

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Isabel Cristina Pinto

A INFLUÊNCIA DE CONDICIONANTES
EXTRAJURÍDICOS FACE À SUBJETIVIDADE NA
DOSIMETRIA DA PENA

Passo Fundo
2015

Isabel Cristina Pinto

A INFLUÊNCIA DE CONDICIONANTES
EXTRAJURÍDICOS FACE À SUBJETIVIDADE NA
DOSIMETRIA DA PENA

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Ms. Renato Fioreze.

Passo Fundo
2015

AGRACEDIMENTOS

Tradicionalmente as mais belas e pomposas palavras deveriam preencher este espaço, dispostas a elucidar toda minha gratidão àqueles que me incentivaram, como o próprio título sugere. Contudo, nem essas o conseguiriam. Ademais, considero que gratidão é sentimento grandioso para ser expresso em palavras. Gratidão deve ser demonstrada por atitudes.

Pelo fim desta etapa, sinto-me agradecida, pois sem sua ajuda tudo teria sido deveras mais difícil. Agradeço: a meu pai Clodomir e a minha mãe Margarete, pois me ensinaram a sempre seguir em frente, não importando o quão grande pudesse ser meu medo. Apoiaram-me em todos os momentos, estando certa ou errada, sempre estiveram ao meu lado. Amo vocês e me orgulho em dizer que sou sua filha.

A minha irmã Lucia, a qual poderia dedicar intermináveis palavras de apreço, e nem assim seria capaz de fazê-la compreender meu sentimento. Você representa, puramente, a essência de tudo o que admiro nesta vida. Amo-te minha irmã e agradeço todos os dias por sermos parte uma da outra. A meu filho Vicente Gabriel, o milagre de minha vida, nascemos um do outro, somos partes de um mesmo ser, por ti dei minha vida, por ti nasci de novo, e por nosso amor seguiremos sempre juntos. Meu amor, minha esperança, minha alegria, tudo o que sou capaz de sentir aprendi com você. Você é o que mais amo em minha vida.

A minha afilhada Maria Luiza, semente de meu juízo. Minha filha por opção, minha filha de coração. A doce e arteira que amo incondicionalmente. A doce e arteira da qual estarei sempre junto.

A meu companheiro Daniel, por seu tempo e paciência, bem como por sua falta de tempo e paciência. Contigo aprendi que conquistas só vêm após batalhas. Contigo aprendi que não devo depositar em outras pessoas as expectativas que apenas eu sou capaz de corresponder. Contigo aprendi a ser forte, a ser verdadeira e a ser incansável.

Aos meus padrinhos, Marilene e Luis Carlos, e a meus avós Vivaldino e Olvid, por seu apoio incondicional.

A minha amiga e colega Maitê Letícia Mezzomo, e a minha prima Vanessa Hoppe Fioravanço, por sua disposição, dedicação e companheirismo, por seu apoio moral e prático, por fazerem parte de minha vida.

A todos meus mestres, indispensáveis à minha compreensão de que o conhecimento é relativo, estando em constante crescimento e mutação. Em especial, ao Professor Mestre Renato Fioreze, inspiração deste trabalho há vários semestres, antes mesmo de ser meu orientador.

Ao Universo, às Forças Divinas, às Energias, simplesmente por fluírem, dando movimento à vida, e me levando de encontro aos acasos e descasos.

“VERDADE

A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.

E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os dois meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram a um lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em duas metades,
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
As duas eram totalmente belas.
Mas carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”

Carlos Drummond de Andrade

“Os sábios têm razão quando pensam que os homens de todas as épocas imaginavam *saber* o que era bom e mau. Mas é um preconceito dos sábios acreditar que *agora* estamos *mais bem* informados a respeito do que em qualquer outra época”.

Frederich Nietzsche

RESUMO

O presente estudo analisa a influência qualitativa de condicionantes extrajurídicos no momento da dosimetria da pena. Objetiva-se estudar hipóteses que possibilitem equilíbrio nas decisões judiciais, evitando-se a padronização ideológica de penas. Contudo, estabelecer um padrão de justiça, considerando a influência subjetiva que sofre o magistrado no ato de julgar, é alvo de discussões em face da interdisciplinaridade do tema. Para tanto, utilizar-se-ão, os métodos de abordagens hermenêutico e fenomenológico, posto que melhor adaptam-se. Pelo método hermenêutico atenta-se para a interpretação dos textos normativos e da atribuição de seus sentidos. Pelo método fenomenológico faz-se uma releitura do mundo fático por meio das contradições inerentes as ciências criminais, considerado a existência de tantas realidades quantas interpretações lhe forem atribuídas. Constata-se que, diante da possibilidade de haver incidência de componentes subjetivos no momento da individualização e dosimetria da pena, é imprescindível que o magistrado esteja ciente desta possibilidade, devendo, no momento da atribuição de sentidos e valores aos elementos que compõe a decisão judicial, considerando a existência destes componentes, empreender busca pela qualidade interpretativa.

Palavras-chave: Condicionantes extrajurídicos. Dosimetria da pena. Interpretação. Processo Penal. Subjetividade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 COMPOSIÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL COMO CONDICIONANTES JUDICIAIS.....	8
2.1 Instrumentalidade constitucional do Processo Penal.....	8
2.2 Aplicabilidade dos princípios constitucionais no direito Processual Penal brasileiro.....	12
2.3 O efetivo papel do Magistrado.....	18
3 O SABER CRIMINOLÓGICO.....	25
3.1 Criminologia: um saber do “ser”.....	25
3.2 Cientificidade e interdisciplinaridade.....	29
3.3 A interpretação para romper ideologias dominantes.....	35
4 CONDICIONANTES EXTRAJURÍDICOS DOS MAGISTRADOS NA DOSIMETRIA DA PENA	41
4.1 Individualização e sistema trifásico de dosimetria da pena.....	41
4.2 A subjetividade presente na individualização e dosimetria da pena.....	46
4.3 A incidência qualitativa de condicionantes extrajudiciais na dosimetria da pena.....	53
5 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a influência de fatores subjetivos no ato da individualização da pena. Justifica-se sua escolha pela necessidade de releitura da realidade criminal como fator sociopolítico, bem como pela insistente desconsideração judiciária da instrumentalidade constitucional do processo penal. Somando-se a isso a carência de qualidade interpretativa na compreensão dos elementos que compõe a decisão judicial.

Analisa-se como a incidência de condicionantes extrajurídicos pode influenciar qualitativamente a quantificação da pena, inclusive, desvirtuando-a, visto que se trata de atividade discricionária. Assim, apresentar-se-á uma solução jurídica viável e contextualizada temporalmente, rompendo com a padronização ideológica de sanções.

Dessa forma, há que se fazer uma profunda análise acerca da motivação nas decisões judiciais e, conseqüentemente, do relativo sistema de arbítrio judicial na aplicação da pena e do livre convencimento do juiz, pois estão indissolúvelmente ligados à atividade de fundamentação.

Nesse sentido, afirma-se que é dever estatal prestar atividade jurisdicional investida de caráter de justiça, ou seja, não meramente uma resposta estatal direta, capaz de dar fim ao processo, mas, efetivamente, uma resposta estatal que se assegure em considerar todas as variáveis direta e indiretamente ligadas a esta decisão. Assim, devido à complexidade de se estabelecer um padrão de justiça considerando influente todas as características de humanidade presentes no julgador e incidentes na interpretação judicial de situações fáticas, tal tema é gerador de questionamentos.

Há, portanto, a necessidade de se buscar equilíbrio nas decisões judiciais que individualizam e quantificam a pena, porquanto seja, ainda, irrevogável o caráter humano presente nestas decisões. Destarte, seria a medida mais razoável desse necessário equilíbrio o conhecimento do magistrado das influências de que é vítima nesse processo de escolha.

Para tanto, no presente trabalho utilizar-se-ão, conjuntamente, os métodos de abordagens hermenêutico e fenomenológico, posto que melhor adaptam-se ao tema proposto. Pelo método hermenêutico atenta-se para a interpretação dos textos normativos, da atribuição de seus sentidos, caracterizando o mundo dos acontecimentos, por meio de sua ação recíproca, ou seja, caracteriza-se pela circularidade, em que só se alcança a compreensão de um instituto pela interpretação dos diversos fatores que o compõe. Pelo método

fenomenológico faz-se uma releitura do mundo fático por meio das contradições inerentes às ciências criminais, considerando a dialética característica da natureza humana e social, compreendendo a realidade como contraditória e mutante. Considerando, por fim, a existência de tantas realidades quantas interpretações lhe forem atribuídas.

Quanto ao método de procedimento, utilizar-se-á o método documental, mediante a análise de materiais anteriormente publicados sobre o tema, e o método funcionalista, estudando a sociedade como estrutura social complexa, suas ações e reações. Pretende-se buscar um ponto comum de coordenação de informações entre as complexas e conexas ciências que tem por objeto o estudo criminal.

Estruturalmente o estudo resta dividido em três partes, possibilitando melhor compreensão e desenvolvimento. Inicialmente, aborda-se a constitucionalidade do processo penal, a iniciar pela instrumentalidade, isto é, como estruturalmente deve ser lido o processo penal, à luz da Constituição Federal, para que sejam resguardadas as garantias fundamentais aos jurisdicionados, sendo indispensável ressaltar a aplicabilidade dos princípios constitucionais que fundamentam o ordenamento jurídico. Neste sentido, demonstra-se como, para que se estabeleça um processo capaz de atender às garantias constitucionais, é preciso que haja atuação estatal imparcial. Em sequência, adota-se, para a exploração do saber criminológico, visão macrocriminal sob o enfoque das ciências humanas e sociais, considerando a inexistência de um único saber criminológico, e, sobretudo, sua exploração como importante recurso interpretativo da realidade; expondo-se críticas aos discursos ideológicos. Posteriormente, aponta-se a teoria adotada pelo atual Código Penal, quanto à finalidade da pena, demonstrando-se a imprescindibilidade de sua individualização, e a discricionariedade judicial possibilitada pelo sistema trifásico da dosimetria da pena. Por fim, questiona-se qual a incidência de elementos subjetivos do magistrado no ato de dosar a pena.

2 COMPOSIÇÃO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL COMO CONDICIONANTES JUDICIAIS

No presente capítulo, busca-se conferir uma apresentação lógica da composição do processo penal, bem como dos princípios constitucionais incidentes, visto que são o embasamento da legislação positivada assim como da jurisprudência, indicando o caminho a ser perseguido durante a prestação jurisdicional. Busca-se esclarecer, conforme o procedimento as obrigações e prerrogativas dos juízes, em busca de uma sentença que incida efetivamente sobre seus tutelados.

2.1 Instrumentalidade constitucional do Processo Penal

A existência do Direito e sua força reguladora não são suficientes para prevenir e eliminar conflitos que possam surgir da convivência em sociedade; assim como forma de eliminar esses conflitos cabe ao Estado-Juiz decidir imperativamente, sempre observando a pacificação social como bem maior a ser alcançado, sem abdicar, porém, das garantias individuais.

No Estado de Direito, o exercício do poder estatal é justamente limitado pelo próprio direito, dando origem ao binômio poder-direito/direito-poder, ou seja, “só o poder cria o direito e só o direito limita o poder”, sendo, portanto, a origem do direito o poder e sua função, a limitadora do poder. (BOBBIO, 1986, p. 156-157).

Assim, para que se possibilite esta relação, o poder estatal deve estar desmembrado em três poderes, independentes do ponto de vista orgânico e funcional, baseados na identificação de suas funções primordiais, que expressam a forma pela qual ele se manifesta. (MONTESQUIEU, 1996, p. 19).

O direito é a “expressão das necessidades dos grupos sociais, sob forma de preceitos coativos”. Conforme o ideal de justiça predominante ao período, a regulação dos interesses humanos, compõe, se analisada ao todo, uma “sistematização das energias sociais”. Que pode ser conceituada como a “organização da vida em comum pela proporcionada satisfação das necessidades e pela orientação cultural dos impulsos.” (BEVILAQUA, 1976, p. 17-18).

Normas jurídicas objetivam a autocomposição de uma comunidade política, social e historicamente moldada, pois são reflexo da vontade particular dos membros desta comunidade, portanto, também, a expressão de uma forma de vida compartilhada, de posições, interesses e finalidades pré-determinadas, concentradas e desenvolvidas pelo poder estatal. (HABERMAS, 2005, p. 219).

Primordialmente, dispõe o artigo 125 da Constituição Federal que “os Estados organizarão sua justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

Conforme James Goldschmidt *apud* Lopes Jr:

Por que supõe a imposição da pena a existência de um processo? Se o *ius puniendi* corresponde ao Estado, que tem o poder soberano sobre seus súditos, que acusa e também julga por meio de distintos órgãos, pergunta-se: por que necessita que prove seu direito em um processo? (2014, p. 42).

Porque, o processo penal é um instrumento que desempenha a função de “limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido”. É desta forma, um caminho que deve ser percorrido para alcançar a pena legitimamente; mas que não confunde a indispensável proteção às garantias fundamentais com impunidade. (LOPES JR., 2014, p. 44).

De modo que a tarefa do processo penal está em descobrir se aconteceu ou não um fato, que é um pedaço da história e, a história é a estrada a ser percorrida, portanto um fato é uma parte da estrada que se fez e não que se pode fazer. As provas auxiliam na reconstrução desta história que exige atenção e paciência, porém há o risco de errar o caminho e o dano é grave quando se erra a estrada. (CARNELUTTI, 2002, p. 45-46).

Vive o processo, portanto, para reconstruir o passado e decidir o destino de um homem. E assim a justiça humana mais faz sofrer os homens para saber se são culpados ou inocentes que por serem propriamente culpados. (CARNELUTTI, 2002, p. 46-47).

Conforme Fazzalari *apud* Lopes Jr., o conceito fundante do processo está em compreendê-lo com o “procedimento em contraditório”, deslocando seu núcleo da jurisdição ao efetivo contraditório entre as partes, devendo a sentença ser construída a partir da efetiva participação das partes no processo, do contraditório real, e por este ser legitimada. (2014, p. 84).

Objetivamente, pode o direito processual penal ser conceituado como “um conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do direito penal, bem como as

atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”. (MARQUES, 2003, p. 16).

Desta forma, a Constituição deve efetivamente constituir e, partindo desta concepção, diz-se que a essência do processo penal democrático deve advir de sua *instrumentalidade constitucional*, ou seja, em matéria penal, todos os interesses superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais. (grifo do autor) (LOPES JR., 2014, p. 42-45).

Com efeito, aduz Moreira que

com a jurisdição, passou o Estado, então, a deter com exclusividade o direito de punir alguém pela prática de um determinado fato delituoso. O *jus puniendi* despontou como uma decorrência indeclinável da própria soberania estatal. [...] O *jus puniendi*, como se disse, traduz, em verdade, uma das facetas da soberania do Estado, que monopolizou a administração da Justiça criminal, responsabilizando-se pela aplicação das sanções penais e, mais, desautorizando a vingança privada: é o seu poder de império. O Estado, como interessado primeiro na paz social, trouxe para si o direito de punir [...]. (2007, p. 163).

Assim, a jurisdição é a incidência da pretensão sólida da lei, advinda da transferência histórica da autotutela particular à atividade judiciária. (CHIOVENDA, 1998, p. 8). Podendo ser vista através de dois vieses: como função, incumbência do “[...] Juiz de, por meio do processo, aplicar a lei aos casos concretos”; e como atividade, “[...] toda aquela diligência do juiz dentro no processo objetivando a dar a cada um o que é seu.” (TOURINHO FILHO, 2003, p. 218).

Frente a essa linha de raciocínio, deve ser a jurisdição concebida “como poder-dever de realização de Justiça Estatal, por órgãos especializados do Estado.” (TUCCI, 2002, p. 46). Que “a par de ser um poder - e como tal deve ser estudado com proficiência -, é uma garantia constitucional do cidadão, da qual não se pode abrir mão” . (COUTINHO, 2000, p. 3-4).

Contudo, tratando-se de liberdade individual e poder de intervenção do Estado, é necessário esclarecer que a “garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, [...] o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado, e esta legitimação não pode resultar de que ao estado se lhe reserve o direito de intervenção”. (TAVARES, 2003, p. 162).

Assim, como a função jurisdicional deve ser exercida dentro de suas limitações, é a competência, a “medida de jurisdição”, ou seja, a “porção do Poder Jurisdicional que cada órgão pode exercer”. (TOURINHO FILHO, 1989, p.64).

Logo, competência deriva da jurisdição penal ordinária devido à organização em multiplicidade de órgãos e repartição de tarefas, pois se tornaria ameaçador se não fossem previstas rigorosas estruturas de identificação prévia do julgador competente. (TAORMINA *apud* LOPES JR., 2014, p. 448). Neste mesmo sentido, a competência é um conjunto de normas que visam garantir a eficácia da jurisdição condicionando seu exercício. (LOPES JR., 2014, p. 453).

Ainda quanto à competência, da Justiça Federal é expressa, enquanto da Justiça Estadual é residual e, portanto, “regra de aplicação *subsidiária*, condicionada ao afastamento prévio e anterior da competência *expressa*”. (grifo do autor) (PACELLI DE OLIVEIRA, 2007, p. 174). Ademais, pode ser classificada em: absoluta, quando não se derroga pela vontade das partes; e relativa, quando a lei lhe confere disponibilidade. (TORNAGHI, 1997, p. 95).

No âmbito infraconstitucional, estão no artigo 69 do Código de Processo Penal¹, os critérios para fixação da competência. A competência em razão da matéria, da pessoa e do local do crime é absoluta, podendo ser conhecida de ofício pelo juiz, uma vez que a jurisdição é uma garantia e o artigo 109² do Código de Processo Penal não faz nenhuma restrição. (LOPES JR., 2014, p. 543; 454).

Contudo, apenas o juiz, por intermédio do processo, possui atribuição para fixar a consequência jurídica penal, pois não há outra possibilidade para sua imposição que não seja o processo penal. Desta forma, no Direito Penal é imprescindível que, unicamente o Estado, realize a persecução penal que levará a inversão do status de inocência. (ROXIN *et al*, 2007, p.145).

Assim, estão as pretensões acusatórias e defensivas, necessariamente sujeitas a um exame judicial aparelhado constitucionalmente, e para serem satisfeitas de maneira eficiente, dependem desta estruturação autônoma e independente do Poder Judiciário, já que este atua

¹ Artigo 69 do Código de Processo Penal: “Determinará a competência jurisdicional: I - o lugar da infração; II - o domicílio ou residência do réu; III - a natureza da infração; IV - a distribuição; V - a conexão ou continência; VI - a prevenção; VII - a prerrogativa de função.”

² Artigo 109 Código de Processo Penal: “Se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior.”

tanto como um meio de manter sob seus critérios a execução de políticas essenciais, quanto como forma de se aproximar, o máximo possível, da concepção de uma justiça ideal.

2.2 Aplicabilidade dos princípios constitucionais no direito Processual Penal brasileiro

Os princípios são o arcabouço e o núcleo do ordenamento jurídico brasileiro, e, como tal, devem ser notados, tanto em sua função criadora do direito, como em sua função executora deste. Somente assim, poderá o Poder Judiciário atender, de maneira consistente e coesa, a busca pela prestação jurisdicional.

Refere Ávila que princípios

são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (2005, p. 80).

Os princípios gozam de plena eficácia normativa, pois são verdadeiras normas fundamentais do sistema, frutos de uma “generalização sucessiva e constituem a própria essência do sistema jurídico”. Em um sentido mais intenso, Ferrajoli *apud* Lopes Jr., apresenta os princípios como protagonistas de um sistema epistemológico, transferindo assim o sentido tradicional da categoria “garantia” para ocupar espaço central no sistema penal. (LOPES JR., 2014, p. 155-156).

Por ser a persecução penal regida por padrões normativos, que limitam o poder do Estado, os princípios protegem os cidadãos da coerção estatal e resguardam sua liberdade individual. Logo, esta somente poderá ser cingida mediante a comprovação, pelo órgão acusador, da culpabilidade do réu. (BALDAN, 2002a, p. 128).

A contemplação de certas instituições jurídicas processuais penais, na Constituição Federal, é justificada em face da necessidade de que tais princípios restem imunes às leis infraconstitucionais para, assim, serem insuscetíveis de "eventuais artimanhas legislativas", e da “possibilidade de se macular ou pôr em risco a segurança do processo penal contra direitos e garantias pessoais”. (PAGLIUCA, 2002, p. 247).

Neste sentido, devido ao fato de que toda espécie de poder inclina-se ao autoritarismo e, portanto precisa de limites, são as garantias processuais constitucionais verdadeiros “*escudos protetores* contra o (ab)uso do poder estatal”. Como decorrência, o processo penal deve estruturar-se a partir de princípios constitucionais para só então desenvolver os institutos que os compõem. (grifo do autor) (LOPES JR., 2014, p. 153-154).

Logo, passa-se à análise dos princípios constitucionais incidentes no processo penal, a iniciar pelo princípio da jurisdicionalidade - *nulla poena, nulla culpa sine iudicio* – que possui relevante matiz interno, ou seja, “a exclusividade dos tribunais para impor a pena e o processo como caminho necessário”, significa ter um “juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição”. “Além de ser premissa material e lógica para a efetividade dos direitos materiais.” (LOPES JR., 2014, p. 156-157).

Deste modo, se não pode haver pena sem processo, não pode haver processo sem juiz. Tais diretrizes consagram-se na Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos LIII, LIV, LV, LVII³. (RANGEL, 2006, p. 288).

Assim, o princípio do juiz natural, estabelecido no art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, prevê que o juiz será aquele estabelecido em lei; vedando os tribunais de exceção, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXVII⁴, salvo quando houver autorização expressa como é o caso do artigo 52, incisos I e II do Texto Constitucional⁵. Portanto, se é devido estabelecer previamente quem será o juiz, quais suas garantias e a serviço de que(m) está o princípio do juiz natural é “um verdadeiro pressuposto à sua própria existência”. (LOPES JR., 2014, p. 158).

Quanto à apresentação do princípio da duração razoável do processo penal, fundamentado pelo artigo 5º, LXXVIII⁶, da Constituição Federal, fazem-se necessárias

³ Artigo 5º da Constituição Federal: “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: LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁴ Artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

⁵ Artigo 52, incisos I e II da Constituição Federal: “I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade”.

⁶ Artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

algumas considerações prévias sobre a noção de tempo. Ou seja, deve ser o tempo entendido a partir da Teoria da Relatividade de Einstein⁷, pela qual se demonstra que a percepção sobre o tempo é individual e inteiramente díspar. (LOPES JR., 2014, p. 178)

Assim, embora o direito não admita a relatividade ou mesmo o tempo subjetivo, e o jurista reconheça o tempo enquanto realidade, que pode ser fracionado e medido com exatidão. (PASTOR, 2002, p. 85). Sob a égide do princípio da duração razoável do processo, impõe-se reconhecer como parte integrante do conceito de tempo o choque entre o “tempo absoluto do direito e o tempo subjetivo do réu, especialmente no que se refere ao direito de ser julgado num prazo razoável e à (de)mora judicial enquanto grave consequência da inobservância desse direito fundamental.” (LOPES JR., 2014, p. 181).

Resta previsto pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LVII,⁸ o princípio da presunção da inocência, pelo qual se entende que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (ALVES, 2013, p. 32).

Tal princípio emana da jurisdicionalidade. Afinal, se a jurisdição é necessária para a prova de culpabilidade, até que essa prova não se produza regularmente, nenhum crime pode ser considerado cometido e ninguém pode ser considerado culpado. De tal forma, não pode submetido a alguma pena. Trata-se de um princípio fundamental de civilidade, decorrente da opção garantista em favor da proteção a imunidade dos inocentes, embora o preço, por vezes, seja a impunidade de algum culpável. (FERRAJOLI *apud* LOPES JR., 2014, p. 217).

Sob a ótica do julgador, a presunção da inocência deve incorporar-se ao acusado, fazendo com que, processualmente, o juiz não somente não o considere culpado, mas, principalmente, o trate efetivamente como inocente. (LOPES JR., 2014, p. 218). Assim sendo,

por tudo isso, a presunção da inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas as suas nuances, mas especialmente no que se refere

⁷ Composta pela Teoria da Relatividade Especial (1905), que prega o abandono da ideia de que existe uma quantidade universal chamada tempo, que todos os relógio conseguiriam medir. Em crítica ao experimento de Fitzgerald e Lorentz, Einstein aponta que eles “deveriam medir a mesma velocidade da luz, sem se importar quão rápido estivessem se movendo, pois a velocidade da luz é independente ao movimento deles, sendo a mesma em todas as direções.” E pela Teoria da Relatividade Geral (1916) que consiste no rompimento com a base newtoniana do tempo absoluto (“para Newton o universo era previsível, um autômato, representado pela figura de um relógio. Era a idéia do tempo absoluto e universal, independente do objeto e de seu observador, eis que considerado igual para todos e em todos os lugares.”), “demonstrando a superação das três dimensões (altura, largura e comprimento) para acrescentar o tempo enquanto quarta dimensão.” (grifo do autor) (LOPES JR. 2014, p. 178).

⁸ Artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

à carga da prova (*regla del juicio*) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares). (grifo do autor) (LOPES JR., 2014, p. 220).

Frente a esse entendimento, o imputado é presumidamente inocente, “não lhe incumbe provar absolutamente nada.” O que há é um estado de inocência, que deve ser revertido pelo acusador, sem a participação do réu, nem do juiz. (LOPES JR., 2014, p. 562). De modo que, ao lado da presunção da inocência, o princípio do *in dubio pro reo* legitima a atribuição da carga probatória ao acusador. (LOPES JR., 2014, p. 564).

O princípio do contraditório e da ampla defesa resta consagrado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Neste sentido, refere Almeida que

a verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa do indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito. (1973, p. 86-87).

Nesses termos, verifica-se que há dois pólos da garantia do contraditório, isto é, a informação e a reação. Desse modo, a efetividade em contradizer ampara-se no direito à informação e a participação dos indivíduos na administração da justiça. Porém, para participar é necessário ter a informação; assim a participação consubstancia-se na reação que se tem a pretensão jurídica articulada. Portanto, é o contraditório, fundamentalmente, o direito de ser informado de todos os termos da acusação e de todos os atos processuais (em regra), bem como de poder participar efetivamente do processo. (LOPES JR., 2014, p. 223).

Em síntese, ao menos no plano teórico, a ampla defesa e o contraditório são princípios distintos, que estão indissolúvelmente interligados, pois é do contraditório, por seu viés informativo, que surge o exercício da defesa, “mas é esta – como poder correlato ao de ação –

que garante o contraditório.” Assim, a defesa garante o contraditório, e é por ele manifestada e garantida. (PELLEGRINI *et al*, 1992, p. 63).

Cabe destacar, ainda, que a defesa pode ser subdividida em defesa técnica (processual e específica) e autodefesa (defesa material ou genérica), sendo a primeira obrigatória e a segunda facultativa, por conveniência do réu. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 65), já que, em matéria de prova, observe-se, deve haver estrita observância do direito de defesa, tanto técnica quanto pessoal (seja negativa ou positiva). Assim, consubstanciado sob o brocardo “*nemo tenetur se detegere*” a autodefesa negativa estrutura-se a partir de uma recusa, ou seja, é o direito do imputado de não fazer prova contra si mesmo. (LOPES JR., 2014, p. 572-573).

Seu conteúdo envolve os direitos do imputado de permanecer em silêncio, de não confessar cometimento de infração penal, bem como a inexigibilidade de dizer a verdade, e de não se autoincriminar, lhe garantido a prerrogativa de poder se negar a realização de procedimentos invasivos; tendo incidência específica nas questões de mérito. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 85).

O princípio do devido processo legal está expressamente positivado pela Constituição Federal em seu art. 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se de fundamentação garantista do processo penal, visto como forma para materialização dos direitos fundamentais do réu. (ALVES, 2013, p. 36-37). Deste modo, consagrando a imperatividade do processo tipificado, sem o cerceamento e/ou descaminho de atos essenciais. Logo, deve a pretensão punitiva perfazer um procedimento regular, perante autoridade competente, alicerçado em provas validamente colhidas e respeitando as garantias constitucionais do acusado. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p.75).

Destarte nota-se que, em sede penal, tal princípio delinea todo o agir, limitando até mesmo a atividade legislativa, uma vez que a lei deve observar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Portanto, não pode haver interferência no núcleo protetivo da liberdade do agente, sem que sejam respeitados os condicionantes decorrentes deste princípio. (SANTIAGO, 2009, p. 240-242).

Nesses termos, o princípio da legalidade surge para neutralizar a incerteza imposta pela adoção da Constituição do não prazo, assim na falta de bom senso por parte dos responsáveis pela condução do tempo dentro do processo. (LOPES JR., 2014, p.191-192).

Contudo, estabelece o Código de Processo Penal Tipo para América Latina, item IX de sua Exposição de Motivos *apud* Scarance, em sua elaboração que

nenhum sistema penal processa todos os casos que se produzem em uma sociedade; ao contrário, as estatísticas universais e nacionais demonstram a escassa quantidade de casos que são solucionados pelos diversos sistemas. O direito de nossos países, em geral, se aferra ao chamado ‘princípio da legalidade’, que pretende sejam perseguidas todas as ações puníveis, segundo uma regra geral de obrigação. Em que pese o princípio, na prática operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive dentro dos órgãos de persecução penal e dos órgãos judiciais do Estado. Decorre então que é necessário introduzir critérios que permitam conduzir essa seleção de casos de forma razoável e em consonância com convenientes decisões políticas. Isso significa modificar, em parte, o sistema de exercício das ações do Código Penal, tolerando exceções à ‘legalidade’, com critérios de oportunidade, legislativamente orientados. (2002, p. 192).

Quanto ao princípio da igualdade processual, *par conditio*, este emana da ordem de que todos são iguais perante a lei; de forma que, por força dele “as partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões e ser tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades”. (ALVES, 2013, p. 32).

Quanto ao princípio da publicidade (artigo 5º, XXXIII⁹ e artigo 93, IX,¹⁰ Constituição Federal), a qual prevê que os atos processuais devem ser públicos, não é absoluto, comportando a exceção prevista pelo artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal¹¹, quando em defesa da intimidade ou interesse social, legalmente, pode-se restringir a publicidade de atos processuais. (ALVES, 2013, p. 35).

Pelo princípio da vedação das provas ilícitas, consubstanciado nos termos do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal¹², não são aceitas as provas obtidas por meios ilícitos. (ALVES, 2013, p. 35-36).

O princípio do duplo grau de jurisdição decorre da própria estrutura do Poder Judiciário, ou seja, de sua separação em instâncias, bem como da inconformidade da parte

⁹ Artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

¹⁰ Artigo 93, IX, Constituição Federal: “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.”

¹¹ Artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.”

¹² Artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

com a decisão, do controle estatal e do fato de que havendo apenas um juiz singular este ficaria psicologicamente pressionado a acertar sua decisão. (ALVES, 2013, p. 38-39).

Quanto ao princípio da personalidade (ou pessoalidade), resta positivado pelo artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988, dispondo que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”.

Em última análise, defende Lopes Jr. que

a Constituição ordena que todos sejam julgados pelo juiz natural (predeterminado por lei); que aos acusados em geral estão assegurados o contraditório e a ampla defesa; que os atos processuais são públicos; que ao imputado está assegurado o direito de silêncio e o de não fazer prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*); a garantia da presunção de inocência, enfim, ao assegurar todas as garantias inerentes ao devido processo legal, não está dizendo outra coisa, segundo CARRARA, que: Haced esto, porque el hombre de quien vosotros sospecháis es inocente, y no podeis nagarle su inocência mientras no hayáis demostrado su culpabilidade, y no podeis llegar a esa demostración si no marchais por el camino que os señalo. (LOPES JR., 2014, p. 219).

Desta forma, “o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário”, de modo que devem os dispositivos do Código Penal e de Processo Penal, submeter-se a uma releitura, que deve ocorrer a partir das garantias Constitucionais para que estas não sofram, de maneira restritiva e autoritária, a tentativa de serem encaixadas nos limites dos referidos códigos e demais legislações penais específicas. (LOPES JR., 2014, p. 450).

Consequentemente, tais princípios são, por incidência de sua força normativa, além de norteadores, também condicionantes da atuação dos magistrados. O respeito que lhes deve ser assistido não devem afigurar-se como dogmas, mas como auxiliares à compreensão da estrutura e da finalidade do Direito Processual Penal.

2.3 O efetivo papel do Magistrado

Contemporaneamente a grande questão reside em estabelecer um processo que atenda, efetivamente às Garantias Constitucionais, considerando o caráter dogmático da lei penal, e,

ainda, possibilitando a interpretação dos fatos e normas, porém sem criar uma gambiarra interpretativa.

Neste sentido, afirma Garapon que “a participação activa no ritual reclama purificação. Essa é a primeira função da toga judiciária. [...] Põe temporariamente fim às imperfeições do ministro, subtraindo-o de sua condição de mortal. Inversamente, a toga é também um escudo protetor”. (1997, p. 85).

A passagem do Liberalismo Individualista ao Estado Social de Direito é configurado pela efetiva participação dos órgãos públicos na vida em sociedade. Tal intromissão, delineado no plano processual, exprime a intensificação da atuação do juiz, o qual, não se deve manter no modelo observador remoto e apático ao duelo entre as partes. (MOREIRA, 1985, p. 145).

Contudo, por vezes, os juízes tendem a vestir-se de “cavaleiros da prometida plenitude” em busca da “felicidade”, quando

congregam em si o poder de dizer o que é bom para os mortais - neuróticos por excelência -, surgindo daí um objeto de amor capaz de fazer amar ao chefe censurador, tido como necessário para a manutenção do laço social. Portanto, o amor mantém a crença pela palavra do poder, as quais serão objeto de amor. (MORAIS DA ROSA, 2005, p. 85).

Vestir-se com o “espírito de juiz” comprometendo-se a expandir a proteção da justiça às pessoas, é resultado apenas de esforço pessoal, pois são as suas convicções campo de contraposição de argumentos “propendentes à visão clássica do julgador passivo e neutro e a assunção de um compromisso real com a concretização da Justiça” (NALINI, 2000, p. 83).

Assim, o uso da toga reveste-se de exterioridade, é a vitória do parecer sobre o ser, pois a toga despersonaliza quem a usa, “a toga é assim como uma máscara” e, o uso da “toga máscara”, ao encobrir elementos que fazem parte da decisão, contribui para a mistificação da justiça. (GARAPON, 1997, p. 86-87).

Desta forma, entende Zaffaroni que

[...] não há dúvida de que dirimir conflitos é uma função judicial e que é necessário que os cidadãos gozem de um eficaz serviço judiciário e de um amplo acesso a ele.

Neste sentido, a concordância é muito genérica, ainda que não o seja no que diz respeito à sua adequada implementação. (1995, p. 35).

Observa-se uma lastimável contradição na trajetória da humanidade, pois se, por um lado, atingiu-se espantoso nível de progresso científico- tecnológico, de outro se vê a exclusão de milhões de seres humanos do processo de evolução social. Assim, a mesma sociedade que apresenta tamanha dose de injustiça social é a que clama por “[...] um senso de igualdade, quanto à natureza humana, o qual embora refute o ‘igualitarismo’, não compactue com gritantes desigualdades a se apresentarem como impedimento a uma vida digna a membros da referida sociedade”. (GOMES, 2001, p. 8).

Assim, conforme Prado,

livre dos conceitos que, difundidos doutrinariamente, denunciam posições apriorísticas nem sempre totalmente compatíveis com o modelo real da base de sustentação institucional do processo penal vigente, na tentativa de conciliar o inconciliável, de conferir às práticas processuais penais, ao menos no âmbito do discurso, foro de legitimidade constitucional quando algumas não o têm, escondendo-se desse modo a verdadeira tensão estabelecida em razão da discrepância entre o preceito jurídico e a sua implementação. (PRADO, 1999, p. 3).

Mais que um juiz previamente definido, é necessário que este possua condições mínimas para “desempenhar seu papel de garantidor”. Segundo Alonso *apud* Lopes Jr. a imparcialidade do juiz, e, conseqüentemente, de todo o órgão jurisdicional, é o “princípio supremo do processo”. (2014, p. 169).

Portanto, “não basta que os magistrados conheçam com perfeição as leis tais como são escritas; seria necessário que conhecessem igualmente a sociedade em que essas leis devem viver” assim, ao ilustrar as dubiedades vivenciadas pelos juízes, diz-se que,

[...] o risco das causas costuma estar neste antagonismo: entre o juiz lógico e o juiz sensível; entre o juiz consequencial e o juiz precursor; entre o juiz que para não cometer uma injustiça está disposto a se rebelar contra a tirania da jurisprudência e o juiz que, para salvar a jurisprudência, está disposto a deixar esmagar nas inexoráveis engrenagens da sua lógica um homem vivo. (CALAMANDREI, 1995, p. 183-185).

Contudo, um juiz que assuma postura de defesa social, sedento por minimizar a impunidade e valorar o rigor penal, representa ameaça à administração da justiça, vez que devido à introjeção do discurso de combate ao crime, atropela os direitos e garantias fundamentais. (LOPES JR., 2014, p. 163).

Há ainda magistrados que são frequentemente acometidos pela “juizite”, patologia que exprime ter o cargo ocupado a pessoa, e não o inverso, tornando-a arrogante e prepotente. (SOUZA NETO, 2002, p. 132). A “juizite” é acompanhada do anseio pelo poder, como forma de refazer o “arquetipo cindido”¹³, que possui dois pólos, assim como as demais pessoas, sendo dois extremos de uma mesma situação. (ALMEIDA PRADO, 2003, p. 45).

Portanto, o longo rol legal de deveres do juiz, não afasta os valores de “integração social”, que projetam a figura do juiz ideal, visualizado no senso “comum da população” como “guardião das mais elevadas virtudes humanas”. Esse rol de deveres imposto pela opinião pública auxilia a efetivação de suas decisões, assim como, também, incentiva a não observação a disposições jurisprudências, advindas de Magistrados com imagens desacreditadas. (BENETI, 1997, p. 151-152). Principalmente porque não pertencem necessariamente à pessoa do magistrado, mas sim à sociedade, para a qual resta reservado o direito de ver “os conflitos de interesse de alta relevância social solucionados de forma justa e imparcial”. (RANGEL, 2006, p. 19-20). Assim, se mesmo as pessoas comuns, discriminadamente, fazem valorações a respeito de tudo que os cerca, os juízes, enquanto seres humanos, também são vítimas de fatores externos, como a política e a pressão ideológica. (ROCHA, 1995, p. 31).

Neste sentido, a toga transforma o juiz naquele que vê, sem ser visto, recordando que o juiz não pisa o mesmo terreno que as partes. E assim estão vestidos porque são depositários de uma função, agindo oficialmente. (GARAPON, 1997, p. 90; 95).

Desse modo, o instituto da imparcialidade objetiva prevenir que o magistrado incline-se, injustificadamente, a alguma das partes, permanecendo equidistante. Além disso, é garantia que deve estabelecer-se em todas as composições litigiosas. (PAOLOZZI, 1973, p.635).

Porém, para existir um juiz imparcial e garantidor, deve ele estar acima de toda e qualquer espécie de pressão ou manipulação, ou seja, ser totalmente independente da opinião das massas ou das pressões políticas e midiáticas, pois, só assim, poderá formar sua livre

¹³ “[...] formas de agir, pensar e sentir recorrentes e típicas, comuns à humanidade”.

convicção. Portanto, “a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal.” (LOPES JR., 2014, p. 159-160).

Refletir sobre a imparcialidade, nos remete à imagem símbolo da justiça. Conforme a concepção grega, a deusa *Diké*, encontra-se de olhos abertos, ostentando, na mão esquerda, uma balança e na mão direita uma espada. Conforme a representação italiana, a deusa *Iustitia* está de olhos vendados. A representação italiana está associada à garantia de equilíbrio, pois está impedida de visualizar as partes e se identificar com elas, já a representação grega, considerando o sentido da visão, indica o saber e o agir com prudência. Seguindo esta abordagem, a imparcialidade trata-se, então, de um valor estruturante da própria prestação jurisdicional, ligada a concepção de processo, exigindo a observação da relação de igualdade entre as partes. Trata-se de uma imagem especificamente ligada ao devido processo legal e ao contraditório, pois sem imparcialidade não pode subsistir o efetivo contraditório. (MAYA, 2014, p. 44-47).

Em complemento, faz-se necessária, também, a verificação da independência do juiz em relação aos tribunais, vez que tanto os dogmas impostos pela lei, quanto pela jurisprudência, são cruéis formas de bloquear a criatividade jurídica. (BUENO DE CARVALHO, 2002, p. 9-12). No mesmo sentido, “além da independência, só um juiz consciente de seu papel de garantidor e que, acima de tudo, tenha *a dúvida como hábito profissional e como estilo intelectual* é merecedor do poder que lhe é conferido.” (grifo do autor) (LOPES JR., 2014, p. 163).

Assim, pode-se compreender que a imparcialidade é inerente, tanto à função jurisdicional, quanto à função executiva. Tal afirmação decorre do fato de que o administrador necessita cumprir sua obrigação de forma impessoal, de modo que não pode favorecer a um em detrimento de outro. Assim, a gerência pública opera de forma objetiva, uma vez que o seu interesse é o de todos. (AROCA, 1997, p. 80-90).

Ademais, é imprescindível esclarecer que a imparcialidade e a neutralidade não se confundem. Segundo a doutrina clássica, a principal característica da imparcialidade, como exercício da atividade do juiz, é a imagem de neutralidade, que há de ser transmitida na ocasião da prolação da sentença. Nesse sentido, o juiz deve parecer neutro, tanto quanto o ser. É requisito para a objetividade da jurisdição. Portanto, a neutralidade, torna-se característica, diga-se, essencial de toda prestação jurisdicional. (ASENSIO, 2002, p. 72).

A ideia de vincular-se a neutralidade ao princípio da imparcialidade, já foi preconizada por John Locke, ao afirmar que: “[...] deus com certeza designou o governo para restringir a parcialidade e a violência dos homens. Admito facilmente que o governo civil é o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza [...],” porquanto cada um é juiz e executor da lei da natureza; são os seres humanos parciais consigo mesmos. (2002, p. 135).

Contudo, todo ato humano, reporta-se a um valor, como causa ou como finalidade (CAPELLETI *apud* MAYA), portanto, não há neutralidade, enquanto dado subjetivo relacionado ao “*juiz-cidadão-social*”, na justiça, por seu comprometimento com determinadas dimensões valorativas e ideológicas. Entretanto, deve haver imparcialidade, enquanto dado objetivo de ordem processual, relacionado à condição “*juiz-homem-individual*”. (grifo do autor) (PORTANOVA *apud* MAYA, 2014, p. 50).

Conforme Japiassu,

sobre o problema da neutralidade, o que está em jogo é o conceito da objetividade científica. Ora, a “objetividade” não existe. O que existe é a “objetivação”, uma “objetividade aproximada” ou um esforço de conhecer a realidade naquilo que ela é e não naquilo que gostaríamos que fosse.¹⁴ (1981, p. 77).

Como decorrência da vedação aos juízos de exceção e da garantia do juiz natural para a condução do processo, deve ser aceita, a imparcialidade como característica essencial do juiz. Ela está alicerçada no conceito de que o juiz não pode possuir ligações subjetivas com o processo, mantendo assim, intacto o distanciamento necessário à sua condução. (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 62).

Portanto, uma vez que na relação jurídico-processual penal, são três os sujeitos – juiz, acusador e réu (em tese, sujeito ativo do fato) – e tendo o Estado-Juiz assumido a função de administrar a justiça, exige-se do órgão julgador um desinteresse em ambas as partes; ou seja,

¹⁴ Conceito de objetividade científica por BACHELARD *apud* JAPIASSU: “Basta que falemos de um objeto, para nos considerarmos objetivos. Contudo, através de nossa escolha inicial, é o objeto que nos designa, mais do que o designamos. [...] De fato, a objetividade científica só é possível se, antes de tudo, fizermos abstração do objeto imediato, se recusarmos a sedução da primeira escolha e se contrariarmos os pensamentos nascidos primeira observação. [...] Ela deve antes de tudo, criticar tudo: a sensação, o senso comum, até a prática mais vulgar, porque o verbo, que é feito para cantar e encantar, raras vezes corresponde ao pensamento. [...] Quando se trata de observar os homens (...), é a simpatia que encontramos na base do processo. Contudo, em face desse mundo inerte, que só se vive através de nossa vida, que não sofre nenhuma de nossas penas nem se exalta com nenhuma de nossas alegrias, devemos dominar todas as expansões e refrear nossa pessoa. [...]”

a busca pela “verdade processual” sem deixar sua posição supra partes. (RANGEL, 2006, p. 19).

Assim, carece de sentido a pretensão de um julgamento neutro e isento de influências, pois a neutralidade, compreendida como ausência de valores e ideologias, é a mais pura utopia, inalcançável em face da essência humana, constituída por razão e emoção. (MAYA, 2014, p. 53).

Ao serem vislumbrados os elementos que compõem o Estado Democrático de Direito, a magistratura visa “assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas, garantindo e fomentando o respeito à dignidade da pessoa humana.” Portanto, seu exercício requer capacidade de compreender os dramas humanos, independência, para posicionar-se de modo equidistante das partes e, ainda, cortesia e transparência. (TOLDO, 2012, p. 32).

Ademais, satisfazer direitos fundamentais indica uma maior ou menor adesão ao sistema normativo de um Estado Democrático de Direito. Contudo, de pouca valia são os princípios que limitam ao arbítrio legislativo quando, na prática, não são observados. (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 31).

De tal modo, por atribuir-se aos magistrados a função de julgar e gerir os recursos jurisdicionais, deve esse ater-se a decisões qualitativamente fundamentadas objetivando à satisfação das necessidades humanas e a proteção de direitos fundamentais e garantias individuais.

3 O SABER CRIMINOLÓGICO

Adota-se, para a exploração do saber criminológico, uma visão macrocriminal, sob enfoque das ciências sociais. Por consequência, qualquer tentativa de definição conceitual sobre a criminologia esbarra nas diferentes perspectivas existentes nas ciências humanas, considerando-se que este saber é recurso interpretativo da realidade.

3.1 Criminologia: um saber do “ser”

No presente título realiza-se uma observação histórica, conceitual e funcional da criminologia, não pressupondo, porém, um avanço linear da técnica criminológica, mas sim a inexistência de um único saber criminológico desde sua origem.

Conforme Zaffaroni, entre o Império Romano e a Idade Média a criminologia já existia, porém sem um corpo teórico, tendo Santo Agostinho, no século IV, ao realizar uma síntese maniqueísta mesclando as concepções da época, dado um dos primeiros passos em direção a um modelo integrado de criminologia. (SHECAIRA, 2014, p. 73-74).

Todavia, a criminologia, dotada de corpo teórico e doutrinário, surge ao final do século XIX, em decorrência do positivismo naturalista e etiológico da escola lombrosiana e, diferentemente de outros ramos do direito, não se desenvolveu apenas sob a perspectiva dogmática, mas no âmbito das humanidades, nasce reivindicando o *status* de estudo do crime e da criminalidade. (CARVALHO, 2013, p. 37-38). Com o deslocamento do estudo específico e abstrato das leis penais aos “processos causais que determinam o delito” e, com o surgimento da figura do *homo criminalis*¹⁵, a criminologia adquire autonomia. (CARVALHO, 2013, p. 37). Tendo alcançado *status* de ciência quando pelo positivismo generalizou-se o emprego do método empírico, ou seja, quando a análise e observação substituíram a especulação e o silogismo, que compunham o método formal. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 43). De fato, ocorre uma luta entre as escolas positivista e classicista, entre partidários do método abstrato, formal e dedutivo, para o qual tudo deriva de deduções lógicas e da opinião

¹⁵ De Cesare Lombroso.

tradicional e, partidários do método empírico e indutivo, onde o método experimental é a chave do conhecimento. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 43).

Segundo Figueiredo Dias *apud* Shecaira, é de Franz Von Lizst a primeira menção de um *modelo tripartido de “ciência conjunta”* do direito penal, que compreenderia como ciências, a estrita e sistemática dogmática jurídico-penal. Assim, seria a criminologia, a ciência do crime, e a política criminal, como conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve guiar-se na luta contra o crime. (grifo do autor) (2014, p. 38).

Contudo, a divergência de núcleo entre as ciências criminais levou a uma readequação no rol das enciclopédias penais, onde a pesquisa criminológica foi reduzida à intervenção punitiva, e posta no papel de auxiliar do direito penal. Porém, frente a esse entendimento, a criminologia ganhou uma alta funcionalidade, atuando de maneira administrativa, com finalidade institucional, e altamente comprometida com fins punitivos. (CARVALHO, 2013, p. 38-40).

Assim, no início do século XX, enquanto na Europa Ocidental assiste-se à redefinição do determinismo etiológico e a criminologia é tratada como auxiliar do direito penal, nos Estados Unidos da América, neste período vive-se o fenômeno da *ruptura criminológica*.¹⁶, a partir de 1895, com o reconhecido enunciado de Durkheim: “el crimen es normal porque una sociedad sin el es completamente imposible”. A partir daí, surgem as condições necessárias a este giro criminológico. (grifo do autor) (CARVALHO, 2013, p. 41). De modo que se “o delito faz parte, enquanto elemento funcional, da fisiologia e não da patologia da vida social”, conseqüentemente, também, o estudo sobre as causas de desvios bioantropológicos, naturais ou patológico-sociais, dá espaço a discursos desvinculados da concepção causal-determinista. (BARATTA *apud* CARVALHO, 2013, p. 41-42).

Importante perceber que, neste momento, a criminologia crítica restou limitada ao espaço acadêmico, enquanto a criminologia tradicional foi realocada nas instituições operacionais do sistema punitivo. (CARVALHO, 2013, p. 42-43).

¹⁶A ruptura criminológica de Rosa Del Olmo desconstrói as importações criminológicas (inclusive as críticas) na direção de uma metodologia que se adéque ao objeto da questão criminal a partir das nossas realidades, associando processos econômicos e culturais ao processo de mundialização do capitalismo, da divisão internacional do trabalho à entrada do positivismo e do correccionalismo na América Latina. Empreendendo a descolonização ideológica da criminologia, e entendendo-a como uma internacionalização do controle social dos resistentes. BATISTA, Vera Malaguti. *O Realismo Marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo*. Disponível em: <http://www.ovp-sp.org/debate_teorico/debate_vera_malaguti.pdf>. Acesso em: 15 de julho de 2015.

Contemporaneamente, pode ser definida a criminologia como

ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social –, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinqüente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito. (MOLINA; GOMES, 2002. p. 39).

Contudo, embora com *status* de ciência empírica, suas pesquisas e informações não devem ser consideradas exatas, concludentes ou definitivas, pois se trata de ciência do “ser”. A cientificidade da criminologia significa, apenas, que esta disciplina, possui condições de oferecer informações válidas e confiáveis sobre o complexo problema dor crime. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 41-42).

Como ciência ou saber do “ser”, a criminologia não é uma ciência exata, que traduz seguranças e certeza inabaláveis, mas, na qualidade de ciência “humana”, apresenta conhecimento parcial, fragmentado, provisório, adaptável à realidade humana e compatível com evoluções históricas e sociais. (SHECAIRA, 2014, p. 39). Assim, tal ciência busca conhecer a realidade para poder explicá-la, aproximando-se do fenômeno delitivo, sorvendo dele informações diretas. À criminologia interessa a realidade, em sua forma original, para poder explicá-la e compreender o crime. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 45). Conseqüentemente, conforme Matza *apud* Molina; Gomes “o subjetivismo, a empatia e a intuição não são incompatíveis com o naturalismo corretamente entendido e têm perfeito cabimento no método criminológico, já que permitem ao investigador captar e compreender os significados do mundo criminal.” (2002, p. 46).

Deste modo, ignorando o conceito jurídico formal de delito, o saber criminológico moderno reclama

maiores cotas de autonomia frente ao sistema legal para selecionar seu próprio objeto com critérios rigorosamente científicos (conceito “definitorial” de delito *versus* conceito “ontológico”); que postula a “normalidade” do homem delinqüente, a “funcionalidade” do comportamento “desviado” e a natureza “conflitual” da ordem social (frente ao princípio de “diversidade” do infrator, da “patologia” da desviação e ao caráter “concensual” que a Criminologia clássica assinalava à ordem social); e que, ao denunciar a extremada relevância do controle social na gênese da

criminalidade (que não “selecionaria” o crime, senão que o “produziria”) e sua atuação discriminatória, sugere um drástico deslocamento do objeto da investigação científica: dos fatores criminógenos (conforme a terminologia das teorias etiológicas convencionais) ao controle social, do delito mesmo, isto é, das variáveis independentes à variável dependente, superando o enfoque etiológico. (grifo do autor) (MOLINA; GOMES, 2002, p. 65).

Logo, a criminologia precisa aceitar o delito como um problema social, posto que apresenta todas as características atribuíveis a um problema social, isto é, tem incidência dolorosa e massiva na população. Ela persiste no espaço e no tempo e inexistente consenso doutrinário a respeito de sua natureza e técnicas eficientes de intervenção, tanto no próprio problema quanto na consciência social sobre sua negatividade. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 71). Neste sentido, entende Shecaira, que tais critérios, usados para identificar um problema social, são, também, elementos constitutivos do próprio conceito criminológico de delito e devem ser entendidos como critérios ensejadores da cristalização de condutas criminosas. (2014, p. 46-48). Logo, assiste razão a Jeffery *apud* Molina; Gomes ao aduzir que “mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões significam mais presos, porém não necessariamente menos delitos”. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 133,135).

Portanto, pertinente à histórica a afirmação de Mably *apud* Foucault, “não teremos sucesso trancando mendigos em prisões infectas que são antes cloacas [será preciso obrigá-los ao trabalho]. Emprega-los é a melhor maneira de puni-los.” (2011, p. 102). Assim, a prevenção é a orientação lógica para evitar a progressão delinquencial, posto ser o ato criminoso mais que um acontecimento isolado e individual, mas que compreende uma gama de relações sociais. Pontualmente, o conceito de prevenção da criminalidade objetiva dispõe de modo que se impeça o dano através da elaboração de medidas e a adoção de providências com antecipação. Fazendo jus à clássica advertência de Beccaria de que “é preferível evitar o crime a que puni-los”. (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p. 340).

Afigura-se como secular a vinculação do delito à ideia de prevenção. Em 1781, Brissot *apud* Foucault, já afirmava que “gostaria que de vez em quando, depois de preparar os espíritos com discurso fundamentado sobre conservação da ordem social, sobre a utilidade dos castigos, se levassem os jovens, mesmo os homens, às minas, às obras, para contemplar o horrível destino dos proscritos. [...]”.

De modo que,

a partir do pensamento crítico da realidade fenomênica, o observador científico se insere na própria realidade a ser observada. Ele busca alternativas para transcendê-la e transformá-la. Isto é, seu conhecimento se insere em uma forma de concepção de mundo que pressupõe a transformação de seu objeto de estudo. Passa, pois, a compor um conceito de práxis. Não se contenta com a existência, mas sim com a essência, pois pretende uma ampla compreensão do fenômeno estudado para servir de guia transformador da realidade posta. (SHECAIRA, 2014, p. 39-40).

Pois, quando se repele, patologiza e anatematiza o crime e seus protagonistas, na busca de infringir-lhes tratamentos psiquiátricos ou a pena; acaba-se por ignorar a presença de carga pessoal e comunitária, conflitiva e aflitiva, que está na base do crime. Assim, afasta-se, também, a possibilidade de uma análise científica, válida e útil do problema criminal. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 72).

Frente a esse arcabouço de idéias, pode-se entender que a criminologia comporta duas óticas distintas, com epistemologia e como práxis. Assim, como práxis, ao apresentar objeto próprio e contemplar diversas áreas de conhecimento, se torna efetivo instrumento de crítica a neutralidade ideológica do Direito Penal, proporcionando a deslegitimação da pena de prisão como principal instrumento de controle social das sociedades periféricas. (ZAFFARONI, 1991, p. 171-173). Afinal, o objetivo a ser perseguido é muito mais nobre que apenas a punição do delinquente, mas sim, uma “explicação convincente do próprio fato delitivo, a reparação satisfatória dos males que causou e sua eficaz prevenção ou razoável controle no futuro.” (MOLINA; GOMES, 2002, p. 72-73). Por isso importante ressaltar a importância do pensamento criminológico como ferramenta de leitura da realidade. (SALO, 2013, p. 45).

Destarte, deve a criminologia ser compreendida tanto como uma ciência do ser, quanto como uma forma de leitura da realidade, não restando limitada a uma confusão entre esta e sua história. Possibilitando, para além de compreensão funcional científica e praxiológica, também a aceitação de sua relevância e necessidade como pressuposto a uma efetiva prestação jurisdicional.

3.2 Cientificidade e interdisciplinaridade

A criminologia relaciona-se amplamente com diversas áreas do conhecimento humano, pois capazes de proporcionar maior percepção ao fenômeno do cometimento

criminal e da personalidade do delinquente. Seu caráter científico e interdisciplinar, está intimamente ligado a seu processo histórico de evolução e consolidação.

Ante a fragmentação interna e diante de inúmeras teorias distintas, a criminologia não delimitou sua unidade de investigação, pois graças à pluralidade de discursos criminológicos e a diversidade de objetos e técnicas de pesquisa, as possibilidades de exploração tornaram-se ilimitadas, fazendo com que o saber criminológico necessite incorporar e coexistir com outras ciências. (CARVALHO, 2013, p. 46-47)

Assim, face o seu caráter científico, a criminologia apresenta algumas características fundamentais, quais sejam de método - empirismo e interdisciplinaridade; de objeto - análise do delito, do delinquente, da vítima e do controle social; de suas funções - explicar e prevenir o crime, intervir na pessoa do infrator e avaliar os diferentes modelos de resposta ao crime. (MOLINA; GOMES, 2002. p. 39).

Pode-se afirmar, como já observado, que a abordagem criminológica é empírica, pois seu objeto é verificável e mensurável, já que se baseia em fatos e, como fatos humanos são repletos de informações, demandam alargar a esfera do conhecimento, contemplando diferentes perspectivas interpretativas. (SHECAIRA, 2014, p. 65-66).

Contudo, enfrenta dificuldades na investigação metodológica objetiva e subjetiva, inerentes ao material de investigação, que é particularmente complexo quando se trata de questões que envolvem a criminalidade, pois há o medo da estigmatização dos sujeitos envolvidos e, ainda, certos interesses políticos na limitação da informação. Ainda, a existência de condicionantes preexistentes na pessoa do investigador que, consciente ou não, tende a inclinar-se a certa direção como premissa de trabalho e pode determinar um resultado que não expresse a realidade. (SHECAIRA, 2014, p. 66-67).

Neste sentido, entende Japiassu que

de forma alguma a ciência constitui um munda à parte. Tampouco instaura um reino isolado em que os especialistas se situariam numa espécie de racionalidade transcendente – numa objetividade supra-histórica -, procurando um saber ‘puro’ e desinteressado – um saber não contaminado ou ‘imaculado’. A ‘neutralidade’ científica de uma ‘imaculada concepção’ da ciência, enquanto tal, é mitológica. Por mais teórica, racional, objetiva, fundamental ou pura que pretenda ser, a ciência é portadora de cicatrizes engendradas por seu contágio com o universo sócio-cultural que a produz e determina seus objetivos. (1981).

Outra importante característica da criminologia moderna é a ampliação e problematização de seu objeto. Ampliação porque tradicionalmente sua investigação restringia-se ao delinquente e ao delito, a inserção do estudo sobre a vítima e sobre o controle social do crime representa uma expressiva extensão qualitativa da análise científica. Problematização, porque o objeto da criminologia tradicional embasava-se de sólidos entendimentos, do conceito legal de crime, das teorias etiológicas da criminalidade, do princípio da diversidade patológica do delinquente e da finalidade da “pena como resposta justa e útil ao delito”. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 64-65).

Assim, o saber criminológico moderno questiona os fundamentos epistemológicos e ideológicos da criminologia tradicional assim, devendo, portanto, ser entendida tal problematização, como uma reconsideração da questão criminal, desmistificadora, que suscita dúvidas sobre os dizeres clássicos face aos conhecimentos científicos interdisciplinares intercorrentes. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 65).

Ademais, o problema da criminalidade, entendido como problema social, requer que o investigador tenha comportamento empático¹⁷, ou seja, requer apreço por um complexo drama humano e comunitário, compatibilizando atitudes de compromisso com o cenário criminal, a distância do objeto e neutralidade científica¹⁸ necessárias à pesquisa. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 72).

Ao adotar essa posição “holista” dos elementos e variáveis do delito, o cientista enriquece os principais pontos de abordagem de sua pesquisa; considerando estar o comportamento delinquencial de um indivíduo profundamente interligado ao seu contexto ambiental. (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p. 757).

Contudo, referendado o pensamento de Nietzsche ao inferir que

sob o império da moralidade dos costumes, o homem despreza primeiramente as causas, depois as consequências, em terceiro lugar a realidade e liga todos os sentimentos elevados (de veneração, de nobreza, de altivez, de reconhecimento, de

¹⁷A capacidade de empatia resulta diretamente da possibilidade de uma pessoa poder se identificar, isto é, de se por no lugar do outro, e de sentir junto com ele, e não por ele. A própria etimologia sugere claramente esta condição de sintonia, de entrar dentro (em) do sofrimento (phatos) do outro. (ZIMERMAM, 2010, p. 127).

“Empatia é olhar com o olhar do outro, é considerar a possibilidade de uma perspectiva diferente da sua, considerando a pessoa em si, os seus valores, o seu sistema de crenças ou os seus desejos. Empatia é sentir-se como se sentiria caso se estivesse na situação e circunstâncias experimentadas por outra pessoa.” (DE PAOLA, Heitor. Da escuta à interpretação: considerações sobre a relação entre empatia e identificação projetiva. Revista Brasileira de Psicanálise, [S.l.], v. 27, p. 99-114. 1993.)

¹⁸Tal neutralidade científica deve ser compreendida sob a ótica de Hilton Japiassu.

amor) a *um mundo imaginário*: que chama de mundo superior. E hoje ainda vemos as consequências disso: desde que os sentimentos de um homem se *elevam* de uma forma ou de outra, esse mundo imaginário está em jogo. É triste dizer, mas provisoriamente *todos os sentimentos elevados* devem ser suspeitos ao homem de ciência, tão ilusórios e extravagantes se mostram. (grifo do autor) (NIETZSCHE, 2007 a, p. 39).

Com isso nota-se que os desvios de conduta delitiva, necessariamente, precisam ser lidos, interpretados e equacionados por meio de critérios científicos interdisciplinares, objetivando a fixação da relação de causa e efeito. (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p. 341).

Assim, se cientificamente importa saber a classificação da criminologia como ciência empírica, do ponto de vista institucional, encontra-se, a depender do conceito espaço-tempo, ou na órbita do direito e das ciências jurídicas, ou como subcapítulo da sociologia. Necessária à classificação deste aspecto institucional da criminologia, pois, além dele há uma “*discussão de papéis*”, uma divergência entre a finalidade da investigação criminológica e da política social. (grifo do autor) (MOLINA; GOMES, 2002, p. 166).

Existem três modelos clássicos para a categorização institucional da criminologia: a) o modelo europeu ocidental, que implica uma dependência orgânica e funcional da criminologia com relação às disciplinas jurídicas e instituições do direito, em posição subordinada e auxiliar a outras ciências; b) o outrora modelo socialista, que indica ainda maior submissão da criminologia socialista que se autodefine como “*ramo da jurisprudência*” ou “*elemento parcial da direção e da sociedade*”, posicionando-se, portanto, como ciência aplicada ao apoio da realidade prática e da legalidade socialista; e, c) o modelo “anglo-americano”, surgido nos Estados Unidos, nasce e se estabelece entre as ciências sociais, independente das ciências jurídicas e posteriormente reconhecido e estabilizado institucionalmente na Europa, consolidou-se por sua rápida sintonização com os problemas reais da sociedade, a utilização do método empírico e interdisciplinar e a ausência de confrontos teóricos e ideológicos radicais, “nasce basicamente para dar explicação científica aos problemas que na verdade interessavam à sociedade – os *social problems*: as múltiplas facetas do crime como fato individual e coletivo, o funcionamento real da máquina judicial e a evolução dos principais programas preventivos”. (grifo do autor) (MOLINA; GOMES, 2002, p. 166; 169).

Enquanto isso, geográfica e historicamente, na América Latina, a criminologia é ciência repleta de questionamentos que produzem mais ferocidade social a respostas, pois inspirada nas fontes do criminológico italiano, delineada etiológica e biologicamente, recebe a

função de auxiliar do direito penal, apenas adquirindo prestígio após a década de oitenta devido ao surgimento de um viés de análise crítica e radical, a criminologia da “reação social”. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 169-170).

Por outro lado, os discursos criminológicos encontrarão nas ciências sociais e humanas importantes instrumentos de análise do crime alheios aos limites dogmáticos. Nesse mesmo sentido, um marco temporal ao fomento da interdisciplinaridade foi o a construção Freudiana da teoria do *criminoso por sentimento de culpa*¹⁹. (grifo do autor) (CARVALHO, 2013, p. 47).

A pluralidade de discursos e a ausência de fronteiras do saber criminológico possibilitam o diálogo e a incorporação de teorias e críticas multidisciplinares na análise dos fenômenos criminais. Essa interface é lícita e os resultados obtidos permitem o desenvolvimento de todos os saberes envolvidos. (CARVALHO, 2013, p. 47-48).

Conforme Sainz Cantero *apud* Ordeig, sociologia ou psicologia criminal, ciência penitenciária, e criminalística, são certamente ciências, contudo não estritamente ligadas ao direito penal, e sim a criminologia que estuda fatos previstos por normas jurídicas penais, considerando-os, “não do ponto de vista jurídico, senão enquanto acontecimentos da vida humana e social”. Contudo, o jurista do direito penal não pode ficar distante da criminologia, pois não pode estar indiferente, volitivamente, à pesquisa que se dedica a estudar, justamente, o que o ordenamento penal impõe, mas principalmente, pelo valor interpretativo das considerações criminológicas. (2002, p. 32-33).

As investigações fragmentárias, realizadas sobre o crime por especialistas de diversas ciências, têm em comum a adoção ao método empírico indutivo, ou seja, a utilização de técnicas de análise, observação e indução, que coincidem e complementam-se no tempo e no espaço. (MOLINA; GOMES 2002. p. 175).

Tais ciências são sempre revestidas de caráter criminal, com seus respectivos métodos, objetivos e informações, acumulando saberes especializado sobre o delito e, determinando a necessidade de coordenação destes, com vistas a eliminar contradições e instrumentalizá-los em um sistema de “retroalimentação”. Assim, analiticamente, a proximidade com um diagnóstico científico e totalizador no crime, somente ocorrerá por meio da síntese e integração destas informações setoriais, através de uma “*instância superior*”. (grifo do autor) (MOLINA; GOMES 2002. p. 46).

¹⁹ “Centra sua análise na possibilidade de o autor do crime buscar, com a prática do ilícito, sanção penal redentora, alívio psíquico”. (CARVALHO, 2013, p. 47).

Logo, a interdisciplinaridade comporta, sob a mesma investigação, diferentes profissionais habilitados à pesquisa científica, conduzindo-os à interação e complementação, para que forneçam subsídios e conclusões à criminologia. (SHECAIRA, 2014, p. 66).

Porém, em face de um modelo não “piramidal” de ciência, há a necessidade de se coordenar as informações setoriais eliminando contradições, para que se instrumentalize um sistema de “retroalimentação”, diante do qual, conclusões possam ser corrigidas e enriquecidas ao serem contrastadas em outros âmbitos e disciplinas. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 46).

Entretanto, não se admitindo monopólio científico, pois conferido pelo princípio da interdisciplinaridade, certa exigência estrutural sobre a cota de participação e lugar hierárquico de cada ciência no tronco comum da criminologia. Afinal, intenta-se, justamente pela interdisciplinaridade, ultrapassar conhecimentos fragmentados e parciais, advindos de uma única ótica científica, afastando-se, da insolente “barbárie do especialismo”, tão acertadamente denunciada por Ortega e Gasset, em seu exemplar *A Rebelião das Massas*. (grifo do autor) (MOLINA; GOMES 2002. p. 46-47).

Destarte as ciências humanas, dentre as várias ciências que buscam explicar o crime (sociologia criminal, antropologia criminal, psicologia e medicina forense, psiquiatria forense, e outras), consubstanciam-se no que se pode nomear de uma ótica ampla sobre as ciências criminais, integrantes de um único grupo maior de conhecimento. (SHECAIRA, 2014, p. 37).

Conforme Manzera *apud* Molina; Gomes resta tão revestido de obviedade a discussão sobre o caráter interdisciplinar e científico da criminologia, quanto sua compreensão como “instância superior que coordena e integra as informações setoriais sobre o problema criminal procedente das diversas ciências”. (2002. p. 46).

Deste modo a criminologia dota-se de uma concepção enciclopédica, pois se utiliza do labor de outras ciências, assim também pode ser denominada de ciência de síntese, porque sua base está calcada justamente em contribuições proporcionadas pelas ciências humanas, voltadas ao estudo da criminalidade. (FERNANDES; FERNANDES, 2002, p. 47). Portanto o princípio da interdisciplinaridade é parte estrutural do saber científico atribuído a sua natureza totalizadora, que não admite prioridades ou exclusões entre seus setores. (MOLINA; GOMES, 2002, p. 47).

Assim, a criminologia precisa, necessariamente, ser compreendida não apenas como uma ciência, que conjuntamente com outras ciências humanas e sociais é capaz de fornecer dados sobre o estudo do fenômeno criminal, mas que, como praxeologia, é capaz de fornecer

elementos sobre a conduta humana, possibilitando uma interpretação dos fatos mais adequada a realidade criminal.

3.3 A interpretação para romper ideologias dominantes

Presente o contexto que evidencia a necessidade de uma decodificação criminológica do universo, das ciências humanas e sociais, expõe-se, de forma condensada, críticas aos discursos ideológicos, com vistas a responder as necessidades e aspirações sociais.

Conforme Kelsen, ao citar Platão, “a função do conhecimento científico não consiste apenas em responder as questões que lhe são dirigidas, mas também em ensinar que perguntas lhe podem ser sensatamente dirigidas”. (KELSEN, 1998. p. XXVII).

Em uma abordagem histórica e filosófica, após a desconstrução da razão prática²⁰ pela filosofia do sujeito²¹ não há como fundamentar o normativismo do direito racional na história e constituição do homem, ou em suas de tradições bem sucedidas. Deste modo, sua normatividade caracteriza-se pela necessidade em atribuir idealizações²², e assim, o “ter que” destitui-se do sentido prescritivo de regra de ação para adquirir contorno de coerção intimamente ligado a mandamentos morais. (grifo do autor) (HABERMAS, 2003, p. 19-20).

Assim sendo, “o status ideal que empresta aos pensamentos uma estrutura proposicional a salvo da corrente das vivências, garantindo aos conceitos e aos juízos conteúdos gerais, reconhecíveis intersubjetivamente e, deste modo, idênticos, sugere a idéia de verdade”. (HABERMAS, 2003, p. 31).

Diante disto, uma teoria de justiça que busca explicar a sociedade, por estar acima de instituições e tradições, encontra dificuldades em explicar o binômio caracterizado entre ideal e realidade. (HABERMAS, 2003, p. 245).

²⁰ A razão prática intentava direcionar o agir do indivíduo, instituída de forte ligação com o elemento moral. (HABERMAS, 2003, p. 19).

²¹ É a autocriação de sistemas dirigidos auto referencialmente, inspirado na idéia hobbesiana da autoafirmação do indivíduo, ou seja, o indivíduo e a sociedade passam a formar um subsistema, que ao lado de outros subsistemas, formam o “sistema mundo-circundante”. (HABERMAS, 2003, p. 18).

²² “Atribuir significados a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, autônomos e verazes.” (HABERMAS, 2003, p. 20).

A ligação da validade do direito a sua gênese não permite uma solução simétrica do problema da racionalidade. Por isso, a interpretação positivista, prática da decisão judicial, reduz a garantia de segurança jurídica à garantia de segurança do julgador. A precedência da segurança jurídica revela-se no modo como o positivismo trata os “casos difíceis”. Em tais casos, se revela de modo bastante claro o problema interpretativo: como fundamentar a adequação de decisões seletivas inevitáveis? (HABERMAS, 2003, p. 251-252).

Hart *apud* Habermas entende que a carência de interpretação das normas jurídicas é resultado da estrutura aberta das linguagens naturais, concluindo que na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio. “O juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais que não são mais cobertos pela autoridade do direito.” (HABERMAS, 2003, p. 251-252).

Neste sentido, a criminologia tem de ser vista como recurso interpretativo dos sintomas contemporâneos e não como método ou técnica para o estudo apenas de seus objetos referenciais, ou mesmo como objeto de estudo, confundindo-se com sua história. (CARVALHO, 2013, p. 45).

Pois, afinal, mesmo antes de consultar suas respectivas normas, o intérprete, ao se deparar com um litígio jurídico, inclina-se a uma solução com base em sua pré-compreensão; a qual abrange a visão pessoal de mundo, seus valores, tradições e ideologias da comunidade da qual faz parte. Isto por que os seres humanos compartilham ideias, bem como as suas raízes. (NETO; SARMENTO, 2013. p. 418).

Assim, admitir a superação aos eufemismos e imposições das normas jurídicas sugere reconhecer a presença de decisões contra *legem*. Ainda que recaia sobre tais decisões o peso de inominadas fundamentações e exemplificações, doutrinárias ou jurisprudenciais de ampla complexidade, essas fazem parte da orbe problemática afrontada pelo julgador. Logo, sob tal ótica, gera a criminologia fundamentos para amenizar a dificuldade de alguns casos. (BUSTAMANTE, 2010, p. 173-174).

Conveniente García, ao mencionar que

conhecer o sentido último do homem e da humanidade implica partir do mundo objetivado por ele, sendo que o mundo, por sua vez, não pode ser entendido sem levar em conta a peculiaridade axiológica – onto-axiológica – da pessoa, centro e

explicação última da sua própria realidade, como presente, passado e futuro por fazer. Daí o sentido da cultura como “paradigma” necessário na explicação do homem e da realidade. (1999, p. 99)

Ademais, todo paradigma tenta ser um resumo da realidade, um protótipo teórico que embora não alcance a realidade com toda sua complexidade, é uma maneira de tornar as coisas acessíveis na busca de uma compreensão pelo menos razoável da realidade. Contudo, sofrem contestações, que aparecem quando esses não mais satisfazem os questionamentos que borbulham com o passar do tempo. Então surge rompendo, embora parcialmente, com o anterior, um novo paradigma, e esta é a noção de ciência comum. (KUHN, 2003. p. 220).

Por isso é que “a subjetividade do sujeito que interpreta não constitui obstáculo para a compreensão, mas condição indispensável de sua possibilidade”, pois quando se dedica em conhecer o objeto em discussão, o interprete, afasta-se de um processo metódico e impessoal para buscar uma compreensão eficiente, verdadeira e atual, doando de certa forma sua vida e alma. (MEGALE, 2005, p. 165).

Por ser um processo aberto do qual compartilham todos sobre quem incide a norma jurídica, a interpretação admite probabilidades e alternativas diversas, e a conexão por ela possibilitada se transforma em liberdade, ao ponto que se aceita uma nova orientação hermenêutica que contradiz ao sistema de ideias de subsunção. Apresenta-se como consequência da necessidade de integração da realidade com a interpretação o aumento ao círculo de interpretes, afinal quando se reconhece que a norma não é decisão simplesmente pré-estabelecida acaba-se por questionar sobre os participantes desse processo no seu desenvolvimento funcional. (HABERLE, 1997, p. 30).

Por isso, o juiz, ao assumir sua posição no Estado Democrático de Direito, passa a ter legitimidade de atuação, que é constitucional e não política, calcada na função de proteção aos direitos fundamentais, ainda que tenha, para isso, de posicionar-se contrariamente a maioria. (LOPES JR., 2014, p. 157).

Quando se questiona *a serviço de quem esta o juiz* transfere-se tal discussão ao cenário das garantias orgânicas, mais especificamente, da independência, pois para que exista um juiz imbuído verdadeiramente das garantias constitucionais, necessariamente, deve estar liberto de fatores externos – exterioridade a todo o sistema de poderes -, pois sua função é “atuar como *garantidor* da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo

penal”. Contudo, esta independência resta atrelada à prova produzida no processo, mediante a plena observação das garantias fundamentais. (grifo do autor) (LOPES JR., 2014, p. 158-160).

Porém, embora valha prerrogativa orgânica de independência, pouca eficácia possui quando o julgador é totalmente *dependente do pai-tribunal*, sendo incapaz de pensar além do que esse pensa. Ademais, quando determinada decisão vale porque foi proferida por determinado tribunal, e não por que é uma *boa decisão*, impende-se a evolução, passando a ser o julgador “mero repetidor acrítico e autofágico”. (grifo do autor) (LOPES JR., 2014, p. 161).

Logo, “Antes de ser uma faculdade moral, julgar é um evento. São os dois tão inseparáveis como o texto o é do contexto. De facto, talvez ganhássemos em distinguir melhor a justiça como valor moral do julgamento – estético, literário, científico – do acto de julgar.” Afinal, a justiça conhece apenas julgamentos de situação, pois o juiz delibera sempre sobre casos envolvendo situações subjetivas e específicas, e condiciona seu julgamento a determinadas condições reguladas processualmente. (GARAPON, 1997, p. 18-19).

Portanto, é de se ter assente que o evento de julgar é parte do direito e, conseqüentemente da justiça, porém essa não pode ser reduzida ao direito. Neste sentido a filosofia do direito lembra que para fazer justiça é preciso falar, testemunhar, provar, escutar e decidir, e para tudo isso é indispensável que se esteja em situação de julgar. Assim, o primeiro gesto da justiça é arquitetural e simbólico, delimitar um espaço sensível para se jogar o jogo. (GARAPON, 1997, p. 19).

Sendo a filosofia do direito uma busca do justo *in abstracto*, por meio de regras busca o “bem julgar”, obriga a inserção *in concreto* no ato de julgar, e, essa experiência é tão revestida de caráter social, pessoal e político, quanto jurídico. A justiça experimenta regularmente o mal, a crueldade, a resistência dos fatos e a fragilidade das provas, o que gera, por vezes, a exclusão da verdade. (GARAPON, 1997, p. 19).

Neste sentido, onde houver conflito jurídico, deparar-se-á sucessivamente com três subsídios: fato, valor e norma. De forma que o Direito pode ser percebido sob três óticas distintas, porém complementares, como medida de justiça; como preceito regulamentador do agir e como resultado histórico-social. (REALE, 2002, p. 509).

Dessa forma, as práticas judiciárias são formas pelas quais a sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e conseqüentemente, a relação entre o homem e a verdade. (FOUCAULT, 2002, p. 11).

Assim, só um juiz que tenha a *dúvida como habito profissional e como estilo intelectual*, e que não assuma postura de defesa social²³ é merecedor do poder que lhe é conferido. Assumir a capacidade de ser um *jugador-julgado*, de exercitar a abstração, de respeitar o outro e sua diversidade ao tomar seu local de fala, é indispensável ao pleno exercício de julgar. Afinal, o exercício de julgar pode ser extremamente projetivo, por quanto o magistrado tira de si e expõe no mundo exterior todos os seus atributos tido como indesejáveis, entrando em contato com seus conteúdos sombrios, trazendo-os à tona, e buscando projetá-los menos em quem julga. (grifo do autor) (LOPES JR., 2014, p. 163;165-166).

Neste cenário a toga-máscara torna-se indispensável como instrumento de purificação do julgador, a qual põe fim as suas imperfeições e fomenta um sentimento de superioridade. Assinalando, portanto, a vitória do parecer sobre o ser, retira a condição de mortal do juiz e lhe transforma em ator, conferindo sua forma e sua razão social. Com isso, quando os atores judiciários escondem-se atrás de uma toga, despersonalizando-se, transformam o ritual judiciário em apenas exterioridade. E assim, ao máscarar os elementos integram suas decisões e contribuem à mistificação da justiça. (GARAPON, 1997, p. 85-87). Esse é o entendimento de Carnelutti, quando afirma que

Nenhum homem, se pensasse no que ocorre para julgar um outro homem, aceitaria ser juiz. Contudo achar juízes é necessário. O drama do direito é isto. Um drama que deveria estar presente a todos, dos juízes aos julgados no ato no qual se exalta o processo. O Crucifixo, que graças a Deus, nas cortes judiciárias pende ainda sobre as cabeças dos juízes, seria melhor se fosse colocado defronte deles, a fim de que ali pudessem com frequência pousar o olhar, este a exprimir a indignidade deles; e, não fosse outra, a imagem da vítima mais insigne da justiça humana. Somente a consciência da sua indignidade pode ajudar o juiz a ser menos indigno. (2002, p. 35).

Assim, “talvez a coisa mais indispensável que possamos fazer no nosso dia a dia, enquanto seres humanos, seja recordar a nós próprios e aos outros a complexidade, fragilidade, finitude e singularidade que nos caracteriza”. (DAMÁSIO *apud* LOPES JR., 2014, p. 1098).

²³ “Referindo-se à Teoria da Defesa Social, de Marc Ancel, nascedouro de outras como lei e ordem, tolerância zero, etc.” (LOPES JR., 2014, p. 163).

Não existe racionalidade sem sentimento, emoção, por isso é imprescindível aceitar a parcela de subjetividade presente em qualquer ato decisório. Deste modo, a motivação das decisões judiciais serve, justamente, para o controle da racionalidade da decisão, com a finalidade de que se explique o porquê da decisão, a motivação sobre a matéria fática deve demonstrar o *saber* que legitima o *poder* da decisão. (grifo do autor) (LOPES JR., 2014, p. 1097).

A avaliação perspicaz de possíveis consequências do julgado por parte do magistrado, que, ciente de sua intuição e criatividade, consegue sair da legalidade óbvia mais aplicável ao caso, buscando outra norma, com a qual julgará mais adequadamente. Trata-se da utilização de uma interpretação criativa, observando-se, além da segurança jurídica, as repercussões de suas decisões no destino das pessoas envolvidas. Aceitando a comunhão no ato de julgar de pensamento e sentimento. (PRADO, 2010, 93). Neste mesmo sentido, entende Nietzsche que: “Os sábios têm razão quando pensam que os homens de todas as épocas imaginavam *saber* o que era bom e mau. Mas é um preconceito dos sábios acreditar que *agora* estamos *mais bem* informados a respeito do que em qualquer outra época.” (2007b, p. 21).

Deste modo, é necessário compreender as ciências criminais, sobretudo, como ciências relacionadas a grupos de poder e estabelecendo o crime como fenômeno sociopolítico, do qual o criminoso faz parte de uma minoria, e por vezes, é assim induzido a agir por grupos dominantes que manipulam o direito e o Estado para criminalizar condutas contrárias aos seus interesses. Nesse sentido, a interpretação criminológica da realidade deve estar presente em todas as decisões judiciais, que por essa devem ser motivadas.

4 CONDICIONANTES EXTRAJURÍDICOS DOS MAGISTRADOS NA DOSIMETRIA DA PENA

Ao magistrado é conferido função essencial ao controle da vida em sociedade, o qual atinge diretamente importantes aspectos da vida individual. Assim, para atender as expectativas que lhe são atribuídas, precisa-se empreender verdadeira busca pelo conhecimento, para que não reste estagnado pela dogmática jurídica. Afinal, é indissociável no ato da tomada de decisão a separação entre racionalidade e emoção, indiferentemente desse ato ser discricionário ou condicionado, relevante é que o magistrado esteja ciente desta verdade.

4.1 Individualização e sistema trifásico de dosimetria da pena

Sob enfoque judicial, a individualização da pena é princípio constitucional, que representa também importante Direito Humano Fundamental, pois trata-se do fato do acusado obter pena justa e livre de padronizações, constituindo-se em verdadeira proteção contra o excessos do Estado. Está, tal princípio, portanto, intimamente ligado aos fundamentos, finalidades e quantidades da pena. Nesses termos, é possível aferir que

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infame para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelas penas, porque enquanto o delito costumava ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. (FERRAJOLI *apud* GRECO, 2014, p. 477).

A pena é decorrência natural imposta pelo estado ao sujeito, o qual, ao praticar infração penal, é regularmente processado. Logo, a pena está condicionada aos princípios emanados da Constituição Federal, pois, quando o Estado se reveste de caráter garantidor de direitos daqueles que o compõem, necessariamente, deve fixar limites ao seu direito de punir. (GRECO, 2014, p. 477).

A individualização da pena é uma máxima do direito penal moderno, pois o homem é tido como um “homem-no-mundo”, ou seja, completamente integrado à sociedade, visto como sujeito de direitos perante o Estado por ele próprio criado para respeitá-lo e protegê-lo. Assim, refuta-se a ideia de um “homem-fora-do-mundo”, isolado individualmente, como no período da Idade Média. (BOSCHI, 2014, p. 143; 145).

Nesse sentido, efetivamente, a individualização da pena concretiza-se por diferentes fases. Quanto à fase legal, os parâmetros empregados pelo legislador indicam “típica atividade de etiquetamento de condutas”²⁴. Na fase seguinte, a pena é individualizada *em concreto* pelo magistrado competente ao juízo de condenação. Por fim, na terceira fase, o juiz das execuções, observando a pena sentenciada, conduzirá o processo de execução consoante o programa individualizado. (grifo do autor) (BOSCHI, 2014, p. 148-149).

Observa-se que, na segunda fase, quando a pena é individualizada em concreto pelo juiz, o atual Código Penal por meio do artigo 59²⁵ prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. (GRECO, 2014, p. 481).

É imprescindível mencionar, portanto, as antinomias existentes relativas às finalidades da pena. Para Ferrajoli *apud* Greco

são teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’ ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não como um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. (2014, p. 481).

²⁴ “Como denunciado pela corrente criminológica do *labelling approach*, que estuda o crime e a criminalidade para além do direito positivo, de modo a aferir um modelo ou padrão crítico tanto do direito vigente como direito a constituir, indicando-se ao legislador aquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele poderia e deveria deixar de fora do âmbito do direito penal.” (grifo do autor) (BOSCHI, 2014, p. 149).

²⁵ Artigo 59 do Código Penal: “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 - 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.”

Assim, a teoria adotada pelo Código Penal consubstancia as teorias absolutas e relativas, harmonizando a necessidade de reprovação e prevenção do crime “numa espécie de teoria mista ou unificadora da pena.” (GRECO, 2014, p. 483).

Neste sentido, as finalidades de reprovar e prevenir o crime são delimitadas pela “necessidade e suficiência”. Necessidade, ao que se refere à natureza da pena aplicada, e suficiência, no tocante à extensão da pena considerada necessária, ou seja, sua duração ou valor. (SANTOS, 2006, p. 555).

O processo intelectual de individualização e aplicação da pena, que busca estabelecer a pena necessária e suficiente, segue uma sequencia metodológica, a iniciar pela visualização da pena base, valorando a incidência de agravantes ou atenuantes, e ao final, a fixação da pena definitiva, fundada nas causas especiais de diminuição ou aumento da pena. (SANTOS, 2006, p. 555).

A primeira indicação legal para o juiz aplicar a pena necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime, é a moldura ao tipo penal. (SANTOS, 2006, p. 556). Tipo penal é o modelo legal e abstrato de conduta, podendo ser classificado com tipo básico, ou seja, a figura central do crime, cuja descrição da conduta fornece a capitulação jurídica; ou, tipo derivado, composto pelas circunstâncias do crime. (NUCCI, 2005, p. 164).

Circunstâncias são compreendidas como elementos acidentais que acompanham determinada situação, juridicamente seu orbe é amplo e complexo, pois não apresenta sistemática própria, surgindo em sua forma jurídica conforme sua posição na lei penal. (NUCCI, 2005, p. 164; 166).

Conforme Azevedo *apud* Nucci, essa distinção de classificação legal resulta somente da técnica legislativa. Em outros termos, não há alterações na estrutura típica, uma vez que todas têm por referência dogmática o bem jurídico, que se encontra no contexto existencial da ação e do agente, ou seja, embora diferente da sua classificação legal, todas orbitam o crime. (2005, p. 166).

Nesse mesmo sentido, dentre os tipos penais há espaço entre as cominações máximas e mínimas que possibilitam ao magistrado, posterior à análise das circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59 do Código Penal, fixar a mais adequada ao caso apreciado. (GRECO, 2014, p. 568).

Quanto à segunda indicação para o juiz aplicar a pena necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime, refere-se ao conteúdo da moldura legal do tipo. Contudo, apenas a delimitação da moldura e o percurso do método legal não conduzem a determinação

da pena necessária e suficiente à reprovação e prevenção criminal, pois não existem fórmulas matemáticas para cálculo da pena. De modo que, somente processos intelectuais e emocionais do magistrado, respeitando o emprego do método legal, conduzem a determinação adequada da pena necessária e suficiente para reprovar e prevenir o crime. (SANTOS, 2006, p. 556-557).

Assim, a individualização da pena consubstancia-se em importante fonte de legitimação do direito penal, visto que considera a prática de um fato por um indivíduo único, repleto de particularidades intransferíveis, proporcionando a “conciliação de dois extremos; a igualdade sobre a qual está assentado o direito penal moderno e a diferença, que está presente na natureza, nas sociedades humanas e em todas as pessoas.” (BOSCHI, 2014, p. 155).

O artigo 68, do Código Penal, estabeleceu o método trifásico para a fixação da pena, *in verbis*, “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.

Ademais, no que tange a motivação da sentença, “o juiz tem que dizer não somente por que razão condena, mas também por que aplica determinada pena, especialmente no que respeita à quantidade.” (TORNAGUI *apud* SHECAIRA; CORRÊA JR, 1995, p. 175).

Contudo, o artigo 68 do Código Penal não permite observar a totalidade do fenômeno da individualização da pena, pois o magistrado, antes mesmo de aplicá-lo, deve optar pela pena aplicável dentre as penas possíveis²⁶, para só então iniciar o processo de quantificação da pena privativa de liberdade. (BOSCHI, 2014, p. 153).

Assim, quando houver previsão legal de penas alternativas, a opção qualitativa se dará primeiro na escolha daquela que mais adequadamente atenda aos critérios de prevenção e retribuição, para posteriormente, seguir o rito trifásico. (BOSCHI, 2014, p. 153).

Deste modo, primeiramente, deve-se verificar se alguma das circunstâncias previstas pelo artigo 59 também se amolda a outras circunstâncias legalmente descritas; se não ocorrer, poderá ser analisada “*per se*”, como parte de um conjunto de elementos positivos ou negativos capaz de propiciar um maior ou menor grau de reprovabilidade. (NUCCI, 2005, p. 167). As circunstâncias judiciais que estabelecem a pena base são gênero, cuja espécie está contida no artigo 59 do Código do Penal. Tal nomenclatura provém, justamente, do fato de que é o

²⁶ Artigo 155, parágrafo 2º, 150, 151, 153, 164, entre outros do Código Penal, autorizando ora aplicação de pena restritiva de liberdade ora aplicação de multa. (BOSCHI, 2014, p. 153).

magistrado, na individualização da pena base, quem lhes confere em concreto, carga de valor. (BOSCHI, 2014, p. 160-161).

Posterior à fixação da pena base, passam a serem analisadas as circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas na parte geral do Código Penal, dos artigos 61 a 66, e seu *quantum* de redução e aumento, o qual não se encontra pré-determinado legalmente, estando sujeito à discricionariedade do magistrado, que necessariamente, deve guiar-se pelo princípio da razoabilidade. (GRECO, 2014, p. 569; 571).

Destaca-se, ainda, o posicionamento sumulado do Superior Tribunal de Justiça a impossibilidade de redução da pena base por atenuantes aquém do mínimo legal.²⁷ No entendimento de Rogério Greco, trata-se de interpretação contra *legem* uma vez que o artigo 65 do Código Penal não indica sua aplicação apenas aos casos em que a pena base tenha sido fixada acima do mínimo legal, não sendo esta discussão meramente acadêmica, mas de importante repercussão prática, exemplificativamente no caso da prescrição, da aplicação de penas alternativas ou do regime inicial de cumprimento da pena. (GRECO, 2014, p. 569).

Ainda no tocante a dosimetria da pena, no caso de concurso entre agravantes ou atenuantes a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. (GRECO, 2014, p. 570 -571). Ainda, necessário mencionar que circunstâncias agravantes e atenuantes classificam-se como subjetivas e objetivas, visto que ora dizem respeito ao elemento subjetivo do injusto, ora ao seu efetivo conteúdo. São, caracteristicamente, ainda consideradas legais, genéricas, taxativas e obrigatórias, porque regidas pelo princípio da legalidade devem estar elencadas por lei (excepcionadas as circunstâncias atenuantes inominadas conforme artigo 66²⁸ do Código Penal). Aplicam-se a todas as condutas infracionais, não comportando analogias, ampliações ou extensões, tampouco podendo ser ignoradas pela sentença quando comprovada sua existência, salvo para evitar sua bivaloração. (BOSCHI, 2014, p. 200-201).

O terceiro momento refere-se à aplicação de causas majorantes e minorantes da pena. Assim, enquanto as majorantes são circunstâncias legais específicas, que obrigam o magistrado a elevar a pena, as minorantes reduzem-na, obrigatoriamente, conforme quantidades pré-estabelecidas legalmente em cotas fixas ou variáveis. A circunstâncias legais

²⁷ Súmula número 231, Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 05 de out. de 2015.

²⁸ Artigo 66 do Código Penal: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

específicas, ainda, podem ser genéricas ou específicas, distribuindo-se pela parte geral e especial do Código Penal. (NUCCI, 2005, p. 170-171; 174).

É pacífico entendimento doutrinário quanto à extrapolação dos parâmetros legais, aquém do mínimo ou além do máximo, pois, necessária à diferenciação de pena, por exemplo, do crime tentado e do crime consumado. (GRECO, 2014, p. 571). Integram a estrutura típica do delito, por isso permitem a fixação da pena acima ou abaixo do prescrito em abstrato previsto para o crime. (NUCCI, 2005, p. 171). Assim, no caso de concurso, pode o magistrado limitar a incidência a uma só causa de aumento ou de diminuição, prevalecendo a de maior peso. (GRECO, 2014, p. 571).

Nas palavras do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Carvalhido, *apud* Rodrigues, citado por Nucci

[...] a consideração só quantitativa das causas especiais de aumento de pena, submetidas a regime alternativo, é expressão, em última análise, da responsabilidade penal objetiva, enquanto a qualitativa é própria do direito penal da culpa e atende aos imperativos da individualização da pena, permitindo *ad exemplum*, que uma única causa especial de aumento alternativo possa conduzir o *quantum* de pena para além do mínimo legal de aumento, que, em contrapartida, pode ser insuperável diante do caso concreto, mesmo em se caracterizando mais de uma causa especial de aumento dessa espécie. (grifo do autor) (2005, p. 174-175).

Embora paradoxal, o fato de que causas de diminuição e aumento da pena, agravantes e atenuantes tenham a mesma raiz, e aquelas não precisem respeitar as fronteiras máximas e mínimas tipificadas, enquanto estas sim, o sistema trifásico de dosimetria da pena serve, justamente, para evitar que tais circunstâncias sejam embaralhadas e utilizadas em quantidades quaisquer, sem a observação de determinados parâmetros previamente fixados. (NUCCI, 2005, p. 172).

Deste modo, a individualização e quantificação da pena, preceitos constitucionais e determinações legais, efetivam-se por meio de processo judiciário discricionário juridicamente vinculado, com a finalidade evitar a padronização da pena.

4.2 A subjetividade presente na dosimetria da pena

Se o controle sobre o conhecimento é possível, o magistrado não pode ser dependente de seus impulsos, porém, deve compreendê-los como fragmento de seu conhecimento, assumindo a responsabilidade pelo ato gerado.

Consoante à exposição de motivos do Código de Processo Penal

a sentença deve ser motivada. Com o sistema do relativo arbítrio judicial na aplicação da pena, consagrado pelo novo Código Penal, e o do livre convencimento do juiz, adotado pelo presente projeto, é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, [...]. (VADE MECUM, 2015, p. 619).

Dentre os parâmetros, abstratamente fixados pelo legislador, o magistrado elege, discricionariamente, o quantum ideal, valendo-se de seu livre convencimento, porém, condicionado a fundamentada exposição. (GRECO, 2014, p. 481).

Trata-se de um verdadeiro “processo de discricionariedade vinculada”, através do qual o juiz, visando à suficiência da reprovação e a prevenção do delito, estabelece a pena cabível, observando as delimitações pré-determinadas por lei. Assim, embora haja discricionariedade, é aplicada mediante incidência de determinados parâmetros dos quais não pode furtar-se. (NUCCI, 2005, p. 160-162). Portanto, a fundamentação das decisões judiciais é o que separa o poder discricionário do juiz de seu arbítrio propriamente dito. (BOSCHI, 2014, p. 155).

Desse modo, “a obrigatoriedade de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais deve ser entendida como uma das garantias do cidadão inerentes ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito.” (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 33).

Nesse sentido, segundo o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence *apud* Greco,

não responde à exigência de fundamentação de individualização da pena-base e da determinação do regime inicial de execução de pena a simples menção aos critérios enumerados em abstrato pelo art. 59 do CP, quando a sentença não permite identificar os dados objetivos e subjetivos a que eles se adequariam, no fato concreto, em desfavor do condenado. (2014, p. 568-569).

Assim sendo, não é suficiente o juiz apontar elementos categóricos, repletos de termos vagos e imprecisos; deve fundamentar suas decisões explicitando critérios, métodos e conceitos, pois apenas desta maneira estará atendendo ao requisito constitucional da fundamentação de decisões. De forma que não se admite que seja colado ao acusado juízo negativo de personalidade sem demonstrar a base legal de tal enunciação. (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 56).

Contudo, a valoração do histórico do acusado, nitidamente presente em nosso sistema jurídico, acaba criando mecanismos pelos quais ainda é dependente a sentença do arbítrio do magistrado; de forma que “[...] geralmente, chegado o momento da decisão o juiz já decidiu [...]”. (BRUM, 1980, p. 72).

A determinação da pena base, observado o disposto no artigo 59 do Código Penal, objetiva a determinação de quatro consequências, quais seja a determinação do tipo de pena aplicável, a quantificação da pena indicada ao caso concreto, o regime ou valor de seu cumprimento, e a possibilidade de substituição da pena. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 709).

Denominam-se circunstâncias judiciais as elencadas no artigo 59 do Código Penal, Tendo em vista que as mesmas não possuem expressa definição legal, e, portanto, sendo valoradas pela análise do juiz. Tais circunstâncias constituem particularidades que envolvem a figura base do delito, não sendo, porém, integrantes da tipicidade derivada ou circunstâncias legais genéricas, possuindo, portanto, caráter residual. (NUCCI, 2005, p. 167).

Desse modo, em relação à fixação da pena base, cada uma das circunstâncias judiciais deve ser avaliada e valorada singularmente, não podendo o juiz referi-las de forma genérica, sob pena de nulidade da sentença, visto que as partes possuem direito em saber quais os motivos pelos quais o juiz a quantificou em determinado patamar. (GRECO, 2014, p. 568)

As circunstâncias judiciais como espécie do gênero circunstância classificam-se em subjetivas e objetivas. As subjetivas: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos do crime, são assim denominadas porque dizem respeito ao sujeito ativo do fato ilícito. As objetivas, ou circunstâncias do crime propriamente ditas referem-se às consequências do crime e comportamento da vítima. (BOSCHI, 2014, p. 161). Tem-se que os elementos relativos ao agente são os componentes mais importantes das circunstâncias judiciais. (SANTOS, 2006, p. 558).

No que concerne à culpabilidade, prescinde diferenciar a culpabilidade como um dos elementos do conceito tripartido de crime - que é a análise dirigida à configuração da infração

penal, quando se afirma que o agente que praticou o fato típico e ilícito era imputável, tendo conhecimento sobre a ilicitude do fato e lhe sendo exigível conduta diversa -, da culpabilidade valorada na determinação da pena base, que se refere à “censurabilidade do ato, tendo como função fazer com que a pena percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador”. (GRECO, 2014, p. 571-572).

Neste sentido, o juiz deve considerar o conceito de culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social, de tal modo que o juízo de censura incida tanto sobre o fato, quanto sobre o autor em sua individualidade. (NUCCI, 2005, p. 188).

Assim sendo, a medida de culpabilidade provoca um juízo de valoração objetivo e subjetivo, portanto, embora embasado por elementos palpáveis, ainda é produto da apreciação pessoal do magistrado, consoante sua sensibilidade, experiências de vida, conhecimento e cultura, bem como sua intuição, que também integra o processo de conhecimento e descoberta de dados no momento da avaliação da prova. (NUCCI, 2005, p. 190-191).

Conforme jurisprudência estrangeira do Superior Tribunal de Justiça Português citado por Maia Gonçalves *apud* Nucci,

a pena em caso algum pode ultrapassar a medida da culpa, mas é muito difícil, na falta de um padrão disponível ‘medir’ a culpa de quem pratica fatos criminalmente repreensíveis. O juízo da culpa releva, assim, necessariamente, da intuição do julgador, assessorada pelas regras da experiência. Como juízo de valor, é um juízo de apreciação que enuncia o que as coisas valem aos olhos da consciência e o que deve ser do ponto de vista da validade lógica e da moral ou do direito, este fornecido pela punição prescrita para o fato. (2005, p. 190-191).

Quanto aos antecedentes, dizem respeito ao histórico criminal do acusado que não se preste para efeitos de reincidência. Em virtude da aplicabilidade constitucional do princípio da presunção da inocência, somente condenações anterior com trânsito em julgado podem ser valoradas. (GRECO, 2014, p. 572).

A conduta social engloba o comportamento do agente perante a sociedade, ou seja, o relacionamento do réu perante seus pares, verificando se reconhecidamente um indivíduo calmo ou agressivo, ou até mesmo se possui algum vício. Enfim, se seu comportamento social poderá de alguma maneira ter influenciado no cometimento da infração penal. (GRECO, 2014, p. 573)

Contudo, a valoração de sua conduta social e familiar deve ser valorada em relação à sociedade na qual o réu encontra-se inserido e não em “relação à sociedade formal dos homens tidos como ‘homens de bem’”. (BOSCHI, 2014, p. 170).

Portanto, o juiz deve conhecer a pessoa que está julgando a fim de conseguir visualizar se necessária uma reprimenda em maior ou menor grau, daí advém à importância das perguntas dirigidas ao acusado e as testemunhas. (NUCCI, 2005, p. 201).

Ademais, deve-se considerar que a própria sociedade cria ambientes propícios ao despertar de condutas violentas, conforme o grau de competitividade e demais fatores econômicos, que acaba por inserir determinados grupos sociais na marginalidade. (NUCCI, 2005, p. 203).

Em relação à personalidade do agente, ensina Moura Teles *apud* Greco, “não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências – da psicologia, psiquiatria, antropologia – e deve ser entendida como complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito”. Ainda, segundo Greco, se desprovido o juiz de capacidade técnica necessária à aferição da personalidade do agente, resta incapacitado para análise apropriada e, portanto, não deve levá-la em consideração para fixação da pena base - inclusive, sob afronta ao chamado direito penal do fato, pois prioriza a análise das características individuais do autor. (2014, p. 574).

Contudo, o conceito de personalidade é objeto de enorme controvérsia devido a seus limites difusos e imprecisos. Assim, como operadores da justiça criminal não possuem formação acadêmica adequada a decidir sobre o complexo conteúdo do conceito, a jurisprudência brasileira tem-lhe atribuído um significado leigo, isto é, como conjunto de sentimentos e emoções pessoais, distribuído entre os polos da emotividade e estabilidade ou, atitudes e reações individuais na escala sociabilidade e agressividade, que, verdadeiramente, pouco indica sobre a personalidade do condenado. (SANTOS, 2006, p. 562-563).

A personalidade não é algo estável que apenas nasce com o indivíduo, pois se modifica continuamente em intensidades variadas, abrangendo além de manifestações genéticas, traços emocionais e comportamentais, herdados ou adquiridos, num sentido de totalidade que permite aos indivíduos distinguirem-se uns dos outros. (BOSCHI, 2014, p. 172).

Especificamente, a personalidade é definida como “um padrão de traços relativamente permanentes e de características singulares, que confere, ao mesmo tempo, consistência e individualidade ao comportamento de uma pessoa.” Enquanto os traços contribuem para a

consistência comportamental, podendo ser únicos ou comuns, o padrão é sempre diferente em cada indivíduo. Já as características são qualidades singulares que incluem, por exemplo, o temperamento e a inteligência. (FEIST; FEIST, 2011, p. 4).

No entanto, é imprescindível que se faça uma análise conjunta do meio e condições sociais em que o agente se formou e vive, pois o “bem nascido que tende ao crime deve ser mais severamente apenado que o miserável que praticou uma infração penal para garantir sua sobrevivência”. (NUCCI, 2005, p. 208).

Quanto aos motivos, leciona Vergara *apud* Greco que “os motivos determinantes da ação constituem toda a soma de fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja idoneidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção dinâmica, todas as nossas forças psíquicas”. (2014, p. 574). Os motivos como “móbil” do crime, designam o aspecto dinâmico das pulsões instintuais, que conferem qualidades negativas ou positivas à conduta, relevantes a fixação da pena base, sendo também regidos pela proibição de dupla valoração. (SANTOS, 2006, p. 563-564).

Apesar da complexidade inerente ao mundo das volições, pacificamente entende-se que não há conduta humana consciente desprovida de finalidades. (BOSCHI, 2014, p. 177). Neste mesmo sentido, conforme o princípio motivacional, as pessoas são motivadas pela busca do prazer ou pela redução da tensão e da ansiedade; e tal motivação deriva de energias psíquicas originária de impulsos básicos. (FEIST; FEIST, 2011, p. 31). Assim, o sujeito da psicanálise²⁹ é responsabilizado também por seu inconsciente³⁰, pois embora lhe seja desconhecido, faz dele parte. (KEHL, 2009, p. 31).

Conforme Veneziani *apud* Nucci, os motivos determinantes do crime precisam ser avaliados no contexto da capacidade para delinquir ou em circunstâncias baseadas em motivos particulares, em que atuaram como o impulso que fez nascer a vontade. Assim, os motivos implicam, invariavelmente, em uma inclinação afetiva. (2005, p. 222).

²⁹ Através da exploração do inconsciente e da ideia de que as pessoas são motivadas por impulsos, Sigmund Freud formulou a teoria psicanalítica (FEIST; FEIST, 2011, p. 23-24). Que pensa no homem como um ser de linguagem; criador de significações e valores. (KEHL, 2009, p. 38). O termo psicanálise significa dividir a mente em seus elementos constitutivos e seus processos. (CORDIOLI, 2008, p. 23).

³⁰ O inconsciente contém os impulsos, as necessidades mais urgentes, os instintos e a percepção, e isso motiva a maioria de nossas palavras, sentimentos e ações; afinal muitas vezes não estamos conscientes dos processos mentais que se encontram por trás de nosso comportamento. (FEIST; FEIST, 2011, p. 23-24). É o processo psíquico cuja existência se é obrigado a supor que está sendo ativado, embora no momento não se perceba que esteja. (DUARTE, 2002, p. 4).

São elementos de orientação judicial relativos aos fatos: as circunstâncias do crime propriamente ditas, as consequências do crime e o comportamento da vítima. (SANTOS, 2006, p. 564). As circunstâncias propriamente ditas, para Silva Franco *apud* Greco “são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo”. (2014, p. 575). Nesse sentido, as circunstâncias do crime, como espécie das circunstâncias judiciais, possuem natureza objetiva, pois se referem a elementos laterais e periféricos. Nos dizeres de Massud, “são consideradas circunstâncias do crime as condições de tempo, lugar, modo de execução, características físicas da vítima e do autor [...]. A circunstância pode, nesse sentido, revelar maior ou menor covardia, audácia, preparação para o delito [...]”. (BOSCHI, 2014, p. 179).

Em relação às consequências do crime, invariavelmente, designam outros resultados de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidos pela infração penal, dotados de significação para um maior ou menor grau de reprovação e, inconfundíveis com o resultado próprio do tipo de crime, são, portanto, consequências extra típicas. (SANTOS, 2006, p. 565).

Por fim, comportamento da vítima refere-se a sua participação no caso concreto, quando possa ter influenciado em seu próprio prejuízo, a prática da ação penal. Neste tocante, é necessário ressaltar que existem estereótipos de vítimas sobre as quais incidem maiores riscos de violência em face da patologia de neuróticos com falso entendimento de justiça própria. (GRECO, 2014, p. 576-577).

Tangidas também pela discricionariedade judicial, encontram-se as circunstâncias atenuantes inominadas, presentes na segunda fase da dosimetria da pena, diante disposição do artigo 66 do Código Penal, prevendo que a pena poderá ser atenuada em razão de circunstância não prevista em lei. Por exemplo, o magistrado ao considerar que o ambiente em que o agente se desenvolveu influenciou psicologicamente no cometimento do delito, pode acreditar no seu sincero arrependimento. (GRECO, 2014, p. 594).

Portanto,

crimes realizados no contexto de condições sociais adversas, por sujeitos marginalizados do mercado de trabalho e do processo de consumo, insuficientes para configurar conflito de deveres como situação de exculpação, podem caracterizar a circunstância atenuante inominada porque exprimiriam hipóteses de co-culpabilidade da sociedade organizada no poder do Estado, pela sonegação de iguais oportunidades. (SANTOS, 2006, p. 586).

Assim sendo, no tocante ao valor atribuído as circunstâncias legais consistentes nas quantidades de pena base já existente, é determinado exclusivamente pelo arbítrio do magistrado. (SANTOS, 2006, p. 567).

Logo, é pela motivação da sentença que aprecia-se se o juiz julgou com conhecimento de causa e se sua convicção é legítima, pois, somente desta forma, pode a sociedade fiscalizar a atividade intelectual do magistrado.

4.3 A incidência qualitativa de condicionantes extrajudiciais na dosimetria da pena

Ao valorar cada elemento na dosagem da pena, o magistrado é influenciado por elementos de ordem subjetiva, quer tenha conhecimento, quer não. Portanto, faz-se necessário aceitar a incidência desses no cálculo da pena também; observando que, as teorias científicas que estudam as ações humanas, e conseqüentemente, as influências sofridas no ato de julgar, estão visivelmente ligadas às ciências psicológicas.

Inicialmente, o direito, como prestação jurisdicional, adotou a inclinação à rigidez mental, ao racionalismo exagerado, e a supervalorização do pensamento em detrimento da emoção e de modo exagerado. De forma que, em decisões judiciais, a desqualificação do sentimento intensificava-se porque um dos instrumentos de trabalho do magistrado é a lei, norma condicionante de comportamento, de observação geral, e que pertence ao mundo da racionalidade. (PRADO, 2010, p. 86).

Contudo, devido a transformações em áreas da filosofia, sociologia e psicologia, além de sua influência mundial, o racionalismo³¹ sofreu forte abalo, sendo necessária a fixação de uma nova concepção de razão³², na qual são considerados os progressos do conhecimento; dentre os quais se destacam a teoria da relatividade³³, a noção de ideologia³⁴ e as concepções psicanalíticas³⁵. (CHAUÍ, 1995, p. 63).

³¹ De Renné Descartes.

³² Apresentado por António Damásio.

³³ Vide nota de rodapé nº 7.

³⁴ Conceito de ideologia trazido por Marx mostrou que teorias, aparentemente verdadeiras, ocultam uma realidade, resultando num conhecimento questionável, por seu condicionamento a objetividade científica. (PRADO, 2010, p. 86).

³⁵ Vide nota de rodapé nº 28 e 29.

Nesse sentido, há necessidade de questionar-se o tipo de racionalidade jurídica que é usada na interpretação das garantias oferecidas pela democracia e pelos direitos humanos. (SOUZA, 1998, p. 63).

Afinal, “a lei por mais abstrata e universal que seja, depende, para sua eficácia, do modo como os homens se organizam e vivenciam suas contradições.” (KEHL, 2009, p. 36). A repulsa a tudo aquilo que não é considerado jurídico resultou na separação do Direito, da vida e da sociedade, esse antagonismo social, derogou ao juiz a valorização de sua atividade criadora, quando interpreta o direito. (MERRYMAN *apud* NETO, 2010, p. 267).

Portanto, admitir a emoção na prolação das sentenças não significa propor um completo abandono da racionalidade, mas o equilíbrio entre razão e emoção. Assim, embora não conveniente à dominância da emoção por ocasião da tomada de decisão do magistrado, tampouco se pode esperar sua exclusão do mundo jurídico, pois é impossível. (PRADO, 2010, p. 92).

Assim, a “perda da capacidade de uso da emoção corresponde uma perda equivalente da capacidade de se empregar o raciocínio e de *serem tomadas decisões de uma forma eficaz [...], a inexistência do sentimento pode comprometer a racionalidade.*” (grifo do autor) (DAMÁSIO *apud* PRADO, 2010, p. 91).

Ademais, é de natureza humana valorar e qualificar o que lhe é perceptível - embora tal prática pressuponha escala apenas estimativa e seu julgamento seja apriorístico; ainda que baseada na imitação ou na índole intuitiva e emocional do conhecimento -, essa atividade está presente em toda mente sadia. O ideal pode coincidir ou não com o real. Na ordem moral essa relação é bastante peculiar; de forma que é a consciência estimativa que dá testemunho a atualidade dos valores, que são, na esfera real, forças determinantes da conduta humana no sentido criador. (NALINI, 2001, p. 62-63).

Conforme Coutinho *apud* Boschi, como é observada no campo penal, a discricionariedade do juiz ao fundamentar

coloca-se sempre em função da inexistência de uma regra, ou melhor, a regra existe, porém abre lacunas previamente estabelecidas, as quais, por absoluta impossibilidade de fixação dos referenciais semânticos, não se colocam na estrutura normativa, nem *per relationem*. Isto é, abre-se, em termos de lei, um espaço que deixa preestabelecidamente em branco, a fim de que seja preenchido pelo próprio juiz no momento de decidir. Esta sempre foi a explicação para o sentido que se deu à discricionariedade. (2014, p. 155-156).

Portanto, “tanto no momento de elaboração quanto da interpretação da norma, há de se projetar a visão subjetiva, as crenças e os valores do intérprete.” (BARROSO, 1996, p. 255). Essa carga subjetiva é chamada doutrinariamente de pré-compreensão do intérprete, pela qual a leitura de um texto normativo se inicia; é influenciada por fatores como o tempo, o lugar e a cultura e consubstancia-se basicamente na experiência, e o uso que o intérprete faz ou não de um sentido ou situação. (CANOTILHO, 1991, p. 220).

Neste sentido, conforme Calamandrei *apud* Neto,

é certo que age sempre, também sobre o juiz que acredita fazer justiça ou sobre o jurista que dá um parecer inspirado somente na verdade, o influxo de razões não confessadas nem mesmo a si próprio, de simpatia ou de repugnância inconscientes, que o guiam antecipadamente, quase por intuição, a escolher, entre várias soluções jurídicas que o caso comporta, aquela que corresponde a este seu oculto sentimento. (...) Tudo isso sempre aconteceu, em todas as épocas. (...) Mas atualmente a esta inevitável intromissão em cada julgamento, de inconscientes elementos sentimentais de ordem individual, acrescem-se fatores sentimentais de inspiração coletiva e social. (2010, p. 270-271).

Porém, as consequências desta carga subjetiva do intérprete não elimina o risco de se chegar a soluções injustas, pelo contrário, por se tratar de destinatários pertencentes a grupos minoritários, este risco aumenta; pois, não raras são as vezes em que o desigualado recebe uma decisão injusta, perpetuando-se as exclusões e restrições. (ZIMERMAM, 2010, p. 258-259).

Neste sentido, já havia detectado Rousseau *apud* Zimermam que, “assim como foi preciso violentar a natureza para estabelecer a escravidão, foi preciso mudá-la para perpetrar esse direito, e os jurisconsultos que sentenciaram gravemente que o filho de um escravo nasceria escravo decidiram, em outros termos, que um homem não nasceria homem”. (2010, p. 258).

Reconhece Nucci

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. Mas como acentua Emílio Dolcini, não existe uma irremediável e insuperável antinomia entre o ‘caráter criativo e o caráter vinculado da discricionariedade’, pois este componente emocional e imponderável

pode atuar na opção do Juiz determinando-lhe apenas uma escolha dentre as alternativas explícitas ou implícitas contidas na lei. (2005, p. 161).

Embora consciente ou não, o magistrado não consegue afastar essa enorme carga subjetiva no momento de julgar. Contudo, a sujeição à constituição transforma o juiz em garantidor dos direitos fundamentais, também contra o legislador, reconhecendo a invalidade de certas leis, o que deriva da interpretação judiciária, relativamente à qual o juiz tem o dever de escolher os significados válidos e compatíveis com as normas constitucionais, por isso mesmo não há como afastar completamente a subjetividade. (NETO, 2010, p. 264-265).

Entretanto, conforme Lyra *apud* Boschi, “o julgamento não é um ato de consciência, mas uma função social disciplinada e exigente. (...) para que o magistrado não projete na sentença o tumulto de seu mundo interior”. (2014, p. 143). Neste sentido, embora tenha o magistrado um papel que afeta importantes aspectos da vida social e individual, é um ser humano, e como tal, não está imune ao seu inconsciente. (PRADO, 2010, p. 88). Assim, quando julga, não o faz servindo-se apenas do intelecto, simplesmente seguindo a um raciocínio lógico das normas, mas, participa julgando com vontade, escolha e decisão. (FROSINI *apud* NETO, 2010, p. 270).

Deste modo, para evitar que a sentença resume-se na projeção de subjetividades do julgador, devem estar discriminadamente exteriorizados todos os elementos de convicção do magistrado, ou seja, passo a passo o caminho percorrido, desde a escolha entre as penas alternativas até o momento em que anunciar a quantidade da pena executável. (BOSCHI, 2014, p. 155).

Portanto, a opção preliminar contida no artigo 68 do Código Penal, sobre aplicação alternativas de penas, não deve espelhar humores do magistrado como frutos do acaso, tampouco estar condicionada a circunstâncias particulares da singularidade temporal, assim, preside-a o princípio da proporcionalidade das penas. (BOSCHI, 2014, p. 153).

Neste sentido, “no curso do procedimento quantificador da pena o juiz deve guiar-se fundamentadamente por critérios legais e jurisprudenciais e proclamar a pena em espécie e quantidade que reflita o ideal de proporcionalidade entre a ação criminosa e a resposta penal.” (BOSCHI, 2014, p. 150).

Exemplificativamente, o habitante de uma favela, que conviva em paz e amizade com seus vizinhos, não pode receber uma valoração negativa porque o magistrado, influenciado

ideologicamente³⁶, entende que há outros lugares mais sadios ao desenvolvimento de relações sociais. (BOSCHI, 2014, p. 170).

Por conseguinte, deve-se aceitar que a emoção dos juízes na prolação das sentenças não significa abandonar drasticamente a racionalidade, mas apenas usá-la de forma equilibrada. (PRADO, 2010, p. 92).

Destarte, depara-se com a irreduzível função criativa da interpretação da lei, e conseqüentemente, com o papel ativo do magistrado, pois no ato de julgar, realiza escolhas políticas, econômicas ou éticas, enfim, opções valorativas. Depreende-se, portanto, que a interpretação jurídica não se reduz a ponderação sobre o premeditado, mas atrela-se a reflexão e interpretação sobre algo anteriormente pensado, mesclando, indissoluvelmente, elementos produtivos e reprodutivos, teóricos e práticos, objetivos e subjetivos. (NETO, 2010, p. 268).

Neste sentido, interpretar um enunciado normativo não sugere delinear seu significado, mas atribuir-lhe um; tal significado é criado pelo intérprete ao escolher entre diversas opções possíveis, mesmo que baseado em outras decisões e diretrizes interpretativas. Assim, é a atividade decisória e, nitidamente, criativa de direito na medida em que cria e escolhe o significado atribuído à norma. (NETO, 2010, p. 268).

Em consonância, explana Bülow *apud* Neto, que a decisão judicial não é, portanto, unicamente a aplicação de uma norma preexistente, mas, uma atividade criativa do direito, sendo a norma, apenas esboço de uma ordem jurídica; logo, detrás do verbo explícito na norma, ocultam-se uma pluralidade de significações, cabendo ao magistrado a escolha da que lhe parecer mais justa. (NETO, 2010, p. 270).

Igualmente, segundo Rodrigues *apud* Nucci,

o juiz não teria de procurar a única pena correta, mas de eleger a pena correta dentre uma série de penas igualmente corretas. [...] tudo depende da 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 renúncia, de fato, a pré-determinar vínculos normativos à atividade do juiz, (...) não só não existe qualquer antinomia entre caráter 'criativo' e 'vinculado' da atividade penal judicial como, além do mais, a presença na determinação judicial de medida da pena de uma componente emocional e imponderável, consciente ou inconsciente, e a conseqüente impossibilidade de comprovar em termos matemáticos a operação do julgador, não impede vastos setores da doutrina de ali reconhecerem 'estruturalmente, a aplicação do direito'. (2005, p. 193-194).

³⁶ Valores pessoais que todos os seres humanos possuem nas áreas de relacionamento, de qualquer ordem. (ZIMERMAM, 2010, p. 132).

Desse modo, no momento da cominação da pena na sentença, o sistema admite a utilização de elementos essencialmente morais, desprovidos de significado legal e sem possibilidade de averiguação probatória de forma que não se pode refutá-los cientificamente. (CARVALHO; CARVALHO, 2004, p. 31-32)

Acertadamente, afirma Foucault que

a operação penal inteira se carregou de elementos e personagens extrajurídicos. Pode-se dizer que não há nisso nada de extraordinário, que é do destino do direito absorver pouco a pouco elementos que lhe são estranhos. Mas uma coisa é singular na justiça criminal moderna: se ela se carrega de tantos elementos que lhe são estranhos, não é para poder qualifica-los juridicamente e integra-los pouco a pouco no estrito poder de punir; é, ao contrario, para poder fazê-los funcionar no interior da operação penal como elementos não jurídicos; é para evitar que essa operação seja pura e simplesmente uma punição legal; é para escusar o juiz de ser pura e simplesmente aquele que castiga. (2011, p. 25).

Assim sendo, a justiça criminal moderna atua e se justifica pela incansável referência à outra coisa que não ela mesma, por essa ininterrupta incursão em sistemas não jurídicos, pois se direciona a requalificação pelo saber. Verifica-se, portanto, um deslocamento no seu ponto de aplicação a um campo de objetos recentes, sob um novo regime da verdade e uma quantidade de papéis inéditos no exercício da justiça criminal. De modo que, técnicas, discursos, e o próprio saber científico se formam e se interrelacionam com a prática do poder de punir. (FOUCAULT, 2011, p. 26).

Ademais,

é difícil se fazer compreender, sobretudo quando se pensa e se vive [...], no meio de homens que pensam e vivem de outro modo [...] Ora, dever-se-ia ser grato do fundo do coração pela simples vontade que se põe para interpretar com alguma sutileza. Mas quanto ao que se refere aos “bons amigos”, que sempre gostam demais de seu bem-estar e que, precisamente enquanto amigos, acreditam ter um direito de viver tranquilos, seria conveniente conceder- lhes desde o início um campo inteiro onde poderiam expor sua falta de compreensão. Dessa maneira, teríamos ao menos do que rir. Ou se poderia também suprimi-los totalmente, esses bons amigos – e rir apesar disso. (NIETZSCHE, 2007 b, p. 45).

Logo, o ideal de justiça aludido à sentença judicial é a qualidade de uma conduta humana, um fato existente no tempo e no espaço, ao qual instituímos um juízo positivo ou negativo e que, empiricamente, ao confrontar-se com o sistema legal, lhe é conferido o *status* de justo, ou não. Assim, na busca pela efetiva prestação jurisdicional, buscando a justiça e a paz social, deve-se compreender que, quer tenha maior influência a racionalidade, quer tenha a emoção, o que possui um valor é porque lhe foi atribuído. Portanto, para que a aplicação de uma pena seja valorada positivamente, deve acautelar-se de ser instrumento de pacificação social.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a influência qualitativa de elementos extrajudiciais no ato da individualização e dosimetria da pena, considerando a imprescindibilidade de uma interpretação de fatos e normas que se concretize diante da ciência do julgador das afetações que sofre.

Foram abordados pontos indispensáveis quanto à instrumentalidade do processo penal, que deve ser, invariavelmente, lido à luz da Constituição Federal, dando ênfase à aplicabilidade dos princípios constitucionais, pois são o arcabouço e o núcleo do ordenamento jurídico brasileiro, devendo, por incidência de sua força normativa, serem considerados, além de norteadores, condicionantes na atuação dos magistrados, não como dogmas, mas como elementos auxiliares à compreensão da estrutura e finalidade do Direito Processual Penal.

A vida humana é calcada de incertezas, diante desse contexto a sociedade teve por bem ao menos dotar suas relações jurídicas de estabilidade e previsibilidade, a fim de satisfazer a carência do ser humano por certeza. Assim, atribuída aos magistrados à função de julgar, devem ater-se a atuações imparciais e fundamentadas, objetivando a proteção de direitos e garantias constitucionais, sem criar uma gambiarra interpretativa.

Na atualidade, a sociedade é marcada por constantes mutações de valores, alterações de aspecto cultural, moral ou político-social. Nesse sentido, percebe-se que a ideia de uma ciência criminal puramente jurídica dissociada da realidade fática e da subjetividade humana é um conceito em necessária revisão. Portanto, para que seja possível estabelecer um processo que atenda às garantias constitucionais é necessário que se faça uma releitura da realidade criminal. Para tanto, deve a criminologia ser compreendida como uma ciência do ser, como uma forma de leitura da realidade, e para além de uma compreensão institucional, como pressuposto a efetiva prestação jurisdicional.

Assim, para o desenvolvimento do tema amplo e complexo do fenômeno criminal, adotou-se postura científica interdisciplinar, permitindo a compreensão do conflito em diversas nuances. Possibilitando, ainda, a aceitação da criminologia como práxis, que ao fornecer dados sobre a conduta humana possibilita uma interpretação jurídica dos fatos mais adequada à realidade criminal. De modo que, presente o contexto que evidencia a necessidade de uma decodificação criminológica das ciências jurídicas, expôs-se a necessidade de

interpretação em todas as decisões judiciais, para que não se restrinjam a discursos ideológicos.

Demonstrou-se, ainda, a utilização de princípios constitucionais como instrumentos na interpretação do conteúdo das normas jurídicas, como ao aplicá-los deve-se considerar que as ciências criminais estão relacionadas a grupos de poder, que estabelecem o crime como fenômeno sociopolítico e criam estereótipos dos sujeitos envolvidos por meio do etiquetamento de condutas; e, como sua aplicação proporciona equilíbrio que fundamenta a decisão judicial.

A Constituição Federal disciplina em âmbito geral a ordem jurídica de um país, contudo, aqueles que vivem o direito não podem resumir sua atuação à mera aplicação automática de normas padrão ao caso concreto, enclausurados onde seus juízos sejam insuscetíveis à incidência de valores e emoções.

Nesse sentido, ao analisar a necessidade de motivação presente no sistema de arbítrio judicial para aplicação da pena e o do livre convencimento do juiz em face da discricionariedade judicial possibilitada pelo sistema trifásico da dosimetria da pena, verificou-se que é indissociável no ato da tomada de decisão a separação entre racionalidade e emoção.

Destarte, a vida é verdadeira teia em que tudo interage e nada é estanque, de modo que o mundo do direito ao ser tido como caminho natural e lógico da justiça, não pode prescindir de valores da alma. Ademais, sendo a individualização e quantificação da pena, preceitos constitucionais que se efetivam por meio de processo judiciário discricionário juridicamente vinculado com a finalidade de evitar a padronização da pena, é pela motivação da sentença que se aprecia o equilíbrio da atuação estatal.

Concluindo-se, assim, que o ideal de equilíbrio e justiça aludido a uma decisão judicial que quantifica punição necessária à repreensão e prevenção do crime, deve compreender um alargamento nos horizontes jurídicos, aceitando maior interdisciplinaridade e completude no estudo do fenômeno social que é o crime, para que então, quer tenha maior influência a racionalidade, quer tenha a emoção, compreenda-se que o que possui um valor é porque foi-lhe atribuído. Além disso, essa atribuição de valores realizada pelo magistrado, quando interpreta juridicamente a realidade fática, deve ser feita por um juiz consciente das influências que sofre. Pois, para que a aplicação de determinada pena seja valorada positivamente, deve acautelar-se de ser instrumento de pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA PRADO, Lídia Reis. *O Juiz e a Emoção*. Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. Campinas: Millenium, 2003.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito Processual Penal*. Parte geral. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

AROCA, Juan Montero. *Princípios Del Proceso Penal*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1997.

ASENSIO, Rafael Jiménez. *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*. Navarra: Aranzadi, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALDAN, Édson Luís. As garantias do devido processo legal. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002 a. p. 128.

_____.Direitos fundamentais na constituição federal. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002b. p. 132.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENETI, Sidnei. *Da conduta do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liv. F. Alves, 1976.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marcos Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1886.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 22 mai. 2014.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 22 mai. 2014.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 10 mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. *Revista de Súmulas* (Versão Eletrônica). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf> Acesso em: 05 out. 2015.

BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. O Juiz e a Jurisprudência: um desabafo crítico. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra *legem*. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC/RJ, n. 37, jul./dez., 2010. p. 173-174.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. de José Antonio Cardinalli. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAUÍ, Milena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Processo Civil*. 2. vol. Campinas: Bookseller, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: *Separata do ITEC*, ano 1, n. 4, jan./fev./mar. de 2000.

FEIST, Jess; FEIST, Gregory J. *Teorias da personalidade*. Trad. de Ivan Pedro Ferreira Santos e Cecília Mattos. Revisão técnica de Maria Cecília de Vilhena Moraes Silva e Odette de Godoy Pinheiro. 6. ed. Porto Alegre: AMGH, 2011. Disponível em: <<http://books.google.com.br>> Acesso em: 03 jun. 2014.

FERNANDES SCARANCE, Antônio. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARCÍA, Angeles Mateos. *A teoria dos valores de Miguel Reale*. Fundamento de seu tridimensionalismo jurídico. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Trad. de Flavio Bueno Siebeneichler. 1.vol. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derechos em términos de teoría del discurso*. 4. ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005.

JAPIASSU, Hilton. *O Mito da Neutralidade Científica*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1981.

KEHL, MARIA RITA. *Sobre ética e psicanálise*. 4. reimp. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Batista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUNH, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo, livro II. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.135.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A Teoria da Interpretação Jurídica: um diálogo com Emilio Betti. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 91, jan/jun. 2005. p. 165.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martin Fontes, 1996.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Direito Infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo*. São Paulo: Revista de Processo, 1985. v. 37.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001.

_____. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NETO, Eugênio Facchini. 'E o juiz não é só de Direito...'(ou ' a função jurisdicional e a subjetividade'). In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Aspectos*

psicológicos na prática jurídica. 3. ed. rev. atual. e ampl. Campinas: Millennium Editora, 2010. p. 263-274.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal*. Trad. Antônio Carlos Braga. 2. ed. São Paulo: Editora Escala, 2007a.

_____. *Aurora*. Trad. Antônio Carlos Braga. São Paulo: Editora Escala, 2007b.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. de José Carlos Gobbis Pagliuca; revisão da Trad. de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. As garantias do devido processo legal. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 247.

PASTOR, Daniel. *El Plazo Razonable em El Proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 1999.

PRADO, Lidia Reis de Almeida. Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional. In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Campinas: Millennium Editora, 2010. p. 85-95.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O princípio do defensor natural no processo penal brasileiro. In: *A renovação Processual Penal após a Constituição de 1998: estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza*. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; LIMA, Marcellus Polastri. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
SHECAIRA, Sérgio Salomão. Cálculo da pena e o dever de motivar. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR, Alceu. *Pena e Constituição*. São Paulo: RT, 1995.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA NETO, João Baptistas de Mello. Conflito de Gerações entre Colegas, ou Conflito de Egos? In: ZIMERMAM, David; COLTRO, Antônio Mathias (org.). *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. Campinas: Millenium, 2002. p. 489-491.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Globalização e Direitos Humanos: em busca da racionalidade perdida*. São Paulo: RT, 1998.

TOLDO, Nino Oliveira. A magistratura no compasso do século XXI. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: Editora Consulex, ano XVI, n. 373, ago. 2012. p. 30-37.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: RT, 2002.

VADE MECUM SARAIVA, obra coletiva da autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro - parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA PRADO, Lídia Reis. *O Juiz e a Emoção*. Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. Campinas: Millenium, 2003.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Direito Processual Penal*. Parte geral. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

AROCA, Juan Montero. *Princípios Del Proceso Penal*. Valência: Tirant Lo Blanch, 1997.

ASENSIO, Rafael Jiménez. *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*. Navarra: Aranzadi, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALDAN, Édson Luís. As garantias do devido processo legal. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002 a. p. 128.

BALDAN, Édson Luís. Direitos fundamentais na constituição federal. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002 b. p. 132.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BENETI, Sidnei. *Da conduta do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Liv. F. Alves, 1976.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marcos Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. *Constituição da república Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 mai. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 22 mai. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de Outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 22 mai. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 10 mai. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. *Revista de Súmulas* (Versão Eletrônica). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf> Acesso em: 05 out. 2015.

BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: RT, 1980.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. O Juiz e a Jurisprudência: um desabafo crítico. In: BONATO, Gilson (Org.). *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra *legem*. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC/RJ, n. 37, jul./dez., 2010. p. 173-174.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. de José Antonio Cardinali. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAUÍ, Milena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Processo Civil*. 2. vol. Campinas: Bookseller, 1998.
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: *Separata do ITEC*, ano 1, n. 4, jan./fev./mar. de 2000.

FEIST, Jess; FEIST, Gregory J. *Teorias da personalidade*. Trad. de Ivan Pedro Ferreira Santos e Cecília Mattos. Revisão técnica de Maria Cecília de Vilhena Moraes Silva e Odette de Godoy Pinheiro. 6. ed. Porto Alegre: AMGH, 2011. Disponível em: <<http://books.google.com.br>> Acesso em: 03 jun. 2014.

FERNANDES SCARANCE, Antônio. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GARCÍA, Angeles Mateos. *A teoria dos valores de Miguel Reale*. Fundamento de seu tridimensionalismo jurídico. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre faticidade e validade*. Trad. de Flavio Bueno Siebeneichler. 1.vol. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derechos em términos de teoría del discurso*. 4. ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005.

JAPIASSU, Hilton. *O Mito da Neutralidade Científica*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 1981.

KEHL, MARIA RITA. *Sobre ética e psicanálise*. 4. reimp. São Paulo: Cia das Letras, 2009.
KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Batista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUNH, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo, livro II. In MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. Trad. de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.135.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. A Teoria da Interpretação Jurídica: um diálogo com Emilio Betti. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 91, jan/jun. 2005. p. 165.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro e Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martin Fontes, 1996.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Direito Infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo*. v. 37. São Paulo: Revista de Processo, 1985.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: editora dos Tribunais, 2001.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NETO, Eugênio Fachini. 'E o juiz não é só de Direito...' (ou 'a função jurisdicional e a subjetividade'). In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Campinas: Millennium Editora, 2010. p. 263-274.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal*. Trad. Antônio Carlos Braga. 2. ed. São Paulo: Editora Escala, 2007 a.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Aurora*. Trad. Antônio Carlos Braga. São Paulo: Editora Escala, 2007 b.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. de José Carlos Gobbis Pagliuca; revisão da Trad. de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2002.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. As garantias do devido processo legal. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coord.). *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 247.

PASTOR, Daniel. *El Plazo Razonable em El Proceso del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 1999.

PRADO, Lidia Reis de Almeida. Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional. In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Campinas: Millennium Editora, 2010. p. 85-95.

PRADO, Lidia Reis de Almeida. Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional. In: ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Campinas: Millennium Editora, 2010. p. 85-95.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. O princípio do defensor natural no processo penal brasileiro. In: *A renovação Processual Penal após a Constituição de 1998: estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza*. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; LIMA, Marcellus Polastri. (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
SHECAIRA, Sérgio Salomão. Cálculo da pena e o dever de motivar. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JR, Alceu. *Pena e Constituição*. São Paulo: RT, 1995.
SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA NETO, João Baptistas de Mello. Conflito de Gerações entre Colegas, ou Conflito de Egos? In: ZIMERMAM, David; COLTRO, Antônio Mathias (Orgs.). *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. Campinas: Millenium, 2002. p. ? ? ? ? ?

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *Globalização e Direitos Humanos: em busca da racionalidade perdida*. São Paulo: RT, 1998.

TOLDO, Nino Oliveira. A magistratura no compasso do século XXI. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: Editora Consulex, ano XVI, n. 373, ago. 2012. p. 30-37.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: RT, 2002.

VADE MECUM SARAIVA, obra coletiva da autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 20. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro - parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.