

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PAPEL DO JUIZ NA APLICAÇÃO DA PENA BASE NO BRASIL

Área Temática: Direito

Livia Paula de Almeida Lamas

Doutoranda em Direito Penal, Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado, Advogada, Licenciada em Letras, Professora e Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais de Manhuaçu (FACIG)

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar criticamente a aplicação da pena base no Brasil, de modo a demonstrar que diante da discricionariedade conferida pelo Código Penal à atuação do juiz, ele assume um papel fundamental na manutenção dos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: juiz, Estado Democrático de Direito, pena base

ABSTRACT

This paper aims to critically analyze the application of the penalty base in Brazil, in order to demonstrate that ahead of the discretion conferred by the Criminal Code the role of the judge, he plays a key role in the maintenance of the guiding principles of a Democratic State of Law.

Keywords: judge, Democratic State of Law, penalty base

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar criticamente o papel do juiz na aplicação da pena base no Brasil, de modo a demonstrar que o magistrado assume um papel essencial na manutenção dos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito.

O Brasil passou a se constituir em Estado Democrático de Direito a partir da promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, fato que conferiu uma proteção substancial aos direitos fundamentais do indivíduo. Ocorre, todavia, que apesar de a Carta Magna estabelecer um vasto rol de garantias em seu art. 5º e de legitimar os ordenamentos jurídicos internos do país, esse potencial ainda não se realizou em

sua plenitude, pelo menos não no que concerne à aplicação da pena base, pois o Código Penal brasileiro deixou para o juiz uma margem significativa de discricionariedade, fato que, se não for devidamente observado, pode violar inúmeros direitos do cidadão.

Esse trabalho apresentará, portanto, os principais equívocos que o juiz pode cometer ao aplicar a pena base no Brasil, bem como discutirá soluções para que a sua atuação se encontre atrelada aos princípios fundamentais e às garantias asseguradas por um Estado Democrático de Direito.

1.1. Considerações acerca dos critérios utilizados pelo juiz na fixação da pena base no código penal brasileiro

Sempre que ocorre um crime surge para o Estado a necessidade “de recompor a ordem jurídica violada, mas ao mesmo tempo, o dever de conceder ao agressor da norma os direitos previstos na Lei Fundamental que lhe serve de garantia contra os possíveis abusos do poder estatal” (RANGEL, 2000)

Desse modo, para se adequar às diretrizes de um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve assumir uma dupla finalidade: a protetiva dos bens jurídicos mais importantes e a preservativa dos direitos fundamentais do indivíduo.

A dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, é o valor expresso no princípio da humanidade do Direito Penal, que não pode ser considerado quando da criminalização de qualquer fato, etiquetado como socialmente agressivo, ou quando da cogitação de qualquer sanção criminal. (LOPES, 1999. p. 219)

O Estado Democrático de Direito foi estabelecido no Brasil em 1988 através da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. Tal avanço impôs uma série de limites às legislações infraconstitucionais, que passaram a ter a sua legitimidade condicionada aos vínculos formais e materiais da Carta Magna.

Neste sentido, em relação ao Código Penal brasileiro, “duas são as limitações impostas pela Carta Magna: as de natureza material, que impedem que da lei penal constem disposições contrárias aos princípios ou garantias delineadas no texto máximo” e as limitações de natureza formal que se consubstanciam “no impedimento à edição de normas em desacordo com as regras fixadas pela Constituição para a elaboração de lei” (LOPES, 1999, p 167).

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, logo, o seu Código Penal tem o dever de assegurar a todos os indivíduos o respeito a seus direitos humanos fundamentais, devendo, “controlar a criminalidade e a violência sem perder de

vista os princípios democráticos baseados nos direitos fundamentais constitucionais”. (DORNELLES, 2008, p. 5)

O ordenamento jurídico penal é, portanto, o mais limitado pelas exigências constitucionais, por compreender o conjunto de normas que preveem os crimes e lhes cominam sanções, e consequentemente envolver o dilema da privação da liberdade humana.

O direito penal da Constituição se expressa através do direito penal mínimo, ou seja, através do espaço residual que se reserva para a intervenção punitiva dentro dos limites impostos pelos dispositivos constitucionais nos marcos de uma política integral de proteção dos direitos humanos. (DORNELLES, 2008).

Tem-se, assim, no Direito Penal, um lado em que são definidas as condutas delituosas, concedendo ao Estado o *ius puniendi* quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável. E um outro lado, em que há a limitação dessa atuação pelas garantias fundamentais de todo ser humano.

Dessa forma, para que haja uma boa utilização do Direito Penal, o intérprete da lei precisa adotar a Carta Magna como ponto de partida para a sua atuação ao aplicar uma pena.

O direito penal da Constituição, ou do Estado social democrático de direito, também tem, hoje, a tarefa “iluminista” de delimitar e regular a pena. E é através do reconhecimento de sua dimensão política e da noção de “sujeito coletivo” que o direito penal da Constituição pode se afastar da abstração que marcou o direito penal liberal, tornando-se parte da política de proteção dos direitos humanos (DORNELLES, 2008).

Ocorre, todavia, que esse modelo, na prática, nem sempre é observado e quando o ordenamento jurídico penal brasileiro é confrontado com a realidade, descortina-se um cenário onde os parâmetros de justiça, racionalidade e legitimidade, são muitas vezes negligenciados, no que diz respeito à aplicação da pena.

É através do cálculo da pena que o Estado-juiz, exercita o seu *ius puniendi*, ou seja, direciona o seu poder de reprovação ao indivíduo que agiu de forma contrária ao direito.

A conduta em conformidade com a ordem é conseguida por uma sanção proporcionada pela própria ordem. O princípio de recompensa e punição – o princípio da retribuição –, fundamental para a vida social, consiste em associar uma conduta em conformidade com a ordem e a conduta contrária à ordem com a promessa de uma vantagem ou com a ameaça de uma desvantagem, respectivamente, na condição de sanções. (KELSEN, 2001)

A legislação penal brasileira adotou, em seu artigo 68, o sistema trifásico, concebido pelo mestre Nelson Húngria, que estabelece que a pena será calculada observando-se três fases distintas e sucessivas. Primeiramente, o julgador deverá encontrar, a partir da análise das oito circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a chamada pena base.¹ “A pena inicial fixada em concreto, dentre dos limites estabelecidos *a priori* na Lei penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes” (BOSCHI, 2002, p. 187).

Cada uma dessas fases “deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica” (GRECO, 2004, p. 610), sob pena de nulidade, pois no Brasil vigora o sistema do livre convencimento motivado das decisões judiciais, através do qual o magistrado tem a liberdade para

decidir de acordo com o que considerar mais adequado, desde que respeitados os limites fixados pela lei e pela Constituição.

A obrigação de fundamentar as decisões é pressuposto lógico de um Estado Democrático de Direito e funciona como limite à peculiar discricionariedade da função de juiz, além de ser crucial para assegurar o cuidado na formação da vontade decisória; possibilitar o controle das decisões, e garantir a transparência destas (ANDRADE, 1992).

Entretanto, apesar de toda aparente proteção conferida pelo sistema, a situação brasileira é nitidamente obscura no tocante à aferição da pena base, pois há quatro circunstâncias judiciais de cunho subjetivo no artigo 59 do Código Penal, que permitem uma elevada discricionariedade ao magistrado e tornam difícil o controle de seus atos.

Assim, ainda que haja fundamentação na sentença, o Estado Democrático de Direito corre o risco de ter o seu dever de proteção aos direitos humanos fundamentais frustrado, pois “o direito e o arbítrio, estes dois conceitos aparentemente opostos, estão na realidade estreitamente ligados” (PACHUKANIS, 1988, p. 90).

Na fase de ajuste da pena base, o juiz precisa analisar quatro circunstâncias judiciais de cunho subjetivo: culpabilidade (grau de reprovabilidade do ato praticado pelo réu); os antecedentes (vida pregressa do agente); a conduta social (o comportamento do réu junto à sociedade) e a personalidade do agente (o seu retrato psíquico). Nesta etapa, o legislador também deixou ao prudente arbítrio do julgador “estabelecer a quantidade de aumento e diminuição em cada caso concreto,” (SHECAIRA e CORRÊA JÚNIOR, 2002, p. 280) desde que observados os limites mínimos e máximos fixados para cada tipo penal incriminador.

Nota-se, portanto, que os limites legais a que o juiz deve satisfazer são pequenos, frente à gama de possibilidades que lhe são abertas, o que pode ocasionar decisões violadoras dos direitos

¹ 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: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites.

fundamentais dos apenados. “O problema da determinação da pena pelo juiz identifica-se em grande parte com o problema dos espaços de discricionariedade atribuídos à função judicial” (FERRAJOLI, 2002, p. 323), e nas sociedades contemporâneas a função judicial só se considera cumprida quando o juiz atua com eficácia dentro de suas limitações funcionais (SANTOS, 2009).

Diante dessa ampla liberdade de escolha conferida ao juiz, surge um dilema: Como ele deve agir ao aplicar a lei?

Muitos magistrados acabam adotando uma postura clássica do Direito ao calcular a pena base, ou seja, seguem uma atitude ‘neutra’ ou positivista ao agir exatamente de acordo com o que a lei determina. “A história das suas soluções confunde-se, em consequência, com a do princípio de legalidade das penas expressadas na máxima *nulla poena sine lege*” (FERRAJOLI, 2002, p. 323). “O juiz não cria o Direito, ele aplica a lei. (...) e a aplica de maneira neutra. Mesmo que se trata de uma lei injusta, deve o juiz adotá-la (para gerar certeza jurídica)” (GOMES, 2007).

O juiz avalia as circunstâncias judiciais de natureza subjetiva do artigo 59 do Código Penal de acordo com o seu sentido literal, ou seja, uma vez que a lei determina que se aprecie a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, ele o faz sem emitir qualquer consideração, ainda que sua interpretação seja injusta ou até mesmo inconstitucional. Ao juiz não cumpre o papel de “discutir, alterar, corrigir, negar ou substituir a lei” (FERRAJOLI, 2002, p. 323).

Outros juízes, por sua vez, acreditam que se agirem de acordo com a sua consciência, estarão assumindo uma postura imparcial diante do caso concreto, e com isso assegurando os direitos fundamentais do indivíduo. No entanto, diante da discricionariedade que lhes é proporcionada pela própria lei, na maioria das situações, acabam realizando uma

interpretação das circunstâncias judiciais do artigo 59, baseada em critérios nitidamente morais, pois, “o juiz é um ser humano. Por traz da decisão encontra-se toda sua personalidade” (ROSS, 2000, p. 168).

Hoje, torna-se impossível passar por cima da idéia de que a sociedade de massa não exclua a manipulação das mesmas. Os mecanismos formais que garantem o funcionamento democrático dessas sociedades, por serem imprescindíveis, não são suficientes para assegurar um protagonismo real dos cidadãos em condições aceitáveis de igualdade. (ZAMORA, 2008)

Onde a refutação é impossível significa que a técnica de definição legal e/ou judicial do que é punível não permite juízos cognitivos, mas apenas juízos potestativos, de forma que a livre convicção não se produz sobre a verdade, mas sobre outros valores.(...) a hipótese legal e/ ou judicial não está formada por proposições que designam fatos, senão por juízos de valor ou de significado indeterminado do tipo: Tício é perigoso (FERRAJOLI, 2002).

Como resultado dos dois posicionamentos supramencionados, ao julgar estritamente vinculado ao que impõe a lei, sem aferir critérios de razoabilidade e proporcionalidade na sua aplicação, o juiz poderá frustrar o dever de proteção que lhe é imposto pelo Estado Democrático de Direito. Por outro lado, ao se deixar guiar por sua consciência, por mais que o juiz se esforce para ser objetivo e imparcial em seu julgamento, ele sempre estará condicionado pelas circunstâncias ambientais que o cercam, e é fato que “sempre se reprimiu e controlou de modo diferente os iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos. A discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade natural” (ZAFFARONI, 2007, p. 81).

Desse modo, encontram-se decisões em que o magistrado acaba julgando a culpabilidade de acordo com o grau de

reprovabilidade do agente e não do ato por este cometido. Também há julgados em que os antecedentes do réu são avaliados de forma contrária ao princípio constitucional da presunção de inocência. Da mesma forma, a conduta social pode prejudicar o réu, acarretando-lhe uma pena mais elevada, mesmo que seu comportamento seja lícito. Por fim, o juiz, mesmo não estando apto a analisar a personalidade do réu, acaba realizando juízos psíquicos do mesmo.

1.2. Uma releitura necessária do papel do juiz na aplicação da pena base no Brasil

Diante do contexto de ilegalidades e incertezas tolerado pelo Código Penal brasileiro, a postura do juiz ao aplicar a pena precisa ser reestruturada de forma a configurar uma posição aceita em um Estado Democrático de Direito. O juiz deve assumir um lugar de destaque em defesa da eficácia do sistema constitucional e da proteção dos direitos fundamentais (LOPES JÚNIOR, 2004).

O juiz já não pode ser concebido (somente) como a boca da lei (*la bouche de la loi*), nem tampouco (exclusivamente) como a boca do Direito, sim, como a boca dos direitos e garantias fundamentais (do indivíduo) positivados na lei, na Constituição e no Direito humanitário internacional. (GOMES, 2007)

Ao avaliar as circunstâncias judiciais de cunho subjetivo do CPB o magistrado tem o dever de obedecer aos princípios garantidores dos direitos humanos fundamentais, de tal sorte que deve assegurar àquele que está sendo julgado um padrão mínimo de proteção.

De todos os significados válidos que podem ser extraídos de um texto legal, deve o juiz eleger o que for mais compatível com os princípios, regras e valores constitucionais e humanitários internacionais (ou seja: o que retratar com maior fidelidade a sua posição de garante dos direitos fundamentais). A sujeição irrestrita do juiz a esse Direito supralegal

implica a adoção de uma postura crítica diante das leis inválidas. Nisso reside sua legitimação democrática assim como a preocupação com sua independência (interna ou externa, política ou funcional). (GOMES, 2007)

O julgador não pode atuar como mero aplicador da lei, ele é, antes de mais nada, o guardião dos direitos fundamentais do indivíduo. É tarefa do poder judiciário impor a observância das normas *jusfundamentais* e das demais normas constitucionais às das leis produzidas pelo Legislativo (TOLEDO, 2003).

O juiz não valora nem determina sua postura ante a possibilidade de interpretações diferentes. O juiz é um autômato. Tem-se como pacífico que é necessário que se ajuste à lei e sua função se limita a um ato puramente racional: compreender o significado da lei (ROSS, 2000).

Isso significa que o juiz, ante a exigência legal de aferição das circunstâncias judiciais de cunho subjetivo na pena base, deve, desde logo, “e em primeiro lugar questionar a compatibilidade do texto legal com a CF e com o Direito humanitário internacional. O juiz já não deve se apegar só à vigência da lei, antes de tudo necessita verificar se ela é válida” (GOMES, 2007).

Do mesmo modo, é inadmissível que ao avaliar os requisitos de natureza subjetiva do artigo 59 do Código Penal, o juiz emita vereditos morais sobre a pessoa do réu. Os juízes penais não estão livres de orientarem-se em sua decisões segundo suas convicções pessoais, mas devem julgar de acordo com a lei maior, ainda quando esta esteja em contraste com suas convicções. (FERRAJOLI, 2002)

Visto que, na realidade o poder punitivo atua tratando alguns seres humanos como se não fossem pessoas e que a legislação o autoriza a agir assim, a doutrina consequentemente com o princípio do Estado de Direito deve tratar de limitar e reduzir ou, ao menos, delimitar o

fenômeno para que o Estado de Direito não desapareça. (ZAFFARONI, 2007)

O magistrado exerce um papel fundamental na aplicação da lei, principalmente no que diz respeito à interpretação conforme a constituição². Para que haja um equilíbrio entre a aplicação da pena e os fins colimados pelo Estado Democrático de Direito é preciso que haja uma adequação entre a avaliação feita pelo juiz e a Constituição.

Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a lei fundamental. (...) O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensejar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo e uma norma que se apresenta como suspeita. (BARROSO, 1999)

O juiz como guardião dos direitos fundamentais deve, portanto, fazer um diálogo entre a Constituição e suas fontes, de forma a trabalhar com a norma que for mais favorável ao indivíduo. O que se espera do magistrado ao fixar a pena base do réu, é “que não fique apenas escravo das leis vigentes, mas que se preocupe em interpretá-la de acordo com a realidade, e não apenas na forma gramatical” (GOMES, 2007). “O direito penal de um Estado de direito não pode deixar de se esforçar e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos sob pena de perder sua essência e seu conteúdo” (ZAFFARONI, 2007, p. 173).

² Metodologicamente isso implica (na prática) que o juiz, quase sempre, tem que proferir duas decisões: primeiro para definir qual é o sentido válido da lei aplicável; depois cuida da adequação do fato a esse Direito. Raciocinando em termos silogísticos: a premissa maior é o Direito fundado na lei, na Constituição e no Direito internacional. Uma vez descoberto o Direito aplicável (a premissa maior), de acordo com essa tríplice dimensão, passa-se para a subsunção do fato (premissa menor). Por último vem a conclusão. Em GOMES (2007).

O magistrado, tampouco, pode se deixar contaminar por paradigmas, comportamentos e valores morais ao prolatar sua decisão, pois dentre os muitos sustentáculos do Estado Democrático de Direito está o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da CF), que estabelece que qualquer comportamento é permitido quando não tipificado na lei como delito.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto conclui-se que o legislador brasileiro não definiu de modo seguro os critérios que o juiz deve utilizar ao avaliar as circunstâncias judiciais de cunho subjetivo do artigo 59 do Código Penal, necessárias para a fixação da pena base.

Ao traçarmos uma análise crítica dessa situação, constata-se que esse espaço deixado para a discricionariedade do juiz poderá, dependendo da postura que este adotar, resultar em análises inconstitucionais, e consequentemente, em uma pena base inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, em nada adianta o Brasil adotar um modelo de Estado cujas diretrizes buscam garantir os direitos humanos fundamentais de seus cidadãos, se ainda é possível decisões judiciais apegadas a critérios inconstitucionais, fato que inevitavelmente afeta a dignidade pessoal do condenado, e lesa o seu conjunto de garantias processuais.

Portanto, o julgador assume um papel de extrema relevância na análise dessas circunstâncias judiciais, pois, se a lei lhe concede um amplo espaço para a discricionariedade, este deve ser preenchido com uma avaliação que incorpore os ideais do Estado Democrático de Direito.

A tarefa de calcular a pena base deve ser analisada como um procedimento dos mais complexos no exercício do poder punitivo do Estado, uma vez que, se a cominação de uma pena não pode se fundar em critérios matemáticos, é na

legitimidade da atividade judicial e nas garantias do sistema que ela deve se pautar.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, J.C.V. de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra, Almedina, 1992.

BARROSO, L.R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 3 ed. Rio de Janeiro, Saraiva, 1999.

BOSCHI, J.A.P. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 2 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

DORNELLES, J.R.W. **Conflito e Segurança**: Entre pombos e falcões. 2 ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, L.F. **Limites do "ius puniendi" e bases principiológicas do garantismo penal**. 10 abril 2007. Disponível em: <www.lfg.blog.br> Acesso em 18/11/2009.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2004.

KELSEN, H. **O que é justiça?** A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência. Tradução Luis Carlos Borges. Martins Fontes, São Paulo, 2001.

LOPES JÚNIOR, A.C.L. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

LOPES, M.A.R. **Princípios políticos do direito penal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PACHUKANIS, E.B. **Teoria do Direito e Marxismo**. São Paulo, Editora Acadêmica, 1988.

RANGEL, P. **O garantismo penal e o aditamento à denúncia**. In *Jus podium* novembro 2000 Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B3859>

93ED-8FEA-4256-9EA3-25B1B5F394C3%7D_039.pdf Acesso em 31/08/2013.

ROSS, A. **Direito e Justiça**. Bauru, Edipro, 2000.

SANTOS, B.S. **Sociologia crítica de la justicia**. Bogotá. ISLA, 2009.

SHECAIRA, S.S.; CORRÊA JÚNIOR, A. **Teoria da pena**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

TOLEDO, C. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo, Landy Editora. 2003.

ZAFFARONI, E.R. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, Renavan, 2007.

ZAMORA, J.A. **Th. W. Adorno: Pensar contra a barbárie**. São Leopoldo, Editora Nova Harmonia, 2008.