

DIREITO PENAL

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

DA INAFASTABILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE

MÁRCIO FLORESTAN BERESTINAS

Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso

MARCELO LUCINDO ARAÚJO

Promotor de Justiça do Estado do Mato Grosso

A Casa do Tempo Perdido

Bati no portão do tempo perdido, ninguém atendeu.

Bati segunda vez e outra mais e mais outra.

Resposta nenhuma.

A casa do tempo perdido está coberta de hera
pela metade; a outra metade são cinzas.

Casa onde não mora ninguém, e eu batendo e chamando
pela dor de chamar e não ser escutado.

Simplesmente bater. O eco devolve
minha ânsia de entreabrir esses paços gelados.

A noite e o dia se confundem no esperar,
no bater e no bater.

O tempo perdido certamente não existe.

É o casarão vazio e condenado.

(Carlos Drummond de Andrade)

1. Introdução

É consabido que, com a reforma penal de 1984, o Código Penal pátrio adotou, em seu artigo 68, no tocante à dosimetria da pena, o denominado método trifásico, preconizado por Nelson Hungria.

O *caput* do mencionado dispositivo legal prevê: “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”.

Inferese da leitura desse comando normativo que a aplicação da pena deve ser realizada em três etapas. Na primeira delas, o Magistrado estabelece a pena-base, apreciando, fundamentadamente, as circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social do acusado, personalidade do agente, circunstâncias, motivos e consequências do crime, comportamento da vítima).

Preceitua o referido artigo 59 que o Juiz, após analisar as circunstâncias judiciais, fixará, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, as penas, entre as legalmente cominadas, e estabelecerá a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

Superada a fase da fixação da pena-base, o Magistrado aplicará as circunstâncias atenuantes e agravantes, atentando para o disposto nos artigos 61 a 67, todos do Código Penal.

Em seguida, na terceira fase da aplicação da pena, incidirão, no cálculo da reprimenda, as chamadas causas especiais de diminuição e de aumento de pena.

Os preceitos legais mencionados, insculpidos no Código Penal, que disciplinam a dosimetria da sanção penal, dão concretude à exigência constitucional de individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI), prestigiando o princípio da proporcionalidade, que encontra assento na dignidade da pessoa humana, a qual foi erigida, pelo legislador constituinte, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da *Lex Major*).

Recentemente, ao decidir o HC nº 92322/PA (relatora Ministra Cármen Lúcia, 11.12.2007, 1. Turma, j. 11.12.2007), o Supremo Tribunal Federal reputou ser desnecessária a motivação da fixação da

pena-base pelo Magistrado (1º fase da dosimetria da pena), nas hipóteses em que esta é fixada no mínimo legal, o que põe em dúvida se, nas três etapas atinentes à graduação da pena, o Juiz precisa ou não fundamentar cada uma delas.

O presente artigo pretende discutir se, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário pode ou não, ao aplicar a pena, excepcionar o princípio da motivação das decisões judiciais.

2. Do princípio da motivação das decisões judiciais

A nossa Carta Constitucional, em seu artigo 93, inciso IX, prevê:

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. (grifo nosso)

Segundo Canotilho (*apud* COLLI, 2011), a exigência de fundamentação das decisões judiciais consubstancia verdadeiro princípio jurídico-organizatório e funcional da teoria do Constitucionalismo e assenta-se em 3 (três) razões essenciais:

- 1) controle da administração da justiça;
- 2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional, com a necessária abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes;
- 3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas. (COLLI, 2011, grifo nosso).

Assim, não há como conceber a existência do estado democrático de direito sem que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas, conforme exige o artigo 93, inciso IX, da Constituição

Federal, uma vez que a intervenção do Poder Judiciário na esfera jurídica das pessoas só pode ser admitida num sistema jurídico que assegure às partes o exercício do contraditório e da ampla defesa, os quais só poderão ser fruídos em sua plenitude se as decisões judiciais forem motivadas, de modo a permitir o controle, na esfera recursal, de eventuais arbitrariedades e subjetivismos descabidos.

3. Da exigência de apreciação motivada das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal

Com efeito, o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que exige que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas, não encontra nenhuma exceção em nosso sistema jurídico.

A respeito da referida norma constitucional, os juristas Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p. 57) destacam que: “Trata-se de autêntica garantia fundamental, decorrendo da fundamentação da decisão judicial o alicerce necessário para a segurança jurídica do caso submetido ao Judiciário”. (grifo nosso).

Assim, no que concerne ao que interessa ao presente estudo, é possível concluir que toda a parte dispositiva da sentença penal precisa ser adequadamente fundamentada pelo Juiz, inclusive as 3 (três) fases de aplicação da pena.

Todavia, em vários julgados (HC nº 71.828 - HC nº 69.958 – HC nº 69.987 – HC nº 92.322), o Supremo Tribunal Federal, surpreendentemente, tem mitigado o âmbito de aplicação da referida norma constitucional, decidindo que, na primeira fase de aplicação da sanção penal, o juiz, caso opte por fixar a pena-base no mínimo legalmente cominado, poderá deixar de fundamentar essa escolha, eximindo-se de apreciar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

No voto proferido no julgamento do HC nº 92.322/PA, a Ministra Cármen Lúcia consignou:

Firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que não se reconhece a nulidade do tópico da decisão que, como na espécie vertente, fixa a pena no mínimo legal, pois, nessa hipótese, não há prejuízo concreto ao réu.

O referido posicionamento do STF, sem nenhuma dúvida, caracteriza incontestemente afronta ao princípio da motivação das decisões judiciais e, por conseguinte, compromete, irremissivelmente, o estado democrático *de direito*.

Ora, se num sistema democrático de direito penal não pode ser admitido o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado, entre os quais se inclui o direito de acesso à fundamentação de toda a parte dispositiva da decisão judicial, da mesma forma, não se pode negar que a acusação tem direito à obtenção de uma decisão judicial devidamente motivada também quanto à graduação da pena.

Nessa linha de intelecção, é oportuno transcrever os ensinamentos do ilustre jurista Antônio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 217):

Assim, tanto a falta de apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência como que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, devem levar ao reconhecimento da nulidade da própria sentença condenatória, pois na verdade é a motivação desta que estará incompleta, na medida em que um dos pontos sobre os quais deveria versar não ficou devidamente fundamentado.

[...]

Sobre o tema, pode-se afirmar que a jurisprudência dos tribunais brasileiros tem sido bastante criteriosa e exigente, estabelecendo como princípio a nulidade da sentença condenatória sempre que não seja observado o critério trifásico, ou não devidamente justificada a imposição da pena acima do mínimo legal, bem como a fixação de regime inicial mais grave, quando admissível outro mais favorável ao condenado.

[...]

Também segundo uma consagrada tendência jurisprudencial, a nulidade não é reconhecida quando se tratar de pena aplicada no mínimo legal, ou então, diante de um vício de motivação, o tribunal simplesmente reduz a sanção àquele mínimo, sem decretar a invalidade da sentença.

[...]

No entanto, esta última orientação, certamente sustentável à luz do princípio do prejuízo, que informa todo o sistema de nulidades (art. 563 do CPP), deixa de levar em conta um dado importante já ressaltado pela doutrina, qual seja, a necessidade de se justificar igualmente a aplicação da pena no mínimo, pois a acusação também tem o direito de conhecer as razões pelas quais a sanção não foi exasperada, inclusive para poder eventualmente impugnar a sentença nesse ponto. Ademais, essa linha de entendimento acaba por favorecer esse ponto importante da decisão, preferindo-se, em geral, a imposição da sanção menor, nem sempre mais adequada aos propósitos consagrados pelo legislador. (grifo nosso)

Além dos bem lançados fundamentos jurídicos mencionados pelo autor acima aludido, é relevante abordar essa questão sob outros enfoques.

Ao decidir que, quando o Magistrado fixa a pena no mínimo legal, não há necessidade de fundamentar a pena, o STF confere guarida a uma inequívoca transgressão aos princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da isonomia real, consoante será a seguir explicado.

Não se pode olvidar que o artigo 59 do Código Penal é uma das normas penais que dão concretude ao princípio constitucional da individualização da pena, mencionando as circunstâncias judiciais que devem ser apreciadas pelo Juiz na fixação da pena-base.¹

Em sendo assim, quando o Magistrado, externando a “cultura da pena mínima”, simplesmente não analisa as referidas circunstâncias judiciais e estabelece a reprimenda em seu patamar menor, ocorre clara burla ao comando constitucional que exige a individualização da sanção penal.

¹ Lição extraída de aula ministrada pelo Professor Antônio Sérgio Cordeiro Piedade no curso de pós-graduação da Fundação Escola Superior do MP/MT.

Demais disso, ao deixar de apreciar motivadamente as circunstâncias judiciais do artigo 59 e estabelecer a pena no mínimo legalmente cominado, o Estado-Juiz transgride uma das facetas do princípio da proporcionalidade – a da garantia de proteção eficiente, a qual foi mencionada, pela primeira vez, no âmbito da Suprema Corte, no seguinte trecho do voto exarado pelo Ministro Gilmar Mendes:

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. (RE 418.376/RS – STF).

Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck (2005, p. 180):

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação do legislador). [...].

Resta claro, portanto, que, ao deixar de individualizar adequadamente a pena, olvidando o disposto no artigo 59 do Código Penal, o Magistrado está disponibilizando uma proteção estatal insuficiente.

Como se isso não bastasse, ao deixar de apreciar motivadamente as circunstâncias judiciais do artigo 59 e estabelecer a pena no mínimo legalmente cominado, o Estado-Juiz faz tábula rasa do princípio da isonomia real, uma vez que, certamente, com a inexistência de adequada individualização das penas nas sentenças condenatórias criminais, delitos de maior censurabilidade receberão reprimenda penal no mesmo patamar de infrações penais de menor lesividade, ou seja, em muitos casos, haverá tratamento igual para situações jurídicas que não guardam considerável dose de similitude.

Urge, ainda, chamar a atenção para o fato de que a cultura jurídica da mínima apenação poderá alcançar futuramente novos desdobramentos ou perspectivas. Quem sabe ocorra de algum jurista poder ver acolhida pelos Tribunais Superiores tese de que o Juiz, quando estabelecer o regime prisional aberto, não terá de fundamentar a decisão. Ou então: quando o Juiz defere a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, torna-se despcienda a motivação do *decisum*.

Quando analisada sob a ótica extrajurídica, é possível vislumbrar, ainda, que a tese sustentada pelos Tribunais Superiores, em tempos de pautas assoberbadas, pode servir de estímulo à tentadora facilidade de fixação da pena-base no mínimo legal, apenas como forma de tornar as decisões judiciais mais concisas e rápidas, eximindo o julgador, automaticamente, de uma incursão mais minuciosa nos argumentos lançados pela acusação quanto à dosimetria da pena.

Nesse aspecto, o próprio número de circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, por si só, já constitui elemento convidativo a que se proceda a uma análise perfunctória delas por parte do julgador, que, incontestavelmente, anda, de há muito, com seu cotidiano profissional atribulado, o que muitas vezes tem levado à prolação de decisões indevidamente abreviadas como forma de otimizar seu tempo de trabalho.

Assim agindo, vale insistir, utilizando-se do entendimento dos Tribunais Superiores para fixar a pena-base no mínimo cominado, sem necessidade de fundamentação, o julgador, involuntariamente, acabará por dificultar a elaboração da tese a ser sustentada em eventual recurso do Ministério Público.

Desse modo, a matéria que pode ser invocada para fundamentar o posicionamento ministerial no sentido da exasperação da pena-base não terá sido devidamente pré-questionada e ainda poderá levar à hipótese de supressão de instância quando analisada na 2ª instância, compelindo, toda vez, o *Parquet* a opor embargos de declaração contra a decisão que fixou a pena-base no mínimo como forma de evitar tal situação, o que acabaria por gerar um indesejável fenômeno de multiplicação de interposição de embargos.

4. Conclusões

À luz dos fundamentos jurídicos mencionados, é possível extrair as seguintes ilações:

- a) o Magistrado tem sempre o dever de fundamentar toda a parte dispositiva da sentença criminal, inclusive a parte referente à graduação da pena (o que inclui a apreciação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do C.P.), por força do disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, que configura autêntica garantia fundamental, indispensável para a preservação da segurança jurídica;
- b) o fato de o Juiz estabelecer a pena no mínimo abstratamente cominado não o exime, de forma nenhuma, de fundamentar cada uma das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do C.P., uma vez que “a acusação também tem o direito de conhecer as razões pelas quais a sanção não foi exasperada, inclusive para poder impugnar a sentença nesse ponto”;
- c) o posicionamento de que o Juiz, caso fixe a pena no mínimo legal, não terá a necessidade de apreciar fundamentadamente as circunstâncias judiciais consubstancia clara afronta aos princípios da motivação das decisões judiciais, da individualização da pena, da

proporcionalidade – em seu plano horizontal (garantismo positivo: exigência da proteção eficiente dos bens jurídicos tutelados pela norma penal) e da isonomia real ou material.

d) esse entendimento que excepciona o princípio da motivação das decisões judiciais pode acarretar cerceamento de acusação, uma vez que, devido ao excesso de trabalho e, quiçá, por mero comodismo, o Magistrado poderá preferir eximir-se de realizar uma incursão mais minuciosa nos argumentos lançados pela acusação, optando simplesmente por manter a pena-base no mínimo legalmente cominado, criando, assim, uma cultura de permissividade e de ausência de resposta estatal adequada e eficiente para a prática delitiva.

5. Considerações finais

O Estado-Juiz não pode ser para a nação brasileira aquela casa de que falava Drummond no poema transcrito nas primeiras linhas deste artigo; deve, muito pelo contrário, desempenhar a contento a sua missão constitucional de exercer, de forma responsável, a função jurisdicional, contribuindo para a formação de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária, em que impere a preservação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Na verdade, perfilhar o entendimento de que uma parte do dispositivo da sentença penal condenatória pode carecer de fundamentação, desde que não haja prejuízo para o réu, significa trair os ideais do Estado Democrático de Direito. Sobre isso é bom dizer que as “certezas” são bem avalizadas pelo exemplo de Shakespeare em “Hamlet”, quando o príncipe busca a vingança contra seu tio, embaçado tão somente num sonho e em aparições fantasmagóricas.

A situação enseja, ainda, trazer recordações do processo socrático de busca da verdade. O filósofo mostra que a discussão não é um combate de opiniões e sim uma busca da verdade. Os diálogos socráticos, que terminam em “aporias”, isto é, em dificuldades que permanecem sem resposta, indicam que a busca da verdade não deve cessar nunca.

Oxalá a Suprema Corte não repita decisões desse jaez, sob pena de transmutar-se de guardiã em verdugo da nossa Carta Constitucional.

6. Referências bibliográficas

COLLI, Maciel. A importância das decisões judiciais no processo penal – uma análise à luz do garantismo de Ferrajoli e do Constitucionalismo de Canotilho. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=3985>>. Acesso em 17/01/2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, mar. 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2010.