

8. JURISPRUDÊNCIA

8.2 Jurisprudência Comentada

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DA LIBERDADE, DA DISCRICIONARIEDADE, DO AUTOMATISMO E DE OUTROS COISAS

MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI

Ementa: Competência – Habeas corpus – Ato de Tribunal de Alçada Criminal. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação (ao qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas corpus dirigido contra ato de tribunal ainda que não possua a qualificação de superior. Convicção pessoal colocada em segundo plano, em face de atuação em órgão fracionário.

Ementa: Ato Judicante – Vinculação – Princípio da Legalidade. É incompatível com o exercício judicante a prática de ato discricionário. Impõe-se a observância do princípio da legalidade, atuando o agente do Poder Judiciário a partir do arcabouço normativo existente. Mitigação do sentido vernacular do verbo poder (poderá), emprestando-se-lhe alcance compatível com o sistema jurídico nacional.

Ementa: Pena – Cumprimento – Regime – Parâmetros. Excetuada a hipótese de fixação da pena em quantitativo superior a oito anos e não se tratando de reincidente, a determinação do regime de cumprimento da pena é norteada, considerado o balizamento temporal, pelas circunstâncias judiciais. Inteligência dos §§ 2.º e 3.º do art. 33 do CP. Exsurge incongruente o estabelecimento da pena-base no mínimo previsto para o tipo, ficando alguém dos oito anos, com a imposição do regime fechado.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas

taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o *habeas corpus* e, assegurar ao paciente o início de cumprimento da pena no regime semi-aberto.

Brasília, 2 de dezembro de 1997 – NÉRI DA SILVEIRA, Presidente; MARCO AURÉLIO, Relator.

RELATÓRIO – O Sr. Min. Marco Aurélio – O Procurador do Estado em exercício na Procuradoria de Assistência Judiciária Criminal de São Paulo Dr. Carlos Jacinto Pellegrino, juntamente com a estagiária Juliana Amaral de Mendonça, impetram este *habeas corpus* em favor de Josildo Sebastião da Silva. Em síntese, revelam haver sido condenado o paciente, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos II, do CP, à pena de reclusão de seis anos, dois meses e vinte dias, mais o pagamento de dezesseis dias-multa, impondo-se o regime fechado. A defesa interpôs apelação alfim parcialmente provida pelo Tribunal de Alçada Criminal, reduzindo-se a pena a cinco anos e quatro meses de reclusão e ao pagamento de treze dias-multa. Entrementes, em que pese haver-se adotado, como pena-base, o quantitativo mínimo previsto para o tipo, manteve-se o regime de cumprimento. Na inicial, com inequívoca percuciência, aponta-se que, a um só tempo, as circunstâncias judiciais não podem ser favoráveis, para efeito de fixação da pena-base, e desfavoráveis, na determinação do regime prisional, isso à vista do disposto nos arts. 33, § 3.º, e 59, inciso III, do CP. Pleiteia-se a concessão da ordem, a fim de que se

observe, na espécie, como regime inicial de cumprimento da pena, o semi-aberto. Com a inicial, anexaram-se aos autos os documentos de f. 6 à 27.

As f. 36 e 37 estão as informações do Tribunal de origem, sobre a tramitação da ação penal. A Corte, juntando documentos ressalta a boa ordem adotada pelo Tribunal de Alçada Criminal.

A Procuradoria Geral da República emitiu o parecer de f. 104 à 106, no sentido do indeferimento da ordem, proclamando: ... *a redução da pena não impediu que essas circunstâncias concretas servissem adequadamente à manutenção do regime fechado, segundo os parâmetros do art. 33, § 3.º do CP.*

Estes autos vieram-me, para exame, em 24 de novembro do corrente ano, sendo que, no dia imediato, neles lancei visto, designando como data de julgamento a de hoje, 2 de dezembro, isso com a finalidade de ser cientificado o Impetrante, assegurando-se, assim, o direito de assomar à Tribuna.

É o relatório.

VOTO — O Sr. Min. Marco Aurélio (Relator) — Ressalvo a convicção pessoal relativa à competência para julgar *habeas corpus* impetrado contra ato de Tribunal de Alçada Criminal quando o paciente não goza de prerrogativa de foro. Os integrantes do referido Tribunal, como juízes estaduais, estão submetidos à jurisdição direta, nos crimes comuns e de responsabilidade, do Tribunal de Justiça local — inciso III do art. 96 — ao qual cabe, assim, julgar o *habeas corpus*. Todavia, até aqui não é este o entendimento predominante, razão pela qual, considerado o julgamento da Reclamação n. 314/DF, em que fiquei vencido, na companhia honrosa dos Mins. Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello, coloco a conclusão própria em plano secundário e conheço do pedido formulado. O tema foi melhor desenvolvido quando *verificado o debate junto ao Pleno* (acórdão publicado na RBCCrim n. 9, p. 140 a 146).

No mérito, censura não merece a sentença. Consideradas as circunstâncias judiciais contrárias aos interesses do Paciente, o Juízo fixou

a pena-base acima do mínimo legal e, no campo da absoluta coerência, embora primário o então condenado, assentou, para cumprimento da pena, o regime fechado. Ainda que não comungue com parte do móvel utilizado para assim decidir-se, no que reportou-se a Juíza sentenciante, Dra. Mariângela Torres Garcia, à gravidade do crime, tenho que tal conclusão, no tocante às circunstâncias judiciais e ao regime de cumprimento da pena, mostra-se harmônica com o teor dos arts. 33 e 59 do CP. A questão está em que o órgão revisor, deffrontando-se com o recurso da defesa, proveu o parcialmente para reduzir a pena-base ao mínimo previsto para o tipo, observando a *causa de aumento relativa ao concurso de agentes*, ou seja, o raciocínio desenvolvido quando da prolação da sentença, chegando, com isso, à pena final de cinco anos e quatro meses de reclusão e de multa de treze diárias. Ao invés de caminhar para a consequência natural da redução da pena-base, sentenciou que “já o regime deve ser mesmo fechado. Ele é o único adequado para quem pratica roubo. Embora a importância subtraída seja reduzida, o réu portou-se com acinte e destemor. Mostrou insensibilidade, ameaçando mulher só e grávida. A violência está conseguindo intranquilizar toda a nacionalidade, e se existem infratores que não podem permanecer na prisão, *outros há que dela não podem sair, como os assaltantes*”. Em vista da última frase, apenas faltou colar à espécie a óptica, até aqui prevalecente, sobre os crimes hediondos, no que, com abandono dos aspectos inerentes à garantia constitucional da individualidade da pena, tem-se como constitucional o preceito da Lei n. 8.072/90, a revelar que, em se tratando dos citados crimes, de prática de tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo, “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (§ 1.º do art. 2.º). Sim, chegou-se ao ponto de proclamar-se que o regime fechado “é o único adequado para quem pratica roubo” e que o infrator não deve deixar a prisão (f. 21 à 27). *É comum dizer-se que no ofício judicante não se tem lugar para atuação simplesmente discricionária*, decidindo o Estado-Juiz de acordo com critérios de plantão, estabelecidos por aquele que

se defronte com a lide e de acordo com a concepção que este tenha sobre as relações próprias à *vida gregária*. O juiz atua a partir do arcabouço normativo-constitucional, mesmo porque, vivendo-se em um Estado Democrático de Direito, há de se respeitar, à *exaustão*, o *princípio da legalidade*.

Pois bem, está-se diante de um verdadeiro paradoxo. A um só tempo, as circunstâncias judiciais definidas no art. 59 do CP serviram à fixação da pena-base, pelo órgão revisor, no mínimo legal e à manutenção do regime de cumprimento da pena, fixado coerentemente pelo Juízo, já que, em tal âmbito, foi extravasado o piso previsto para o tipo. Claudicou o órgão revisor. O tema é regido pelos dispositivos do Código Penal merecedores de interpretação sistemática. O § 2.º do art. 33 abrange três hipóteses diversas: a primeira corre à conta das condenações em que a pena mostre-se superior a oito anos pela alínea *a* do referido § 2.º, há de ser cumprida, independentemente de outros aspectos, no regime fechado, não havendo campo para que se venha a ter a estipulação quer do regime semi-aberto, quer do aberto. O simples critério objetivo, concernente ao quantitativo da pena, é conducente a fixar-se o regime fechado; a segunda hipótese está relacionada com condenação de não-reincidente à pena que se mostre superior a quatro anos e não exceda a oito. Em tal caso, *o regime pode ser o semi-aberto*; por último, *tem-se a situação do não-reincidente cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos e, aí, é possível, desde o início, o cumprimento em regime aberto*. Indaga-se: qual o critério normativo para definir-se o regime nas hipóteses das alíneas *b* e *c* do § 2.º do art. 33? A simples óptica do juiz sobre a gravidade do tipo e a necessidade de uma maior persecução criminal? A resposta é negativa. Confirmando a máxima de que não se tem no ofício *judicante* *ato simplesmente discricionário*, o § 3.º do art. 33 revela, com clareza elogiável, que “a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”, ou seja, das circunstâncias judiciais. Notado o atendimento dos pressupostos objetivos contidos nas alíneas *b* e *c* – tratar-se de agente primário cuja pena esteja situada entre o mínimo de quatro e o máximo de oito ou aquém de quatro, cumpre

ao magistrado mostrar-se, visando à definição do regime, pelo exame das circunstâncias judiciais tal como, aliás, pedagogicamente ressaltado no inciso III do art. 59:

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 a reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis entre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A esta altura, tem-se a preclusão maior a beneficiar o Paciente que, por sinal, primário e de bons antecedentes, esteve sob a custódia do Estado durante todo o curso da ação penal. O que decidido sobre o caráter positivo das circunstâncias judiciais conduziu o Colegiado revisor à redução da pena-base no mínimo previsto para o tipo. Como, então, manter o mesmo regime de cumprimento da pena, sem vulnerar-se, a mais não poder, as normas cogentes do § 3.º do art. 33 e do inciso III do art. 59, ambos do CP? Bem o disse o Procurador do Estado, ora Impetrante. Descabia, a um só tempo, fixar a pena-base no mínimo estabelecido para o tipo e exacerbar, adotando o mais gravoso, o regime de cumprimento. Creio que, em linhas gerais, com a passagem do tempo, e diante da circunstância de o Paciente responder à ação penal sob a custódia do Estado e ainda do fato de o Judiciário não ser tão célere, tem ele direito, até mesmo, à progressão. De qualquer forma, os princípios da realidade e da razoabilidade e, a norteá-los, o da legalidade, conduzem-me a conceder a ordem para determinar o observância do *regime semi-aberto*. Remeta-se cópia do que vier a ser decidido por esta Corte à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, aos cuidados do Procurador do Estado Carlos Jacinto Pellegrino, em exercício na Procuradoria de Assistência Judiciária.

É como voto, na espécie dos autos.

COMENTÁRIOS

"A liberdade é a liberdade de dizer que dois e dois são quatro. Admitindo-se isto, tudo o mais decorre" — George Orwell., 1984.

A questão fática enfrentada no *habeas corpus* n. 75.379-5, julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, é de aparente habitualidade que, em um exame aprofundado, revela, com perspicácia, o perigo do automatismo judiciante.

Com efeito, trata-se de crime de roubo circunstanciado pela causa de aumento prevista no inciso II do § 2.º, do art. 157 — concurso de duas ou mais pessoas. Procedência da acusação em primeira instância, ensejando a imposição de pena privativa de liberdade de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão em regime fechado e à pena pecuniária de dezesseis dias-multa. Apelação da Defesa, acolhida que foi, parcialmente, pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, com a atenuação da reprimenda a cinco anos e quatro meses de reclusão e ao pagamento de treze dias-multa, mantendo-se, ademais, o regime prisional anteriormente estabelecido. Nova irresignação testificada, desta feita, pelo remédio heróico objetivando-se o estabelecimento do regime semi-aberto para o início de cumprimento da pena reclusiva. Concessão unânime da ordem.

A inegável constância de fatos como o presente teria o condão de torná-lo situação jurídica corriqueira e, lamentavelmente esquecida, acaso, o processo em baila não reunisse fatores que o retiraram de possível obscuridade. De fato, destacam-se, em um pólo, a lógica dosimétrica emergente da respeitável sentença monocrática, de outro, a ruptura desta levada a efeito pelo órgão colegiado e a intermediá-los a atuação da Defensoria Pública que contribuiu,

sobremaneira, para o voto supremo da lavra do Ministro Marco Aurélio.

Neste campo, muito embora iterativa seja a jurisprudência no sentido de vedar o emprego de *habeas corpus* para a correção de fixação de pena¹, tem se admitido tal remédio como meio rápido e eficiente para obstar possível constrangimento à liberdade decorrente de desrespeito ao princípio da individualização da pena, tal como, aliás, no caso em apreço².

(1) Nesse sentido: "Não é meio idôneo para rever a individualização de pena na sentença condenatória com observância do art. 42 do CP (atual art. 59)." (STF — HC — Rel. Cordeiro Guerra — DJU 02.04.1976). Ainda: "Via de regra, o *habeas corpus* dado o seu rito sumaríssimo, não comporta maiores indagações sobre a pena aplicada, já que depende esta do exame da personalidade do agente, seus antecedentes, grau de periculosidade e outros fatores de individualidade, os quais só podem ser apreciados através de recursos próprios. Contudo excepcionalmente, pode ser admitido, quando o reajuste da pena se faz ante manifesto erro de cálculo." (TACRIM-SP — HC- Rel. Chiaradia Neto — RT 413/251).

(2) Destaca-se: "A fixação da pena é questão de legalidade e se o Tribunal, como tantas vezes ocorre, pode corrigir o erro da sentença com os elementos que ela mesma proporciona, entende-se que o faça através de *habeas corpus*, que visa remover constrangimento devido a ilegalidade ou abuso de poder. Cf. sobre o assunto, extensamente, RDP 1/130. Em tais casos, reduzir a pena por tal via atenderá a conveniência da economia processual. Inadmissível seria recorrer a elementos estranhos à sentença e, inclusive, alheios ao processo. Nesse ponto, como em tantos outros, no entanto, o Supremo Tribunal Federal está voltando sobre seus passos. No Re 69.933, relator

Como é cediço, a fixação do regime inicial circunscreve-se à análise do *quantum* da pena imposta, à compatibilidade subjetiva do condenado aos regimes menos rigorosos e, obviamente, às balizas constantes no art. 59 do CP. Ora, sob este aspecto, a individualização da pena – aqui restrita ao âmbito da correspondência entre o estabelecimento do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e as circunstâncias judiciais – foi respeitada de modo harmônico pelo juízo singular. Na verdade, se as circunstâncias judiciais sopesadas conduziram à necessidade de estabelecimento de pena acima do limite mínimo, causaria espécie não fossem estas também consideradas para a fixação de regime prisional mais rigoroso. Cuida-se, pois, de mera obediência à expressão *poderá* – faculdade limitada às diretrizes extraídas da sistemática legislativa – inserida, pelo legislador, na alínea *b* do § 1.º do art. 33 do CP contraposta ao *deverá*, – de caráter nitidamente vinculatório – no caso de regime inicialmente fechado em se tratando de condenado a pena superior a oito anos – alínea *a* do citado artigo.

Todavia, ao conferir parcial provimento à apelação defensiva para tão somente fixar a pena privativa de liberdade no mínimo cabível à hipótese – menor *quantum* previsto no tipo fundamental, qual seja, quatro anos acrescidos, inevitavelmente, da causa especial

de aumento igualmente em sua fração mínima, ou seja, um terço –, rompeu o órgão revisor, segundo assertivas do Ministro Relator, a lógica até então presente ao manter o regime prisional mais severo. Fundamentou-se o órgão colegiado na alegada adequação do regime fechado à natureza do crime. Com efeito: “já o regime deve ser mesmo fechado. Ele é o único adequado para quem pratica roubo. Embora a importância subtraída seja reduzida, o réu portou-se com acinte e destemor. Mostrou insensibilidade, ameaçando mulher só e grávida. A violência está conseguindo intranquilizar toda a nacionalidade, e se existem infratores que não podem permanecer na prisão, outros há que dela não podem sair, como os assaltantes.”

Não se nega que a criminalidade – ao menos neste município – tem atingido índices crescentes e, há muito, preocupantes. Afirmação diversa seria no mínimo pueril. Não se trata de manipulação da violência como surrealisticamente se apregoa mas, ao contrário, de constatação fática que estranhamente não é observada por alguns. De qualquer modo, não se pode olvidar da necessária harmonia lógica a que está vinculado o Direito Penal, sendo defeso traduzi-lo, por ocasião da atividade jurisdicional, em constantes generalizações decorrentes de automatismo incompatível com a individualidade inerente a este ramo do Direito.

Com efeito, muito embora o congelamento descritivo seja característica das normas incriminadoras, este não pode ser repassado ao mundo fenomênico. Explico. O crime de roubo, como tantos outros, é de forma livre de realização. Destarte, embora subsumidos à mesma figura típica há notória diversidade qualitativa entre as condutas daquele que anuncia com palavras ou gestos o assalto, figurando, implicitamente uma

o eminente Min. Adálcio Nogueira, a 2.ª Turma entendeu que não é possível fixar a pena por via de *habeas corpus*. Na hipótese, o TFR havia concedido em parte o *habeas corpus* impetrado para reduzir a pena imposta. Recorreu extraordinariamente a Procuradoria, o Supremo Tribunal Federal, dando provimento ao recurso extraordinário, concedeu o *habeas corpus* de ofício, por maioria, para anular a sentença por contraditória na fixação da pena.” (STF – RE – Rel. Adalício Nogueira – RDP 5/14).

ameaça; daquele que, com uma pedra, faz a promessa de ofensa física para subtrair da vítima o bem móvel; daquele que fingindo portar uma arma concretiza a subtração; daquele que mediante gravata no pescoço do sujeito passivo atinge a consumação; daqueles que cercam a vítima, anunciando o assalto; daquele ou daqueles que, enfim, portando arma, arrebatam o objeto pertencente a outrem. Por tais motivos, ora constituindo elementares, ora circunstâncias, há, inexoravelmente, um grande espectro de reprimenda — quatro a dez anos de reclusão sem prejuízo de multa acrescida, eventualmente, de um terço até a metade —. Nada impede, ainda, que outros aspectos fáticos — não previstos como elemento típico ou mesmo causa de aumento ou de diminuição, evitando-se, pois, o *bis in idem*³ — sirvam como circunstâncias judiciais — art. 59 do CP —, sob o rótulo específico de *circunstâncias do crime*.

A natureza do crime, por si só, não pode levar à imposição de pena superior ao mínimo ou mesmo ao estabelecimento de regime mais rigoroso. Aquela já foi considerada pelo legislador, por ocasião do delineamento do limite mínimo e máximo da pena no preceito secundário da norma penal incriminadora, razão pela qual — apenas a título exemplificativo — a pena do furto simples poderá variar de um a quatro anos, enquanto a do roubo terá como limites quatro e dez anos. O mesmo se diga quanto ao regime prisional. Se o sistema fosse hermético, teria o legislador, desde já, complementado os tipos penais vinculando cada qual a um único regime prisional qualquer que fosse o *quantum* de pena. Assim, entretanto, não procedeu, pois, obviamente sensível estava às diversidades de realização de uma fór-

mula hipotética.

De qualquer modo, o que parece crucial na questão é não se poder estabelecer, por ocasião da atividade jurisdicional penal, fórmulas matemáticas, exatas e herméticas de fixação de pena e de regime prisional com base, exclusivamente, na gravidade abstrata da figura típica sem se ater às infinitas formas de sua realização, deixando, ainda, no campo do esquecimento jurídico outros fatores estabelecidos pelo legislador como necessários à análise do fato, que o tornam sempre particular e único. A se agir de forma contrária, estar-se-ia, rompendo, de modo definitivo a equidade.

Nem se argumente que a crescente incidência de crimes que tais é fator para se estabelecer como regra fundamental, na atividade jurisdicional, a obrigatoriedade do regime mais severo de cumprimento da pena privativa de liberdade. A se seguir tal linha, estaríamos, inexoravelmente, estabelecendo uma regra de grandezas. E, esta, nos conduziria ao tratamento jurisdicional benéfico de suposto roubo ocorrido em uma sociedade — utópica — na qual a incidência de tal modalidade fosse inexistente e, portanto, não causadora de “intranquilidade social”. Reconheça-se não haver lógica em tal ilação. A reprovabilidade da conduta não é diretamente proporcional à quantidade de sua realização. Com efeito, a comoção social gerada por um crime certamente será, igualmente, intensa naquele grupo que, porventura, nunca tenha experimentado tal acontecimento.

A motivação das decisões judiciais e a individualização da pena, como é assente, constituem garantias fundamentais que devem ser respeitadas. Tais premissas, aliás, têm sido sistematicamente observadas pela jurisprudência. De fato, a sentença deve ser fundamentada sob pena de nulidade⁴, não bastan-

³) Nesse sentido: JC 19/20.

do a simplória assertiva, por exemplo, de que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis⁵ e, tampouco, a alegação de que a natureza do crime, por si só, seja suficiente para elevar a pena acima do limite mínimo⁶, impondo-se, pois, ao juiz a especificação dos motivos, dentre aqueles estabelecidos em lei, que o levaram à fixação da pena base acima do limite mínimo⁷.

Some-se a tais, o presente acórdão do Supremo Tribunal Federal que, muito embora, aplicável, em seus limites, ao caso a ele remetido, estende seu campo de atuação além do que a processualística permite, implicando, no mínimo, em um repensar acerca da odiosa prática jurisdicional de se estabelecer fórmulas próprias das ciências exatas ao Direito Penal, notadamente, à individualização da pena, testificadas aqui pela idéia de que o crime de roubo, abstratamente considerado, ou seja, apenas em razão de sua forma típica, por si só, é incompatível com o regime semi-aberto.

Assim procedendo, o juiz supera a própria vontade do legislador que, até então, havia imposto obrigatoriamente o regime fechado, com exclusividade, aos crimes hediondos – Lei n. 8.072/90 –, proclamando-se que o regime fechado é o único adequado a quem pratica roubo, quando sequer implicitamente, o legislador assim se manifestou. O perigo destes falsos dogmas gera situações como aquelas enfrentadas no julgamento em tela, no qual as circunstâncias judiciais foram suficientes para estabelecer o *quantum* da pena no mínimo possível, mas não foram hábeis, em desrespeito ao disposto no inciso III do art. 59 do CP, para fixação do regime inicial. A

imposição de regime prisional mais rigoroso deveria ser fundamentada em outras circunstâncias que não se restringissem à simples natureza do crime, tais como: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, aos motivos e às circunstâncias do crime e ao comportamento da vítima.

Imperioso, pois, não confundir liberdade, com discricionariedade. Sob este aspecto, oportuno é o credenciado magistrado de Alberto da Silva Franco, no sentido de que “a fixação da pena dentro de balizas estabelecidas pelas margens penais constitui, conforme o art. 59 da PG/84, uma tarefa que o juiz deve desempenhar de modo discricionário, mas não arbitrário. O juiz possui, no processo individualizador da pena, uma larga margem de discricionariedade, mas não se trata de discricionariedade livre e sim como anota Jescheck (*Tratado de Derecho Penal*, vol. II/1191, 1981) de discricionariedade juridicamente vinculada, posto que está preso às finalidades da pena e aos fatores determinantes do quantum punitivo”⁸.

A mágica da atividade jurisdicional penal repousa, pois, neste aspecto, qual seja, a necessidade de especificação do fato e do agente e, como corolário na individualização da pena, cujos critérios estabelecidos pelo legislador já permitem um vasto campo de atuação do magistrado, tornando a tarefa vibrante e apaixonante. A justiça composta por homens é aquela que não se resume à simples conclusão de que dois e dois são quatro. Embora quantitativamente a regra seja a mesma, cada unidade é sempre qualitativamente diversa, razão pela qual nenhum grupo de quatro será igual a outro.

(4) Nesse sentido: STF, HC 63.435.

(5) Nesse sentido: RT, 607/396.

(6) Nesse sentido: TJPR, A.Crim., 1826, PJ 15/245.

(7) Nesse sentido: RECrIm. 114.783.

(8) In *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. V. 1, t. 1, Parte geral. 6.ª ed. RT. Comentários ao art. 59, p. 876.