

A SUBJETIVIDADE NO CÁLCULO DAS SANÇÕES: as consequências nas vidas dos apenados

Débora Scheffer¹

Gustavo de Almeida Alves²

João Gabriel de Castro Voltaire³

João Marcelo Ribeiro Ferreira⁴

Maria Clara Leiroz Toledo⁵

Mateus Mansueto Fortini Junqueira⁶

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as relações entre a subjetividade da dosimetria da pena e a imprevisibilidade na fixação de sanções nas vidas dos apenados, bem como identificar a fundamentação utilizada por juízes apontando as possíveis consequências quando feita de forma relativa. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica e documental. Por fim, conclui-se que, após a análise normativa de como é feita a dosimetria e as consequências no direito e na sociedade de uma aplicação subjetiva, é de extrema importância que a pena seja aplicada de forma

¹ Graduanda do terceiro período do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Junior. E-mail: schefferdeborajf@gmail.com

² Graduando do terceiro período do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Junior. E-mail: gustavo.2002.alves@gmail.com

³ Graduando do terceiro período do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Junior. E-mail: joagabrielvoltaire@gmail.com

⁴ Graduando do terceiro período do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Junior. E-mail: joamarcelorferreira2004@gmail.com

⁵ Graduanda do terceiro período do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Junior. E-mail: maria.09.toledo@gmail.com

⁶ Graduando do terceiro período do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Junior. E-mail: mansuetomateus@gmail.com

fundamentada, respeitando o princípio da individualização da pena, e que a subjetividade seja abordada por meio da implementação de políticas e práticas mais objetivas e justas entre os profissionais do sistema de justiça criminal, as quais mitigariam a desproporcionalidade da aplicação de penas sobre as parcelas da população historicamente desfavorecidas.

PALAVRAS-CHAVE: DOSIMETRIA. SUBJETIVIDADE DA PENA. SEGURANÇA JURÍDICA. DESPROPORCIONALIDADE.

INTRODUÇÃO

De acordo com o jurista Zaffaroni (2018), o direito penal teria a função inequívoca de preservar a segurança jurídica no contexto social, portanto, compreende-se que a intervenção penal afeta duplamente a segurança jurídica, levando em conta a sua interferência no aspecto de "alarme social", e no critério de segurança social. Entretanto, o texto legal prevê uma série de critérios taxativos e obrigatórios aos quais os magistrados devem atender para que sejam fixadas as punições relativas a determinados delitos. A esse respeito, exemplifica-se a matéria do art. 59 do Código Penal Brasileiro, a qual dispõe sobre as circunstâncias judiciais que o julgador deve levar em consideração ao estabelecer um marco penal que vise à reprovação e à prevenção do crime em questão. Tal deliberação atua como via de regra, podendo ser contornada por leis especiais penais a depender do contexto, tratando-se de escassas exceções.

Embora os aspectos relevantes à análise judicial sejam destacados pela própria norma, a sua exatidão, por vezes, é puramente formal. No que tange a um exemplo concreto, a interpretação do togado pode assumir múltiplos arquétipos, os quais não irão necessariamente contrariar o ordenamento jurídico, mas também podem ou não ir a favor da jurisprudência usualmente adotada naquela comarca.

Essa ramificação nas possibilidades de decisão indubitavelmente irá influenciar no desfecho dos processos, assim como no cálculo da pena expedida por eles, de modo a fomentar uma clara incerteza na emissão de pareceres. Esse cenário inerentemente torna o processo penal maleável e inconstante, indo na contramão do formato taxativo e sólido, fatores que deveriam ser indissociáveis ao exercício do Direito Penal, uma vez que ele seria, conforme salientado pelo Prof. Cezar Roberto Bitencourt, a “última ratio” na proteção dos interesses de maior importância. Tratando-se de um ramo do direito no qual a matéria prima trabalhada é majoritariamente o tempo de vida dos apenados, torna-se notória tal incongruência. Vale ressaltar a diferença sabida entre a impossibilidade de prever todos os acontecimentos sociais e a evidente falta de legislação para determinados termos, ambos contextos supridos pela figura do magistrado.

Nesse viés, é evidente que o procedimento de composição de um parecer judicial não é puramente arbitrário, como demonstrado pelo artigo citado no primeiro parágrafo e ressaltado pelo art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo o qual todos os julgamentos presididos pelo Poder Judiciário terão suas decisões motivadas e fundamentadas, sob pena de nulidade. No entanto, é notória a frequência com a qual a legislação deixa pontos vitais do julgamento a critério da interpretação e fundamentação do juiz, contextos nos quais o ofício judicial e o exercício puramente hermenêutico costumeiramente se apresentam como um “fio de Ariadne” do problema, mas que, evidentemente, abrem margem para determinados problemas.

O trabalho possui como objetivo analisar as relações entre a subjetividade da dosimetria da pena e a imprevisibilidade na fixação de sanções nas vidas dos apenados e identificar a fundamentação utilizada por juízes apontando as possíveis consequências quando feita de forma relativa. A metodologia utilizada são fontes bibliográficas e documentais, abrangendo artigos científicos, livros e demais pesquisas, bem como fontes positivadas do direito, a exemplo da Constituição Federal e de tratados internacionais.

Para isso, optou-se por estruturar a pesquisa em três partes. No primeiro

momento, será elucidado como é feita a dosimetria, seus conceitos, sua aplicação e as consequências geradas por uma aplicação indevida. Após, demonstrar-se-á como é danosa a pena quando aplicada de forma subjetiva, colocando em questão as divergências nas penas aplicadas aos apenados. E, por fim, a terceira parte abordará como a subjetividade da dosimetria tem influência no direito e na sociedade.

1 DOSIMETRIA: CONCEITOS, APLICAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS

A dosimetria da pena, consiste no cálculo da pena através do método trifásico, o que divide a pena em três fases para chegar na final, definindo qual pena, qual regime, e quanto tempo o penado irá cumprir. Por isso, é importante ressaltar que sua aplicação deve ser feita de forma humana e justa, uma vez que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal também são assegurados aos detentos.

Por conseguinte, lembra o professor César Roberto Bitencourt (2022), que ao contrário dos tempos medievais, a primeira reação do Direito Penal moderno ao arbítrio judicial foi a adoção da pena fixa, representando o “mal justo” em conformidade com o “mal injusto” praticado pelo infrator. Dessa forma, conclui-se que um dos maiores males do Direito Penal anterior ao iluminismo foi a injusta concentração de poder nas mãos dos juízes, exercício de forma arbitrária, em detrimento da Justiça e a serviço do autoritarismo medieval.

Além disso, Bitencourt (2022) retrata que o Código Penal francês de 1810, que impôs limites mínimos e máximos que podem variar a mensuração da pena, serviu como ponto de partida para as legislações modernas, fixando os limites dentre os quais o juiz deve fundamentar a pena aplicável ao caso concreto, através do princípio do livre conhecimento. Essa orientação é conhecida como individualização da pena e ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa, individualização judicial e a individualização executória. Logo, o autor destaca que a mais interessante

neste momento é a individualização judicial, ou seja, a aplicação da pena cominada ao caso concreto.

Analogamente, o autor Salo Carvalho (2020) traz o argumento de que os valores da tolerância e do respeito à diversidade definem uma nova racionalidade jurídico-penal que será moldada a partir de uma matriz radicalmente oposta ao inquisitorialíssimo, identificada como sistema de garantias.

Também, é importante destacar que no campo político-penal os direitos podem ser identificados em duas dimensões: a esfera individual e a esfera da vida privada. No âmbito individual, o objeto de tutela é a livre manifestação do pensamento, da liberdade de consciência, de crença religiosa, de convicção política ou filosófica. No âmbito da vida privada, o objeto de proteção é a própria intimidade, a inviolabilidade do homem no seu local de vida. Conforme Cernicchiaro e Costa Júnior (apud CARVALHO, 2020, p. 274):

Os direitos concernentes à esfera individual se destinam à proteção da personalidade dentro da vida pública.

Trata-se do cidadão no mundo, do 'eu social', relacionado com seus semelhantes. Na vida privada, cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de seu retiro, em seu mundo particular, à margem da vida exterior. Trata-se do cidadão na intimidade ou no recato, em seu isolamento moral, convivendo com a própria individualidade.

Ainda, o autor César Roberto Bitencourt (2022) explica que, nos tipos penais, há os elementos essenciais, ou seja, fatores que integram a descrição da conduta típica; e as circunstâncias acidentais, as quais influenciam na dosagem final da pena, ou seja, são dados, fatos, elementos ou peculiaridades que apenas circundam o fato principal, não integram a figura típica.

Os elementares são componentes do tipo penal, enquanto as circunstâncias acidentais são chamadas de acidentais, pois podem ou não existir e são moduladoras da aplicação da pena, ou seja, não constituem nem qualificam o crime. Na doutrina, são conhecidas como circunstâncias judiciais, que são usadas para o cálculo da pena

na primeira fase; as circunstâncias legais, utilizadas para cálculo da segunda fase; e as causas de aumento e de diminuição da pena, usadas na terceira e última fase para calcular a dosimetria. (BITENCOURT, 2022).

Assim, para a aplicação da referida primeira fase, a qual utiliza as circunstâncias judiciais, são analisados pelo juiz os seguintes elementos: a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do agente, aos motivos, as circunstâncias e consequências do crime, com base no caput do artigo 59 do Código Penal. Segundo Luís Alberto Warat (apud CARVALHO, 2020, p. 271), “princípio de índole liberal [princípio da secularização], e fundamentador do modelo napoleônico de direito, desqualifica a imposição de pena baseada na culpabilidade estabelecida pela conduta de vida, pela personalidade ou pelo caráter do autor”.

Complementa César Roberto Bitencourt (2022), expondo que quem é capaz de relatar a personalidade do sujeito são aqueles formados em Psicologia ou psiquiatria, já o magistrado possui dificuldades técnicas para descrever a personalidade do réu, ou seja, não há preparo técnico em caráter institucional além de não possuir tempo para conseguir realizar um estudo profundo sobre. Sendo assim, o juiz não possui condições de avaliar cientificamente a personalidade do criminoso. Finaliza relatando que essa circunstância judicial é uma das mais polêmicas, pelo fato de o sujeito ser julgado pelo o que ele é, e não pelo o que ele fez, fazendo-se absolutamente incompatível com o direito penal da culpabilidade, o qual é um direito penal do fato.

Ademais, o jurista explica que, para as instâncias de controle, ao terem essa interpretação, não importa o que se fez, e sim quem fez, ou seja, a punição não é pela prática do fato, mas sim pela qualidade, personalidade, ou caráter de quem faz. Sendo assim, ao destacar o status ou personalidade do acusado, vai-se muito além da intenção de controlar a criminalidade financeira ou tributária, já que representam, sem sombra de dúvida, a obediência a um modelo político-criminal violador não só dos direitos fundamentais do ser humano, mas também a substituição de um modelo de direito penal do fato por um modelo de direito penal de autor, proscrito nos Estados Democráticos de Direito.

Após determinar a pena base, prossegue-se à segunda fase, na qual são analisadas as circunstâncias legais, sendo elas: agravantes (fatores que aumentam a pena) e atenuantes (fatores que diminuem a pena). Nessa análise, é observado sempre se não constituem elementares, qualificadoras, ou causas de aumento ou de diminuição de pena, para que não ocorra a dupla valoração. Contudo, no Código Penal, não é estipulada a quantidade em que a pena deve ser diminuída ou aumentada com as circunstâncias legais, portanto, isso fica a critério do juiz, podendo adotar o critério do 1/8, e sempre atento ao artigo 67 CP, o qual expressa sobre as circunstâncias preponderantes (BITENCOURT, 2022).

Para finalizar, o autor supramencionado explica que na última fase da fixação da pena há as minorantes e as majorantes, que também são causas modificativas da pena, porém, diferentemente das atenuantes e das agravantes, o legislador estabelece quantidade fixa de quanto será o aumento ou a redução da pena. Desta forma, são encontradas na parte geral e especial do Código Penal.

Complementa Ney Moura Teles (2004), dissertando que esses fatores incidem sobre o total calculado na segunda fase e podem ultrapassar o limite mínimo ou máximo da pena-base. No caso de haver duas ou mais causas de diminuição ou aumento, a depender da situação concreta, o magistrado poderá aplicar todas ou apenas uma, de forma fundamentada.

Desse modo, César Roberto Bitencourt (2022) expõe que a individualização da pena, uma conquista do Iluminismo, ganhou um espaço constitucional (art. 5º, XLVI, da CF), assegurando uma das chamadas garantias criminais repressivas, que exige absoluta e completa fundamentação judicial. Como afirmava Hungria (apud BITENCOURT, 2022, p. 843), “o que se pretende é a individualização racional da pena, a adequação da pena ao crime e à personalidade do criminoso, e não a ditadura judicial, a justiça de cabra-cega [...]”. Nesse sentido, o referido autor relata que:

[...] todas as operações realizadas na dosimetria da pena, que não se resumem a uma simples operação aritmética, devem ser devidamente

fundamentadas, esclarecendo o magistrado como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração. (BITENCOURT, 2022, p. 843)

Em vista disso, Bitencourt (2022) discorre que, caso o juiz não fundamente ou não analise as circunstâncias judiciais, ocorrerá nulidade absoluta de sua decisão. Por entendimento jurisprudencial majoritário, caso a pena seja fixada no mínimo legal e não tiver fundamentação da pena, não ocorrerá nulidade da decisão. Porém, a fixação da pena no limite mínimo permitido, sem a devida fundamentação, viola o direito de acusar e o princípio constitucional da individualização da pena, que, em outros termos, significa dar a cada réu a sanção que merece. Desta forma, a ausência de fundamentação tem que gerar nulidade, mesmo que a pena seja fixada no mínimo.

Contudo, o autor deixa claro que a individualização da pena, segundo a Constituição (art. 5º, XXXIX e XLVI), encontra seus limites na lei ordinária. Por isso, é inconstitucional deixar de observar os limites legais, por violar os princípios da pena determinada e da sua individualização, e inclui nessa vedação o ato de deixar de aplicar atenuante legal, mesmo que a pena-base não possa ser fixada abaixo do mínimo cominado.

Por fim, ainda o autor supramencionado disserta sobre a Súmula 718 do STF, a qual diz que a opinião do julgador sobre a gravidade do delito não possui motivação idônea para que haja imposição de um regime mais severo do que permitido diante a pena aplicada, ou seja, o Supremo, através dessa súmula, colocou fim nas opiniões pessoais de determinados julgadores que não possuem respaldo legal. Finaliza dizendo sobre a Súmula 719, a qual deve ser revogada logo, por se tratar de um aspecto ilegal, que é quando o juiz impõe um regime mais severo do que a pena aplicada, devendo este motivar sua decisão de maneira idônea, ou seja, isentando-se dessa atitude, mesmo se tiver fundamentação.

1 A SUBJETIVIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

Para iniciar a análise acerca da subjetividade no momento de aplicação da pena, vale ressaltar que ela se dá somente porque o legislador brasileiro, ao editar o Código Penal (1940), optou por, no momento de realização da dosimetria, uma análise das circunstâncias previamente estabelecidas pelo julgador do caso concreto, atribuindo a elas um valor que ficaria a seu critério, desde que sempre de forma fundamentada, com exceção das majorantes e minorantes que carregam consigo valor determinado de aumento ou diminuição.

No entanto, ao se tratar da subjetividade na aplicação da pena, não é possível limitar-se apenas à sanção em quantidade de tempo, havendo também a necessidade de discorrer sobre o regime inicial a ser cumprido e a perspectiva de substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de punição, quando possível.

Nesse sentido, afirma Rodrigo Roig (2015) que os critérios adotados pelo Brasil para todo o processo de dosimetria advêm da Reforma Penal de 1984, que se deu em meio a diversos processos sociopolíticos ao longo do período de exceção democrática, que se iniciou com o golpe de 1964. O autor explica que, diferentemente do Código de 1940:

[...] que em seu art. 42 limitava a individualização penal à fixação das penas aplicáveis dentre as cominadas e da quantidade da pena nos limites legalmente estabelecidos, a nova parte geral amplia a discricionariedade judicial também para a apreciação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e da eventual substituição desta por outra espécie de pena, se cabível. (ROIG, 2015, p.27).

Dando continuidade, elenca o jurista Salo Carvalho (2020) que as modalidades de pena adotadas pela Constituição Federal são: a privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Observadas todas as formas de se punir o delito, ficará a critério do julgador

no momento de dosimetria aplicá-las ou não, por óbvio que, fundamentando sempre suas decisões em respeito ao princípio da motivação das decisões judiciais. Caberá ainda ao juiz do caso determinar o regime inicial ao qual o apenado será submetido entre aberto, semiaberto e fechado

Diante do exposto, o autor segue informando que a subjetividade no momento em que é aplicada a sanção não surgiu no Brasil e em uma escala maior de tempo se mostra recente nos ordenamentos jurídicos internacionais, uma vez que afirma:

As penas substitutivas à prisão, na modalidade de prestação de serviços à comunidade, foram criadas pelo Código Penal soviético de 1926 (art. 20, d e art. 30). Reproduzidas nos ordenamentos penais do leste europeu – Código Penal búlgaro (art. 24), Código Penal polonês (art. 33) –, posteriormente foram transnacionalizadas para os demais países ocidentais – v.g. Bélgica (1963), França (1970), Alemanha (1975), Itália (1975), Portugal (1977) e Espanha (1980). O entendimento prevalecente de que “a experiência com o sistema institucional resultou, sabidamente, negativa, restando a personalização como deletéria, até porque componente causal da reincidência”⁵³², projetou a tentativa de “humanizar o Direito Penal recorrendo a novas medidas que não o encarceramento”. (CARVALHO, 2020, p. 298).

Complementa ainda o autor orientando sobre os perigos decorrentes de um processo tão subjetivo quanto a dosimetria, e afirma que:

[...] com razoável margem de precisão, a partir da revisão bibliográfica e da análise jurisprudencial realizada sobre a matéria⁵⁸⁹, que os problemas centrais na aplicação judicial da pena estão relacionados diretamente com a violação dos princípios constitucionais instrumentalizadores, ou seja, as nulidades mais frequentes são decorrentes da ausência de fundamentação e da sobreposição ou supervalorização das circunstâncias incriminadoras (bis in idem). Importante dizer que os problemas processuais ganham maior evidência em razão de sua maior concretude. Além disso, qualquer violação à forma implica, necessariamente, uma violação ao conteúdo dos direitos protegidos. (CARVALHO, 2020, p. 322)

Para melhor entendimento dessa subjetividade na prática deve-se antes entender como ela se mostrar durante o processo de dosimetria da pena. Começando pela primeira análise, na qual se estabelece a chamada pena base, cabe ao julgador analisar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Dessa forma, cada julgador pode analisar um mesmo caso de formas diversas.

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 previstos;
- III - [...];
- IV - [. . .]. (BRASIL, 1940)

Nesse mesmo viés, Rogério Greco (2015) diz que cada uma das circunstâncias judiciais deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica, uma vez que tanto o réu quanto o Ministério Público devem entender os motivos pelos quais o juiz fixou a pena-base naquela quantidade exata. É entendido que se o juiz fixou a pena-base acima do mínimo legal é direito saber o porquê dessa pena, que futuramente poderá ser objeto de ataque quando de seu recurso.

A subjetividade ainda continua na segunda fase da dosimetria, pois, após fixada a pena-base, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, que estão previstas nos artigos 61 e 65 da Parte Geral do Código Penal.

Rogério Greco (2015) ainda explica como a possibilidade de se reduzir a pena-base aquém do mínimo ou de aumentá-la além do máximo nesse segundo momento de fixação da pena tem sido objeto de muita discussão. O STJ, por intermédio da Súmula número 231, expressou seu posicionamento no sentido de que "a incidência

da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". (BRASIL, 1999).

É dito que tal interpretação é adversa à lei, pois o artigo 65 não excepciona sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal, pelo contrário, pois, no artigo 65, afirma que são circunstâncias que sempre atenuam a pena. Para Greco (2015, p. 631):

O argumento de que o juiz estaria legislando se reduzisse a pena aquém do mínimo ou a aumentasse além do máximo não nos convence. Isso porque o art. 59 do Código Penal, que cuida da fixação da pena-base, é claro em dizer que o juiz deverá estabelecer a quantidade de pena aplicável nos limites previstos. O juiz jamais poderá fugir aos limites determinados pela lei na fixação da pena - base. Contudo, tal proibição não se estende às demais etapas previstas pelo art. 68 do Código Penal. (GRECO, 2015, p. 631)

Além disso, caso a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, não há possibilidade de se reconhecer eventuais circunstâncias atenuantes, evitando a redução da pena abaixo do mínimo legal, de acordo com a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça ("A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"). (BRASIL, 1999)

Ademais, com exceção das agravantes e atenuantes preponderantes que devem ter um valor maior que as demais, o julgador pode estipular valores distintos tanto para as agravantes e para as atenuantes, porém, na maioria das vezes, deve-se respeitar o entendimento do STF, que limita a fração de 1/6 com base na pena base.

2 A INFLUÊNCIA DA SUBJETIVIDADE DA DOSIMETRIA NO DIREITO E NA SOCIEDADE

Haja vista o exposto nos tópicos 1 e 2, torna-se evidente a influência que preceitos arbitrários exercem sobre a realização da dosimetria e, por conseguinte,

sobre a fixação das penas e de seus regimes de cumprimento. Da aplicação do critério do 1/8 até a ponderação entre atenuantes e agravantes, verificam-se aspectos que ficam à mercê dos critérios pessoais atendidos por determinado julgador.

Nesse viés, a Constituição Federal é categórica com relação à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, como forma de profilaxia a um eventual abuso de poder por parte do julgador. O instituto tem por objetivo conferir legitimidade às decisões judiciais, mediante exposição e defesa da linha de raciocínio adotadas pelo juiz ao determinar uma sentença, tornando pública a viabilidade do ato decisório.

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, 2004)

Conforme o ideário de Flavio Pedron (apud BOMFIM; BAHIA, 2021), a fundamentação estimula o magistrado a um raciocínio de correção, em que se caracteriza o ônus de provar que a decisão é a melhor para o caso concreto, pois enfrenta todos os pontos apresentados, além de propiciar o contraditório e de efetivar o caminho lógico-jurídico-argumentativo das razões determinantes da adoção da tese adequada.

Sob tal perspectiva, o instituto da fundamentação e motivação das decisões judiciais torna-se imprescindível para a formulação de uma síntese ideal. Nessa hipótese, a exposição do ato decisório ao contraditório implicaria numa sentença “polida”, que se adequaria tanto ao texto positivado no ordenamento quanto às especificidades trazidas à tona por cada caso concreto.

No entanto, a linha que difere uma fundamentação adequada de uma inócua é nebulosa. Torna-se crível a hipótese de dois pareceres a respeito de casos

semelhantes serem interpretados como adequadamente fundamentados, embora tomem rumos distintos.

A manutenção da jurisprudência no direito brasileiro mitiga até certo ponto o surgimento desordenado de novos entendimentos sobre os mais variados assuntos, evitando, na medida do possível, a completa ramificação das linhas de raciocínio dos tribunais. O estabelecimento do entendimento mor adotado por um tribunal acaba por manter certa coesão nas decisões judiciais, conforme exposto pela professora Maria Helena Diniz (1993, p. 374):

[...] jurisprudência é o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultante da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares e idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional.

Embora haja tal controle sobre os entendimentos dos tribunais em termos de direito penal, os fatores subjetivistas, expostos nos tópicos 1 e 2, acabam se sobressaindo, de modo que, embora dado tribunal tenha claro posicionamento acerca de determinado assunto, o juiz ainda assim possuiria plenos poderes para articular a sua decisão. Esse entendimento, juntamente à inexistência de consenso do que viria a ser uma fundamentação adequada, confere aos magistrados uma ferramenta poderosíssima. O supramencionado fomenta uma série de contratempos, tanto para a sociedade quanto para o direito em si.

Dentre tais reflexos, destacam-se as seguintes questões: a insegurança jurídica relacionada à imprecisão das decisões judiciais e o uso da prerrogativa judicial para a reafirmação de preconceitos enraizados na sociedade.

Vale ressaltar o instituto da segurança jurídica como um dos fatores preponderantes à manutenção do Estado de Direito, haja vista que o mesmo preza pela preservação das relações de causa e efeito, fundamental à criação de um ordenamento jurídico coeso e eficiente. Ainda nessa linha de raciocínio, o jurista

brasileiro José Afonso da Silva (2006, p. 133) evidencia:

[...] a segurança jurídica consiste no 'conjunto de condições que tornam possível as pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas dos seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida'. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

Tratando-se de uma ciência deontológica, é natural que o direito possua carga notadamente subjetiva. Dessa forma, tanto a abstratização exagerada dos institutos quanto a aplicação direta e irredutível das normas objetivas representariam um cataclisma sem precedentes à prestação do dever jurisdicional, mostrando-se indispensável a ponderação no meio normativo.

Ou seja, é necessária a ocorrência de contra balanços para manter o ordenamento funcional. Tanto é necessária a tendência da relativização de certas normas em abstrato para que elas sejam aplicadas no plano concreto, quanto é necessária a irredutibilidade de certas normas para que o texto legislativo não passe, por exemplo, a ferir o “Princípio da Anterioridade”, vide o raciocínio do professor José dos Santos C. Filho (apud SILVA, 2011, p.17):

[...] o princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo a atividade é ilícita.

A partir dos termos citados, juntamente ao exposto nos tópicos 1 e 2, verifica-se que a subjetividade da dosimetria é proposital, tendo por finalidade central o julgamento em conformidade com as demandas que cada caso concreto exige. Análogo a isso, esse mesmo instituto acaba por proporcionar certa dicotomia com relação à mensuração das penas, uma vez que os mesmos fatores que a própria redação da lei exige que sejam avaliados acabam ficando à mercê da doutrina

atendida por cada julgador.

O caso mais evidente do exposto é a avaliação de personalidade e condutas sociais na dosimetria (vide tópicos 1 e 2), que juntas provocam aumento da pena provisória em 20%. Parte da jurisprudência entende que elas devem ser levadas em consideração e a outra parte não entende dessa forma. Nesse viés, o acusado pode ou não receber esse acréscimo a depender diretamente da forma como o juiz enxerga o caso, o que culmina num eventual acréscimo ou não na sua pena, unicamente condicionado ao fator “sorte”.

O exposto acima trata-se apenas de um microcosmos, de modo que a questão da insegurança jurídica se estende a outros critérios. Contudo, a partir do exemplo, evidencia-se a posição dos órgãos judiciais, que possuem plenos poderes para adotarem critérios puramente punitivistas ou não. Parte do questionamento, nesse contexto, advém do fato de o magistrado julgar questões que fogem à sua competência (fatores psicológicos). Em suma, entende-se a personalidade como um fator que não seria um conceito jurídico, mas sim pertencente a outras áreas, não devendo sequer ser abordado no ato decisório, salvo em casos de perícia ou de *Amicus Curiae* (TELLES, 2004)

É importante também analisar como o judiciário brasileiro atua na reprodução do preconceito racial, além de identificar como o racismo interfere na justiça relacionada à aplicação das penas. Compete também ao devido processo legal o dever de fundamentação das decisões pelos magistrados, nos termos do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CIDH, 1969) - direito a um processo equitativo, pois se ocorrer violação a essa regra, estaremos diante de um processo nulo (TORTATO, 2020). A subjetividade da pena pode levar a um viés inconsciente ou consciente, levando a tratamentos diferenciados com base na raça ou classe social dos envolvidos no sistema de justiça criminal. Isso pode resultar em uma maior vigilância e criminalização de certos grupos raciais e de baixa renda, além de penas mais diversas e desproporcionais para esses grupos.

Além disso, a subjetividade pode se manifestar na tomada de decisões em

relação à liberdade condicional e às sentenças. A falta de objetivos e a influência de estereótipos e preconceitos podem levar a resultados desiguais, nos quais pessoas de diferentes raças e classes sociais enfrentam tratamentos discrepantes.

A desigualdade racial e de classe também pode ser intensificada devido à falta de recursos para uma defesa adequada. Pessoas de baixa renda muitas vezes não têm acesso a advogados competentes, o que pode prejudicar seu caso e resultar em penas mais diversas. Isso afeta desproporcionalmente comunidades racialmente minoritárias e de baixa renda, portanto, é verossímil concluir que o sistema judiciário atua na reprodução do racismo ao desacreditar das denúncias realizadas pela população negra e acreditarem numa ideia de democracia racial inexistente. Atualmente, de acordo com Thiago Brandão Peres (2017), Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (IESP-UERJ), os presos são, em sua maioria, negros, e em média, nas cadeias brasileiras, o percentual de raça/cor/etnia negra atinge 67%. No Acre, Amapá, Bahia e Amazonas, aproximadamente nove entre dez presos são negros. Além disso, o racismo interfere na justiça relacionada à aplicação das penas de forma a estigmatizar e rotular os negros como criminosos, colocando-os à margem da sociedade.

Para combater essas desigualdades, é necessário abordar a subjetividade da pena por meio da implementação de políticas e práticas mais objetivas e justas, além de promover a diversidade e a sensibilização entre os profissionais do sistema de justiça criminal. É fundamental buscar a equidade no tratamento de todos os indivíduos, independentemente de sua raça ou classe social.

CONCLUSÃO

A partir de uma análise normativa das fases da dosimetria e de como é feita sua aplicação, seus conceitos e suas consequências, conclui-se que é de extrema

importância a fundamentação correta, feita pelo juiz, e, principalmente, que este respeite o princípio da individualização da pena, para que não se aplique uma pena de forma subjetiva.

Em relação ao observado no modelo trifásico de cálculo da pena, faz-se possível perceber extensa variedade de elementos e critérios subjetivos que o magistrado possui ao seu dispor, o que, conseqüentemente, pode acarretar divergências nas penas aplicadas aos apenados, trazendo à tona o grande desafio que é a subjetividade na dosimetria da pena.

Por fim, a arbitrariedade permite a ascensão de preconceitos e eventualmente ideais extremistas, os quais evidentemente vem à tona no momento decisório. Em suma, quesitos étnicos e de classe estão intimamente ligados à insegurança jurídica sentencial, de modo que o sistema é notoriamente falho quanto à aplicação de sanções, fomentando a marginalização de determinadas parcelas da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 mai. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Súmula 231** do STJ - A incidência da circunstância.....1999. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf. Acessado em 23/05/2023.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. São Paulo: Saraiva; Jur, 2022.

BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. O dever de fundamentação das decisões judiciais: a relativização dos limites entre common law e civil law no CPC. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 213-236, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p213.pdf. Acesso em: 29 mai. 2023.

CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Niterói: Impetus, 2015.

PEREZ, Thiago Brandão: Criminalização de jovens, negros e pobres: um retrato do sistema penitenciário brasileiro, **Nexo Jornal**, 2017. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/ensaio/2017/Criminaliza%C3%A7%C3%A3o-de-jovens-negros-e-pobres-um-retrato-do-sistema-penitenci%C3%A1rio-brasileiro> Acesso em: 29 mai. 2023.

ROIG, Rodrigo Duque E. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros, 2ª edição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Rômulo Lima. Princípio da legalidade: Estudo didático, permitindo que o leitor possa compreender o referido assunto. Desmonstrando a necessidade da aplicação da legalidade em face da Administração Pública. **Revista Direito Net**: 7 jan. 2011. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6151/Principio-da-legalidade>. Acesso em: 29 mai. 2023.

TELES, Ney. **Direito penal, parte geral**, v1: São Paulo, São Paulo: Editora Atlas, 2004.

TORTATO, Carla Juliana. **Críticas ao processo Penal**. Curitiba, Paraná: Inter Saberes, 2021.

ZAFFARONI, E.R; PIERANGELI, J. H. **Manual do Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.