.; CAMPOS, 2017, p. 17).

Para José Francisco Dias da Costa Lyra “[...] no Brasil, descarta-se do pensamento contemporâneo no sentido de que o processo de individualização da pena não pode se ater, exclusivamente, ao aspecto subjetivo dos juízes.” (LYRA, 2016, p. 3). Realmente, não há como compactuar com aquilo Lyra alcunhou de *intuísmo judicial* “[...] que permite ao julgador, em uma discricionariedade de corte subjetivista, levar em consideração vetores estranhos ao injusto e à culpabilidade.” (LYRA, 2016, p. 9).

Repugna a descrição que é possível ao julgador, pelo franco poder discricionário que o Código lhe outorga, se utilizar “[...] de jogos hermenêuticos para aplicar uma pena que lhe convenha dissociada da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP [...]” (BURKE, 2017, p. 103).

Pelo que se expôs, verifica-se que na prática – e isso motiva o presente trabalho – o magistrado simplesmente escolhe, segundo seu humor, a quantia atribuída a cada circunstância na pena-base. A concretização da pena vira um ato de vontade, dando-lhe a fundamentação em fórmulas vagas, apenas o verniz da juridicidade.

A síntese timbrada na expressão “fazer conta de chegar” bem expressa esse proceder:

O chamado “arbítrio judicial na aplicação da pena” não é a faculdade de fazer “conta de chegar”, para atingir aquela quantidade de pena que o Juiz já havia, a seu talante, previamente resolvido que importaria ao réu. Realmente, o poder do magistrado é muito grande, mas não é absoluto, porque é um poder jurídico, e, como tal, sujeito aos parâmetros legais. (LOPES, 1993, p. 220, *apud* BURKE, 2017, p. 106).

E é dito subjetivismo extremado que pode levar à disparidade:

[...] a discricionariedade judicial pode levar à disparidade e falta de consistência na aplicação da pena, convertendo-se em arbítrio. Reprimendas penais muito distintas aplicadas em casos semelhantes violam a própria ideia de justiça e minam a credibilidade do Poder Judiciário. (CAMPOS, 2017, p. 198).

Acerca do conceito de disparidade, Quintas e Firmiano referem que:

[...] Spohn considera que disparidade consiste numa diferença de tratamento aplicado ao processo de julgamento, quando indivíduos em circunstâncias semelhantes são condenados de forma diferente, mas também alerta para o fato de ocorrer disparidade quando indivíduos em circunstâncias diferentes recebem a mesma condenação. A disparidade assenta em diferentes fatores, entre os quais se contam as diferentes tradições jurídicas, as diferentes políticas por parte dos tribunais, a disponibilidade de recursos para o/a julgador/a, a frequência do tipo de crime numa área específica, bem como diferenças particulares entre os julgadores/as. (SPOHN, 2009, *apud* QUINTAS; FIRMIANO, 2017, p. 313-314).

E disparidade fere o direito fundamental à igualdade, inscrito no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] (BRASIL, 1988).

Tem lugar dita afirmação considerando que, cotejando os conceitos de disparidade com o teor do direito fundamental à igualdade, constata-se que tratamento constitucionalmente desigual e disparidade verificam-se em idênticas hipóteses:

O tratamento desigual constitucionalmente relevante pode ser verificado em suas hipóteses.

Na primeira hipótese, há de ser verificado um tratamento desigual quando uma pessoa, um grupo de pessoas ou uma situação forem essencialmente iguais e apesar disso tratadas diferentemente.

A segunda hipótese estará presente sempre que uma pessoa, um grupo de pessoas ou uma situação forem essencialmente diferentes e apesar disso tratadas indiferentemente. (MARTINS, 2013, p. 224).

Mas não se vulnera só a igualdade com tamanha subjetividade. Constatou-se que exceto para versados nas ciências jurídicas, não é fácil para o leigo em Direito

saber a pena que será aplicada a um crime. Consequência disso é a falta de transparência e previsibilidade no processo de determinação da pena:

Em países sem diretrizes formais de sentença – seja Brasil ou Bélgica, *civil law* ou *common law* -, é difícil para qualquer pessoa que não seja exatamente um profissional da área jurídica ou um acadêmico saber qual é a pena média para qualquer crime. As estatísticas de condenações podem até ser publicadas, mas nunca serão acessíveis de uma forma que torne fácil para um usuário casual determinar, por exemplo, qual porcentagem de acusados por roubo são enviados para a prisão e por quanto tempo. Da mesma forma, os fatores que os juízes e tribunais levam em conta no agravamento ou mitigação são conhecidos principalmente para um público especializado. A consequência é a ausência de transparência e previsibilidade, que podem minar a confiança das pessoas no Poder Judiciário e no processo de determinação judicial da pena. (ROBERTS, 2017, p. 377).

A despeito da segurança jurídica não constar expressamente no texto constitucional, reconhece-se nela estatura constitucional tanto de princípio fundamental do próprio Estado de Direito, como de direito individual fundamental, de acordo com o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a idéia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido - um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o “governo das leis” (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional (SARLET, 2006, p. 4).

A segurança jurídica implica na proibição do Estado agir de forma casuística e arbitrária. Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, “A previsibilidade da atuação estatal permite que os particulares estabeleçam responsabilmente seus planos de ação e saibam com antecedência quais serão as consequências de seus atos.” (SOUZA NETO, 2013, p. 231).

Campos demonstra que no Brasil privilegia-se em demasia o preceito individualizador da pena, pela larga discricionariedade outorgada particularmente na

pena-base; mas que ao mesmo tempo se olvida dos resultados dessa prática: disparidade e imprevisibilidade na aplicação da pena:

As regras legais de aplicação da pena claramente priorizam a individualização e não a consistência. A dosimetria penal brasileira falha em promover maior previsibilidade na aplicação da pena, especialmente em virtude da falta de elementos limitadores dos juízes determinarem a pena-base [...]

[...] o artigo 59 faculta grande discricionariedade aos juízes, prestigiando a individualização da reprimenda sem, todavia, dar a devida atenção para a necessidade de promover maior consistência na aplicação da pena. (CAMPOS, 2017, p. 237).

Por todo o exposto, é chegado o momento de destronar a discricionariedade exercida com subjetividade do posto soberana, especialmente em matéria de definição da pena-base. Agora, a individualização tem de ceder passo e dar lugar também aos fundamentais direitos e garantias da igualdade e da segurança jurídica.

O princípio da individualização da pena não convive sozinho no rol dos direitos fundamentais. Junto dele existem inúmeros outros que, no entanto, parecem esquecidos na dosimetria da pena. O ordenamento jurídico, contudo, deve aplicar e mantê-los todos em harmonia⁵. Se um deles se sobressai, necessariamente outra se ofusca.

A situação colocada parece ocorrer os direitos e garantias fundamentais à igualdade e à segurança jurídica -, essa compreendida como a previsibilidade da atuação estatal -, aparentemente deixados de lado em prol da individualização, consubstanciada na franca subjetividade dos juízes ao dosar a pena.

Conforme reparou Bettioli, a busca desataviada da “pena justa”:

[...] não impede que um excessivo alargamento dos poderes discricionários, destinado a traduzir-se na criação judicial de uma norma para cada caso concreto, seja repellido porque bastante perigoso para a certeza do direito. A superação de um certo limite, oportuno, na discricionariedade, surge antes como contribuição para concepções autoritárias e naturalistas do direito penal (BETTIOLI, 1976, p. 157-158).

⁵ A interpretação constitucional corrobora esse entendimento. O princípio da unidade da Constituição preconiza “[...] uma interpretação global da constituição, em que o intérprete procurará harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais no âmbito da concretização.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 212).

Por sua vez, princípio da “concordância prática” ou da “harmonização” “[...] impõe uma necessária e saudável coordenação e harmonização dos bens jurídicos constitucionais em conflito, evitando-se o perecimento de uns para satisfazer outros, isto é, [...] impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos *in concreto*.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 213-214).

Assim como na ordem jurídica, a sentença não pode apartar a lide individual, aqui significando a individualização, do Direito como um todo:

[...] la finalidad de la sentencia no es sólo decidir una litis individual – el sistema de ordalía también decidía las controversias y hasta en forma más rápida y expeditiva –, sino además exponer a las partes y a la sociedad las bases objetivas del fallo, de suerte que se tenga la convicción y la seguridad de que dicho fallo no es fruto de arbitrariedad, sino la aplicación de la ley por el Juez con un sentido de derecho⁶. (PONCE, 2013, *apud* TRINDADE, 2015 p. 184).

E o Direito como um todo demanda que não só individualização, mas da mesma forma igualdade e previsibilidade devem conjugar-se na aplicação da pena. A sentença, assim, ainda tem um compromisso com a sua repercussão, com os seus resultados:

A ideia de fazer justiça no caso concreto exige que o juiz chegue a uma pena corretamente individualizada, contudo deve a lei prescrever regras que norteiem a aplicação da pena, controlando a discricionariedade judicial e, assim – ao menos em tese -, reduzindo o potencial de sentenças indevidamente díspares. (CAMPOS, 2017, p. 201).

Com esse espírito, um passo adiante deve ser dado na dosimetria da pena. A concepção que atenta exclusivamente para a individualização e reflete o amplo poder discricionário do magistrado fixar a pena-base, deve dar espaço para uma visada que contemple, a uma só vez, outros direitos fundamentais.

A noção de “consistência” na aplicação da pena está imbuída dessa incumbência:

A despeito de não existir uma definição universalmente aceita de consistência no tema da aplicação da pena, uma noção intuitiva exige que casos iguais sejam tratados de forma igual e casos diferentes não recebam sentenças idênticas. Disparidade reflete a ideia oposta, resultando em casos recebendo tratamento e solução distintos com base em fatores extralegais, tais como a identidade do juiz, o local em que o crime está sendo processado e julgado, a raça, o gênero, a religião, a orientação sexual ou a classe social do réu. Ambos conceitos podem ser entendidos como os dois lados de uma mesma moeda: de forma bem ampla, disparidade pode ser descrita simplesmente como inconsistência. (CAMPOS, 2017, p. 200).

⁶ [...] o propósito da sentença não é apenas decidir uma lide individual - o sistema de ordália também decidiu as controvérsias e até de forma mais rápida e expedita - mas também expor às partes e à sociedade a base objetiva da decisão, de sorte que se tenha a convicção e a certeza de que tal decisão não é o resultado da arbitrariedade, mas a aplicação da lei pelo juiz com um senso de direito. [Tradução livre].

A consistência trazida pelo autor é oriunda de estudos feitos em países da vertente *common law*, na qual ela se apresenta sob duas dimensões. A consistência de abordagem (*consistency of approach*) ou de tratamento (*consistency of treatment*) é uma primeira aproximação e implica na obrigação do juiz seguir um mesmo procedimento ou fatores e circunstâncias pré-estabelecidos antes de sentenciar (CAMPOS, 2017).

No Brasil, o método trifásico, de observância obrigatória, assegura a consistência de abordagem. Todavia, o mesmo não acontece com a segunda abordagem. Intitulada consistência de resultados (*consistency of outcomes*), ela equivale a uma uniformidade quantitativa das sanções aplicadas em casos semelhantes (CAMPOS, 2017). Em resumo, pode-se dizer que:

Enquanto a consistência de abordagem exige apenas que um mesmo método de aplicação da pena prescrito em lei seja aplicado por todos os juízes e tribunais – no Brasil, tal metodologia é a conhecida dosimetria penal -, a consistência de resultado vai além, exigindo que casos substancialmente semelhantes recebam sentenças similares. (CAMPOS, 2017 p. 201).

Tem-se argumentado que necessidade de aferir o *quantum* necessário e suficiente ao caso concreto não pode servir às disparidades mais diversas. E que se deve conciliar a necessária individualização, a “justiça ao caso concreto”, com o compromisso com os resultados, a consistência. Para tanto, reputa-se que limites à discricionariedade são necessários:

O mais importante é reconhecer como grande desafio a necessidade de individualizar a reprimenda sem comprometer a desejada consistência na aplicação da pena. Limitações à discricionariedade judicial são necessárias se o sistema legal pretende seriamente evitar que magistrados profiram sentenças de forma inconsistente e arbitrária. A ideia de fazer justiça no caso concreto exige que o juiz chegue a uma pena corretamente individualizada, contudo deve a lei prescrever regras que norteiem a aplicação da pena, controlando a discricionariedade judicial e, assim – ao menos em tese – reduzindo o potencial de prolação de sentenças indevidamente díspares. (CAMPOS, 2017, p. 201).

Seguramente, não há dissenso doutrinário em classificar como insubstituível a discricionariedade na aplicação da pena, para adequá-la à situação específica e atender ao irretorquível direito fundamental à individualização da pena. Isso não

significa, porém, deixar esse poder à margem de qualquer limitação, reduzindo o seu espaço. No escólio de Campos:

[...] a redução dos espaços de discricionariedade na aplicação da pena não implica, necessariamente, a “morte da individualização” [...]. Controlar a discricionariedade não significa amarrar, engessar o juiz. Não há qualquer contrariedade à regra constitucional do art. 5º, XLVI, da CF. O objetivo é racionalizar a atuação judicial, visando à prolação de sentenças condenatórias que apliquem penas de modo mais consistente possível. (CAMPOS, 2017, p. 203).

Como um ideal a ser alcançado e sob o exemplo das reformas nas diversas jurisdições ocidentais que buscaram estruturar a aplicação da pena, o Direito brasileiro não pode ficar alheio à procura de maneiras de reduzir a discricionariedade judicial na aplicação da pena, e assim promover a consistência:

Quanta discricionariedade devem ter os juízes na aplicação da pena? Se eles têm muita liberdade, a disparidade de resultados será a consequência inevitável. Por outro lado, remover inteiramente sua discricionariedade resultará em injustiça. [...]

Vários países tentaram estruturar a discricionariedade judicial na sentença de diferentes maneiras. Estas outras formas de orientação representam abordagens alternativas para promover a consistência na aplicação da pena. (ROBERTS, 2017, p. 367).

Julian Roberts refere que diversas jurisdições ocidentais, nos últimos 40 anos, intentaram ou promoveram medidas para tornar a aplicação da pena mais estruturada. Aduz que dentre as várias abordagens, pode-se verificar que como objetivo comum todas elas propunham-se à promoção da consistência e da previsibilidade na aplicação da pena (ROBERTS, 2017).

Para Campos, a simples existência do método trifásico, com regramento legal, não garante a previsibilidade da sanção. Elenca-se a liberdade que os juízes têm ao dosar a pena como a variável de relevo nesta equação. Em sua visão, “Propostas de aprimoramento no regime legal de aplicação da pena no Brasil devem obrigatoriamente enfrentar a principal fonte de discricionariedade e inconsistência nas práticas judiciais de sentença: a definição da pena-base. (CAMPOS, 2017, p. 242).

Ainda, na sua avaliação, “O cerne da reforma sugerida reside na predeterminação da pena-base, a qual não seria mais calculada pelo juiz com base

em sua própria avaliação, subjetiva e arbitrária [...]” (CAMPOS, 2017, p. 243).
Camila Prando e Rafael da Escóssia Lima emitem um mesmo parecer:

A ausência de parâmetros numérico-legais para a individualização na fase judicial conduz a situações discrepantes na prática jurídica [...] A falta de uniformidade na quantificação da pena na primeira fase pode se atribuir [...] à ausência de uma limitação material máxima no que tange à quantificação operada na primeira fase. [...] A carência de critérios legais e doutrinários claros para a quantificação das penas dá margem a apreciações tão amplas e carentes de critérios reguladores que, praticamente, entrega esse campo à arbitrariedade [...]. (PRANDO; LIMA, 2017, p. 3).

Frente a problemas semelhantes:

Na maioria dos países, os próprios tribunais decidiram controlar as disparidades das sentenças criminais por meio da autorregulação: no julgamento de recursos de apelação, as Cortes de Apelação então fixaram princípios gerais relativos à aplicação da pena, que serviriam, em casos futuros, de orientação aos juízes. (CAMPOS, 2017, p. 205).

No Brasil, doutrina e jurisprudência também desenvolveram algumas diretrizes para suprir o vácuo legislativo, regrado minimamente a quantificação da pena-base. Grande parte delas, contudo, sequer responde o *quantum* de valoração, ainda permitindo considerável arbítrio. Critérios matemáticos, a exemplo do critério “termo médio” - fruto ele mesmo de “autorregulação judicial” - parecem permitir um controle maior da discricionariedade, por estabelecerem pesos determinados para quantificação de cada circunstância judicial.

2.3 OS CRITÉRIOS MATEMÁTICOS

Nas palavras de Nucci, “Uma das maiores dificuldades para o juiz, no momento de individualizar a sanção penal, é justamente a fixação da pena-base.” (NUCCI, 2015, p. 195). E embora sustente, como se viu anteriormente, não ser a aplicação da pena um procedimento meramente matemático, pondera que “[...] não se pode evitar a eleição de um método para transitar entre o mínimo e o máximo cominados pelo legislador, constituindo os componentes do tipo penal secundário.” (NUCCI, 2015, p. 195).

Carvalho também entende que:

Em decorrência da parcial omissão do Código Penal em relação à forma de

quantificação da sanção [...] entende-se necessário estabelecer uma metodologia que permita um controle mínimo desta importante etapa da sentença penal condenatória. Como atividade juridicamente vinculada, a determinação judicial da pena deve expressar-se através de argumentos racionais não apenas na análise do conteúdo das circunstâncias, mas, igualmente, na fixação da quantidade de aumento ou de diminuição aos vetores do art. 59, *caput*, do Código. (CARVALHO, 2017, p. 503).

Sua conclusão é no sentido de que “Se de alguma forma, a dosimetria da pena resulta em um cálculo matemático, suas etapas e os seus critérios de ponderação devem ser expostos e seguir diretrizes mínimas.” (CARVALHO, 2017, p. 503). Lyra também assevera que:

[...] os vetores do art. 59 do CP, por carecerem de uma ancoragem dogmática, não solucionam, por si só, a temática da quantificação da penalidade, revelando-se imprescindível que se estabeleça uma relação de proporcionalidade entre o injusto e a pena aplicada ao caso concreto, na qual o injusto e suas dimensões (de ação e resultado) são passíveis de gradação. (LYRA, 2016 p. 10)

Os critérios elaborados, todavia, não são vinculativos e inclusive diferem-se na forma e no percentual de aumento. Os chamados de métodos matemáticos indicam o valor em concreto para cada vetorial; outros, apenas indicam aproximadamente onde deve situar-se a pena-base, sem definir para cada circunstância um peso.

Guilherme de Souza Nucci propõe um primeiro desses métodos “aproximativos”, no qual se apura a culpabilidade do artigo 59 do Código Penal – e por aí se dosa a pena -, a partir de uma escala de 10 pontos dividida entre as vetoriais remanescentes (NUCCI, 2015).

Nesta escala, os elementos “personalidade, antecedentes e motivos”, por sua preponderância, segundo o autor, na aferição da culpabilidade, têm peso 2 cada uma. As demais circunstâncias, “conduta social, circunstâncias do crime, consequências do crime, e comportamento da vítima”, têm peso 1.

A partir do valor atingido na escala, que refletiria a abrangência do preceito secundário, poderia se estabelecer em que patamar ficaria a pena. Para uma melhor compreensão, convém expô-lo em seus próprios termos:

Se projetarmos os pesos fixados em escala de pontuação, atingiríamos 10 pontos: personalidade (2), antecedentes (2), motivos (2), conduta social (1), circunstâncias do crime (1), consequências do crime (1) e comportamento da vítima (1). Aplicando-se ilustrativamente, na fixação da pena-base de um

furto simples, cuja variação da pena de reclusão é de 1 a 4 anos, teríamos:
 a) 10 pontos negativos = 4 anos de pena-base; 5 pontos negativos = 2 anos e 6 meses de pena-base; 3 pontos negativos – variação de 1 ano e 6 meses a 2 anos de pena-base; nenhum ponto negativo, 1 ano de pena-base. (NUCCI, 2015, p. 195-197).

Mas sem dúvidas, a diretriz mais difundida de aplicação da pena, encontrada, exemplificativamente, às vezes com sutis modificações, é aquela que se assenta na premissa de as oito circunstâncias judiciais poderem ser valoradas com carga positiva ou negativa (AGUIAR, 2013; BITENCOURT, 2017; BOSCHI, 2017; CAMPOS 2017; CARVALHO, 2017; ROSSETO, 2014). Após analisá-las, o magistrado terá o quadro geral desvalia decorrente do conjunto das vetoriais. Diante desse cenário e em consonância com ele, poderá o juiz definir a pena-base, considerando que:

- a) Se todas as circunstâncias judiciais permanecerem *positivas*, a pena-base deverá ser fixada no mínimo legalmente cominado ou bastante próximo dele, por ser essa a tendência em praticamente todos os países do mundo;
- b) se algumas delas forem valoradas *negativamente*, a pena-base deverá se distanciar um pouco desse piso (o mínimo legal);
- c) se, por último, todas ou quase todas as circunstâncias receberem cargas negativas de valor, então, a pena-base poderá se aproximar do termo médio, que sendo variável, atua como barreira de contenção na primeira fase independentemente da espécie de delito (BOSCHI, 2017, p. 345).

Pode-se, facilmente, visualizar que pela linha da diretriz dominante, todos referenciais têm por guia central a figura do termo médio “[...] que, segundo a velha doutrina nacional, é representado pela média da soma dos dois extremos, quais sejam os limites mínimo e máximo cominados [...]” (BITENCOURT, 2015, p. 784). Ele tem por finalidade limitar o poder do juiz na primeira fase do processo dosimétrico, ao entender que no máximo, a pena-base pode atingir o termo médio. Objetiva-se, também, dar espaço para os aumentos subsequentes decorrentes das agravantes e das causas de aumento e diminuição.

Sustenta-se tal posição, pois as circunstâncias judiciais não podem ser equiparadas, em nível de valoração, às legais (como as agravantes/atenuantes), sob pena se consagrar ao revés da lei, no lugar do sistema trifásico de Nelson Hungria, o bifásico de Roberto Lyra. Carvalho explica que

Os autores inserem em suas reflexões um elemento que será de extrema importância para o controle do excesso na determinação da pena-base: o termo médio [...].

A premissa básica que justifica o uso do termo médio como referência é a de que se existem horizontes específicos para a fixação da pena provisória – mínimo e máximo previstos abstratamente no tipo incriminado [...] igualdade deveria haver fronteiras limitativas (piso e teto) para a pena-base. Do contrário, se distintas circunstâncias (judiciais e legais) impactasse no mesmo horizonte de projeção da pena (mínimo e máximo legais), o sistema normativo estaria equiparando elementos de natureza diversa, em oposição, inclusive, ao próprio método trifásico (HUNGRIA) estabelecido no art. 68 do Código. Interessante relembrar, neste ponto, a justificativa apresentada pela doutrina para afastar o modelo bifásico de ROBERTO LYRA: apenas o sistema trifásico asseguraria o relevo necessário pelo legislador às agravantes e atenuantes, em comparação às circunstâncias judiciais. (CARVALHO, 2017, p. 498-499).

As diretrizes expostas, todavia, não estabelecem um percentual definido de aumento, apenas aproximam o ponto em que deverá ser fixada a pena-base. E aí fica o questionamento: caso ocorra, ilustrativamente, a situação descrita no item “b” antes citado, onde alguma (s) circunstâncias sejam negativamente valoradas, quão pouco do piso legal terá de se distanciar? Assusta a resposta de Boschi a esse questionamento, quando reputa que o leitor não deva se “espantar” com a possível variação de um ano entre duas penas igualmente legítimas:

As peculiaridades do caso podem ensejar que algumas das circunstâncias judiciais (por ex. duas ou três) sejam consideradas reprováveis, isto é, axiologicamente desvaliosas.

Nessa situação, a regra em tela propõe que o *quantum* da pena-base seja fixado um pouco acima do mínimo cominado no tipo penal, para bem refletir o grau médio da reprovação pelo fato, sem atingir, no entanto, o termo médio [...].

Assim, no exemplo do homicídio tentado, havendo prova de antecedentes negativos e de gravidade nas consequências, causadas pelo longo internamento hospitalar da vítima, a pena-base poderia ser fixada em torno de seis anos e seis meses, sete anos, ou sete anos e seis meses de reclusão.

O leitor não deve se espantar com as variações apontadas, porque, como dissemos em outra passagem, a individualização da pena é atividade que não se orienta por critérios exatos, matemáticos, rígidos, uma vez que se reconhece ao juiz certo elastério nesse campo [...] (BOSCHI, 2014, p. 186).

Entretanto, a assertiva é, sim, de causar espanto. Afinal, quais critérios que definirão quem, nas mesmas circunstâncias, receberá seis anos e meio ou sete anos e meio de reclusão? Nesse longo intervalo é que imperam o subjetivismo exacerbado e as disparidades narradas na subseção anterior.

O juiz “linha dura”, então, “pesará a mão”, fixando a sanção em sete e meio. E o “garantista”, a seu turno, “pegará leve”, com seis e meio. Manter uma prática desse

jaez, em que a medida da liberdade é contada pela sorte de encontrar o juiz em um “dia bom”, equivale a negar o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada:

O direito a uma resposta constitucionalmente adequada será, assim, consequência da obediência aos demais princípios, isto é, a decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) [...]. (STRECK, 2013, p. 87).

Um mês a mais ou um mês a menos de pena, poderá redundar, na melhor das hipóteses, em perda ou ganho de benefícios penais, como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a imposição de regime mais ou menos gravoso. Não parece constitucionalmente correto que, calcado no seu aspecto meramente subjetivo, o juiz possa, na pior das hipóteses, privar o condenado por um dia mais que seja de sua liberdade, quiçá fique ele preso mais de um ano - o que a diretriz acima comentada permite –, por uma decisão virtualmente arbitrária.

Por essa razão, comunga-se da compreensão de que “A impossibilidade de precisão matemática não pode justificar uma divergência excessiva ou a falta de parâmetros objetivos para a resolução do conflito” (BEDÊ JR., 2017, p. 89).

Em resumo, as diretrizes que dominam na teoria e na prática não resolvem o problema da delimitação da discricionariedade judicial, pois, ainda não se aproximam o suficiente de uma quantificação da pena-base, como sustenta Campos:

[...] nenhum dos principais critérios jurisprudenciais acima descritos é suficiente pra assegurar maior limitação à discricionariedade judicial. Juízes e tribunais não encontram regras claras e de fácil aplicação, sobretudo numéricas, que os auxiliem na determinação da pena-base. São grandes os espaços de discricionariedade deixados pelo Código Penal na aplicação da pena. (CAMPOS, 2017, p. 241).

Então, para suprir o gargalo de estabelecer a quantidade de pena em decorrência da incidência de uma circunstância judicial negativa, surgiram métodos chamados - ou apodados - de “matemáticos” ou “aritméticos”, por definirem uma quantia precisa (geralmente uma fração) de aumento ou diminuição para cada circunstância judicial.

Um primeiro padrão sugere que devido ao número de oito das circunstâncias judiciais, a pena-base pode ser formada pela atribuição da fração de um oitavo para cada vetor em vista das margens penais:

Outro critério na fixação da pena-base é o aritmético, o juiz encontra o peso de cada circunstância judicial dividindo por $1/8$ – fração correspondente ao número de oito circunstâncias judiciais do art. 59 do CP – o intervalo de tempo entre a pena mínima e a pena máxima. Por exemplo: o intervalo entre a pena mínima (quatro anos) e a máxima (doze anos) é oito anos; esse intervalo de oito anos é dividido pela fração $1/8$ e cada circunstância judicial reconhecida terá o valor de um ano. Se o juiz considerar desfavorável uma circunstância judicial, por exemplo, a personalidade do agente, esta circunstância judicial tem o valor de um ano. O critério atenderia a proporcionalidade porque cada circunstância judicial tem exato valor para aumentar ou diminuir a pena. (ROSSETO, 2014, p. 135).

Como um referencial à atribuição de um peso às circunstâncias judiciais, vem ganhando força nos tribunais superiores e há muito já é tendência, sobretudo no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, uma “ressignificação” do antigo critério do termo médio (CARVALHO, 2017).

Conjugando um critério matemático, pela nova configuração do velho instituto, “Desenvolveu-se, portanto, a partir da metodologia de cálculo do termo médio, um raciocínio lógico com o objetivo de reduzir ao máximo a discricionariedade judicial na fixação da pena-base, criando um valor máximo para cada circunstância.” (CARVALHO, 2017, p. 506).

De acordo com essa metodologia, “[...] cada vetorial valorada negativamente somente pode elevar a pena-base em uma fração máxima de um oitavo da diferença entre o mínimo da pena-base em abstrato e o seu termo médio.” (CARVALHO, 2017, p. 505). Constatou-se que [...] os Tribunais que se utilizam do critério do termo médio são fundamental e prevalentemente da região sul do país, em especial o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. (CARVALHO, 2017, p. 500)⁷.

A título de exemplo de sua utilização, apresenta-se o seguinte aresto, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

⁷Pesquisa com as expressões “penal e termo médio” feita nas ferramentas de busca de jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos estados sede daqueles, demonstrou que a utilização do critério do termo médio se dá de forma exponencialmente maior no TRF-4 e no TJ-RS. Enquanto estes contam com 362 e 978 referências, respectivamente (os dois maiores resultados), em relação aos demais, o terceiro maior resultado foi verificado no TRF-5, com apenas 36 alusões.

Para o cálculo da pena-base, especificamente quanto ao peso de cada circunstância judicial, deve tomar-se, como parâmetro, ordinariamente, o termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada, do qual se reduz o mínimo, dividindo-se este resultado pelo número de circunstâncias. Entendimento majoritário firmado por força do voto de desempate do Presidente. Vencidos os Des. Federais Leandro Paulsen, Cláudia Cristina Cristofani e João Pedro Gebran Neto, que entenderam pela impossibilidade de a Corte de Apelação imiscuir-se nos critérios quantitativos e qualitativos da sentença. (BRASIL, 2014).

Exemplificativamente, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Na fixação da pena base, a sentença levou em consideração, para negativar os antecedentes, duas das três condenações que ostenta o réu (a terceira usou como agravante da reincidência), no que vai mantida. III - Readequação da nota negativa à vetorial da conduta social para personalidade, vencido no ponto o Relator. IV - A fixação do quantum da pena base não prescinde de fundamentação (CF, 93, IX). Embora a individualização da pena não seja uma operação estritamente matemática, a busca de uma quantificação objetiva para as circunstâncias do art. 59, nos dias atuais, é o que mais preserva aquela individualização de eventual arbítrio e/ou discricionariedade. Deste modo, o valor de cada circunstância judicial é calculado a partir do termo médio entre o mínimo e o máximo da pena abstratamente cominada. Operada a redução da pena base, vencida a Revisora. [...]. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

De acordo com Bitencourt:

Na verdade, o Tribunal Regional Federal de 4ª Região, relativamente à fixação da pena-base (análise das circunstâncias judiciais), tem adotado, a nosso juízo, com certa razoabilidade, um critério objetivo que valoriza o constitucional princípio da proporcionalidade levando em conta a existência de oito vetoriais elencadas no art. 59 do CP. Acreditamos que se trate de um critério aceitável, pois, no mínimo, tem-se um parâmetro definido, preciso, claro e transparente para se efetuar a valoração dessas circunstâncias judiciais que, como demonstramos, não pode ficar sem qualquer parâmetro pragmático, sob pena de serem elevadas às alturas a própria pena base como acontece com alguma frequência. (BITENCOURT, 2017, p. 165-166).

Importante que se deixe claro que propor a utilização de critérios matemáticos para dosar a pena-base não significa impor que a atividade judicial de dosimetria da pena seja, exclusivamente, aritmética. Almeja-se, apenas, fazer imperar um rigor técnico-científico na definição da pena-base, na exata verberação de Carvalho Neto:

Não se trata de estabelecer critérios matemáticos para a atividade judicial, o que implicaria algo semelhante ao sistema das provas tarifadas, felizmente já banido de nossa legislação. A questão se prende à necessidade de rigor técnico-científico na análise das circunstâncias judiciais, não sendo possível deixar a questão exclusivamente ao arbítrio do Julgador, principalmente quando este não se dê ao trabalho de analisar e fundamentar suficientemente a fixação da pena-base. [...]

É bom que se repita: não se pretende com isto conferir aspecto puramente matemático à aplicação da pena; isto não seria possível, porque as relações sociais não se podem subsumir a critérios matemáticos. Pretende-se apenas conferir algum critério técnico para a fixação da pena-base, de modo a que se cumpra, na segunda fase, o dispositivo constitucional que prevê a individualização, que foi perfeitamente cumprida no primeiro momento pelo legislador infraconstitucional. (CARVALHO NETO, 2013, p. 118, 120-121).

Desta forma, enquanto as diretrizes mais difundidas para a fixação da pena-base ainda permitem discricionariedade significativa, os critérios matemáticos podem oferecer aumentos ou diminuições precisas, transparentes, sobretudo uniformes, reduzindo expressivamente os espaços de discricionariedade. E quanto menor a discricionariedade, maior a consistência.

CONCLUSÃO

A definição de elementos precisos, confiáveis e justificáveis é o próximo passo a ser dado pela teoria da pena. O mito de que “cada juiz, uma sentença”, ou a crença na impossibilidade de se quantificar objetivamente uma pena justa, não pode servir de fundamento para uma prática estatal que restringe a liberdade exclusivamente por um ato voluntário - e potencialmente arbitrário – do juiz.

Américo Bedê Júnior e Gabriel Silveira de Queirós Campos.

O “*Summum jus, summa injuria*”, adágio latino atribuído a Cícero, significa que o excesso do direito pode levar à injustiça suprema. Já “*Optima est lex quae minima reliquit ad arbitrium judicis: optimus judex qui minimum sibi*”, aforismo de Francis Bacon, quer dizer que ótima é a lei que menos arbítrio deixa ao juiz, e ótimo o juiz que menor arbítrio se permite. As duas máximas representam uma tensão permanente que se desenrolou no passado e no presente da individualização e da dosimetria da pena.

No começo as penas eram reações instintivas, desordenadas. O medievo colocou um poder descomunal, de vida e morte, nas mãos dos juízes. Era o tempo da pena absolutamente indeterminada. O iluminismo estabeleceu as penas fixas, adotadas inicialmente no Código Penal francês de 1791.

Pensava-se que retirando do juiz todo o arbítrio, se faria uma lei ótima. Ocorreu o oposto: chancelada pelo Direito, a injustiça suprema encontrou nas penas absolutamente determinadas o seu apogeu. A iniquidade de uma mesma reprimenda para casos totalmente distintos foi o estopim da mudança que redundou no que se tornaria a individualização da pena: a sanção deve refletir as características do fato e do criminoso praticados.

O primeiro marco legislativo seria o Código Penal francês de 1810. Incorporava as penas relativamente indeterminadas, técnica consistente na fixação de limites máximos e mínimos à pena, dentro dos quais o julgador encontra o valor em concreto da sanção.

No Brasil, contudo, surgiu, de forma modesta, apenas com o Código Criminal do Império, datado de 1830. Codificação que, a exemplo da sua sucessora de 1890, permaneceu com amarras severas na aplicação da pena, restrições essas que seriam removidas apenas em 1940. O Código Penal editado nesse mesmo ano foi o precursor, em território nacional, de uma pena, de fato, relativamente indeterminada.

Até então não havia, no ordenamento jurídico pátrio, um comando, uma regra que implicasse na obrigação de individualizar a pena. Tal dever era extraído, de forma indireta, das normas de aplicação da pena. Somente com o advento da Constituição de 1946 que se impôs a obrigação de individualizar, enquanto direito fundamental.

Superando a discussão travada sobre os desdobramentos da dosimetria penal (modo como a pena em concreto seria encontrada dentro das balizas legais pelo juiz) – se em duas fases, segundo preconizava Roberto Lyra, ou em três fases, como propunha Nelson Hungria –, a Lei 7.209/84 reformou a parte geral do Código Penal de 1940, acolhendo este último modelo.

Quatro anos depois da edição dessa lei, a Constituição Federal de 1988 reafirmou a individualização da pena como direito fundamental. Com tal normativa, vislumbraram-se três momentos da garantia de individualização: o primeiro quando o legislador indica as fronteiras do tipo penal e elenca circunstâncias que necessitam ser consideradas pelo juiz; o segundo quando na dosimetria penal o julgador concretiza a pena legalmente cominada, à vista das circunstâncias do caso concreto; e o terceiro, e último, quando a administração individualiza a execução da reprimenda penal.

Interessa a esse trabalho a individualização ocorrida em sede judicial, a partir do método trifásico, possuidor de presumíveis três fases: pena-base, pena provisória e pena definitiva. A pena-base é eleita como uma das fases mais importantes, não só por ser a base de cálculo do procedimento dosimétrico, mas também por lá se encontrarem vários e ricos elementos passíveis de valoração do juiz: as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Não só relevante é a pena-base, como passível de crítica. Devido à sua total indefinição quantitativa, guia-lhe a dosagem a discricionariedade do julgador. Ampla discricionariedade, com poder de, em tese, fixar a pena tanto no mínimo, como no máximo cominado. Isso, claro, desde que fundamentadamente. Aliás, o dever de

motivar é preceito constitucional que, de uma só vez, separa o arbítrio da discricionariedade, e permite atender as particularidades do fato, com uma decisão singular.

Daí a necessidade da pesquisa aprofundar o estudo da discricionariedade. Nesse labor, dois fatores chamaram atenção. O primeiro: a discricionariedade supõe a ausência de uma única pena correta. O segundo: admite-se doutrinariamente que “intuição”, “subjetividade”, “ideologia” estejam presentes na tarefa de extrair a expressão numérica da pena, através da discricionariedade. Chega-se a ver a existência de um “componente irracional nesse processo”.

Disso tudo resulta que a discricionariedade judicial, operando em extensas margens, está a um passo da disparidade, ou seja, casos semelhantes podendo receber reprimendas distintas, ou situações distintas sendo apenas com sanções idênticas. Verificou-se que na dosimetria da pena privilegia-se em demasia a individualização, “a justiça ao caso concreto” e não aplicação de outros direitos e garantias fundamentais, como o da igualdade e o da segurança jurídica.

O conceito de “consistência”, oriundo de países da *common law*, viria ao encontro da realização não apenas do direito fundamental à individualização, mas também ao da igualdade e ao da segurança jurídica (previsibilidade), por aferrar na tarefa do julgador um compromisso com os resultados dessa prática. Para tanto, apregoa-se a necessidade da redução dos espaços de discricionariedade, especialmente onde esse poder tem maior expressão: na pena-base.

Apontou-se que a maioria dos países, ao se deparar com problemas semelhantes de inconsistência, utilizou-se da “autorregulação judicial”, uma forma de controle da discricionariedade feita pelas próprias cortes. No Brasil, semelhantemente, doutrina e alguns tribunais desenvolveram diretrizes e métodos com o objetivo de reduzir os espaços de discricionariedade na pena-base.

As diretrizes dominantes apenas aproximam um ponto dentro das margens penais, mas, principalmente quando esta é extremamente larga, como no caso de homicídio simples - onde a distância do piso ao teto de pena é mais do que o triplo daquela -, permanece ainda um vasto campo para a prática de subjetivismo e arbitrariedade.

Diversamente, os critérios matemáticos, de modo especial o chamado “critério do termo médio”, ele mesmo fruto da “autorregulação judicial”, aparenta oferecer um

referencial preciso, transparente, seguro e uniforme para a valoração de cada circunstância judicial, reduzindo ao máximo a discricionariedade na dosimetria da pena-base, por estabelecer de antemão os limites de sua incidência.

A trajetória desenvolvida neste trabalho permite concluir não ser possível deixar apenas à lei a definição da pena-base, sob pena de se coroar o aforismo de Cícero, jogando contextos totalmente diversos na vala comum da pena-padrão. Mas disso não resulta menor acerto na máxima de Bacon. De fato, quanto menor a discricionariedade, menor a chance de arbítrio. E, nesse objetivo, parecem confluir os critérios matemáticos.

As diretrizes majoritárias não dão conta de reduzir significativamente os espaços de discricionariedade. Missão da qual os critérios matemáticos aparentam desincumbir-se, pois, definem um valor concreto, preciso, transparente e principalmente uniforme, para a valoração de cada circunstância judicial, reduzindo ao máximo a discricionariedade.

No decorrer do estudo, averiguou-se que o encontro da consistência na aplicação da pena se dá com a redução dos espaços de discricionariedade, operada através da definição quantitativa da pena-base. Dessa forma, a hipótese proposta como resposta inicial ao problema de pesquisa foi confirmada, pois verificou-se que a indefinição quantitativa da pena-base resulta em demasiada discricionariedade, que pelo subjetivismo que é exercida, por sua vez, tende a transforma-se em inconsistência. Logo, a definição quantitativa da pena-base dos vetores da pena-base ensejada pelos critérios matemáticos, oferece condições para reduzir a discricionariedade, e, por conseguinte, aumentar a consistência nessas decisões.

Os resultados da análise, levada a efeito nessa pesquisa, destinam-se, antes de qualquer coisa, a arejar uma das práticas mais sensíveis que podem existir nos ordenamentos jurídicos - a imposição da pena -, fazendo com que ela seja orientada pelo que manda a Constituição como um todo. E para que isso ocorra, entende-se essencial derrubar o subjetivismo do pedestal em que foi erigido.

Os direitos e garantias fundamentais não fizeram compromissos só com a individualização. Igualdade e segurança jurídica devem ser buscadas. A redução da disparidade e da arbitrariedade – de virtual ocorrência, considerando os moldes em que se dosa a pena-base –, representa uma obrigação com outro direito fundamental: obter respostas constitucionalmente adequadas.

Por fim, a percepção de que a pena seja imposta por critérios “aleatórios” não estranha só Veríssimo, epigrafado na abertura do presente trabalho monográfico. A aplicação da pena carece, segundo os dados analisados na realização da pesquisa, de elementos precisos, confiáveis e justificáveis, que afastem o mito de “cada cabeça, uma sentença”. Uma nova contemplação passa, claramente, por um novo confronto entre as máximas de Bacon e de Cícero.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JR. Ruy Rosado de. **Aplicação da pena**. 5. ed. atual. e amp. Porto Alegre Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal, vol. III**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Aplicação da pena nos crimes julgados pelo Tribunal do Júri. In: JUNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós, (Coords.). **Sentença criminal e aplicação da pena**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. ver. atual.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Individualização e aplicação das penas. In: JUNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós, (Coords.). **Sentença criminal e aplicação da pena**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. **AgRg no AREsp 985.014/MG**, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=985014&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 20 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 20 out. 2017.

_____. **Decreto 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **ENUL 0014463-32.2009.4.04.700**, QUARTA SEÇÃO, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, D.E. 03/03/2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF408273276>>. Acesso em: 11 de abr. 2018.

_____. **Exposição de Motivos nº 211, de 9 de maio de 1983.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **HC 140596 AgR**, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 21-06-2018 PUBLIC 22-06-2018. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+140596%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+140596%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yak4t66o>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

_____. **HC 144341 AgR**. Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 26-09-2017 PUBLIC 27-09-2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28144341%2ENUME%2E+OU+144341%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9fn68hy>>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Código Criminal do Império do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, tomo 3º: pena e medida de segurança.** Rio de Janeiro: Forense, 2009

BURKE, Anderson. Os critérios matemáticos de quantificação da pena-base: ausência de previsão legal e possível insegurança jurídica. In: JUNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós, (Coords.). **Sentença criminal e aplicação da pena.** Salvador: Juspodivm, 2017.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Discricionariedade judicial e sistemas de aplicação da pena: reflexões a partir dos modelos de sentencing guidelines norte-americano e inglês. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós, (Coords.). **Sentença criminal e aplicação da pena**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CARVALHO, Salo de. Comentário ao artigo 5º, XLVI. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. Critérios para cálculo da pena-base: ponto de partida, termo médio e regras de quantificação. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós, (Coords.). **Sentença criminal e aplicação da pena**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CARVALHO NETO, Inácio. **Aplicação da pena**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2013

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal comentado**. 9. ed. ver. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2016.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 5. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal, v. 1., tomo II**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRÉCIO, Grécio Nogueira. Dosimetria da pena: uma “DR” com Nelson Hungria. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós, (Coords.). **Sentença criminal e aplicação da pena**. Salvador: Juspodivm, 2017.

JÚNIOR, Américo Bedê. Contra a dosimetria baseada no autor ou no modo de vida: a dosimetria da pena pelo fato: Procusto e segurança jurídica. In: JÚNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós, (Coords.). **Sentença criminal e aplicação da pena**. Salvador: Juspodivm, 2017.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 118. Jan – Fev, 2016. p. 93 - 121.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal. Vol. II: Arts. 28 a 74**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARTINS, Leonardo. Comentário ao artigo 5º, caput. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 224.

MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. Comentário ao art. 93, IX. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1324-1325.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. rev. atual e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Código Penal comentado**. 18. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, **Livro V, Título VII**. Universidade de Coimbra. Disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1158.htm>>. Acesso em: 20 out. 2017.

PACELLI, Eugênio; CALLEGGERI, André Luís. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Atlas, 2018.

PIERANGELI, José Henrique. **Código Penal Comentado**. Atual por Maria Aparecida Pierangeli Thomaz. 1 ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**, v. 3. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello; LIMA, Rafael da Escóssia. A primeira fase da dosimetria penal: entre os dados de seletividade do controle penal e a realização do princípio da estrita legalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim**, São Paulo, v. 25, n. 136, p. 15-33, out. 2017.

QUINTAS, Jorge; FIRMIANO, João Diego Rocha. Discricionariedade judicial em matéria de drogas numa perspectiva comparada entre Brasil e Portugal: diferenciação do consumo e do tráfico de drogas. In: JUNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós, (Coords.). **Sentença criminal e aplicação da pena**. Salvador: Juspodivm, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime Nº 70060414604**, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mauro Evely Vieira de Borba, Julgado em 13/12/2017. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70060414604&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 11 abr. 2018.

ROBERTS, Julian V. **Aplicação estruturada da pena: lições da experiência na Inglaterra e no País de Gales**. In: JUNIOR, Américo Bedê; CAMPOS, Gabriel

Silveira de Queirós, (Coords.). *Sentença criminal e aplicação da pena*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Comentário ao artigo 5º, caput. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 231.

STRECK, Lenio L. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et. al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 87.

TRINDADE, André Karam. Entre pequenas injustiças e grandes justiças: o mercador de veneza e a representação do juiz. In: Lenio Luiz Streck; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 184.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.