

A dogmática jurídica e a discricionariedade do juiz na aplicação da pena

Alceu de Oliveira Pinto Júnior*

Sumário

1. Introdução; 2. Origem do problema no direito privado; 3. Estado de Justiça e Estado de Juízes; 4. O Estado Moderno e os limites do poder discricionário do juiz; 5. Considerações Finais; Referências.

Resumo

Na preocupação entre a necessária discricionariedade judicial na aplicação da pena e a proximidade desta com a nefasta arbitrariedade, materializa-se a dicotomia quando o julgador, com a finalidade de responder aos anseios sociais, passa a aplicar a lei sem o devido cuidado com a aplicação legislativa.

No âmbito da sentença penal condenatória, a discricionariedade do juiz limita-se à análise dos fatos em busca da norma positiva que os sustente ou reprima. A exata motivação do *quantum* da pena aplicada é um elemento de garantia do condenado. O cidadão não precisa concordar com a decisão, precisa compreendê-la e ter a segurança de que, em qualquer caso, não encontrará uma decisão

* Advogado, Mestre em Ciência Jurídica, Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, Diretor Geral do Centro de Educação de Biguaçu/Univali, Professor de Direito Penal. E-mail: alceu@big.univali.br

lastreada por vícios ideológicos, culturais ou políticos particulares, mas que obedece ao contrato social firmado nas comunidades democráticas.

Palavras - chave

Pena (Direito); Juízes; Jurisprudência; Direito Privado.

Abstract

In the concern between the necessary legal discretion in the application of the sentence and the closeness of this to the much-maligned arbitrariness, a dichotomy appears when the one who judges, with the aim of responding to social concerns, applies the law without due care over the legislative application.

In the penal condemnatory sentence, the discretion of the judge is restricted to the analysis of the facts in search for the positive regulation that sustains or reprimands them. The exact motivation of the *quantum* of the penalty applied is an element of guarantee of the condemned. The citizen does not need to agree with the decision, but does need to understand it and have the certainty that in any case, the decision will not be based on private ideological, cultural or political agendas, but that it will obey the social contract made in the democratic communities.

Key words

Penalty (Law); Judges; Jurisprudence; Private Law.

1. Introdução

Este artigo tratará da abrangência do poder discricionário do juiz na aplicação da pena. Da observação de algumas sentenças condenatórias criminais surge a preocupação entre a necessária discricionariedade judicial e a proximidade desta com a nefasta arbitrariedade. A dicotomia se materializa quando o julgador, com a finalidade de responder aos anseios sociais, passa a realizar o direito sem o devido cuidado com a aplicação legislativa.

Identificar a real valoração do grupo social é uma das dificuldades da Política Jurídica, e pretender executá-la na sentença penal condenatória é um risco para a segurança jurídica. As decisões dos tribunais são soluções jurídicas para casos concretos. A utilização desta jurisprudência para justificar uma decisão anterior é um erro de método. Serve ela, sim, para confirmar um entendimento, não para motivar a decisão. A jurisprudência não é o retrato do anseio social. Limita-se a uma das fontes de estudo do Político do Direito.

Para a consecução deste artigo foi utilizado o método dedutivo¹, utilizando-se a técnica da pesquisa bibliográfica contemporânea para colher o material técnico e a observação dos fatos cotidianos para os comentários.

De início, cumpre conceituar a Política Jurídica como o conjunto de estratégias que visa a produção de conteúdo da norma e sua adequação aos valores – que são a justiça e a utilidade social. Tem por objeto o direito que deve ser ou que deveria ser, opondo-se à dogmática jurídica, que trata somente da interpretação e aplicação do direito vigente. É um complexo de medidas que objetivam a correção, derrogação ou proposição de normas jurídicas ou de alterações na tendência da jurisprudência dos tribunais.² Justifica-se por ser possível e desejável a busca de uma teorização entre a Política e o Direito, “entendidas ambas as categorias num sentido ético-social e identificados os respectivos conceitos, tanto quanto possível, com a idéia do justo e do legitimamente necessário, ou seja, socialmente útil”.³

A forma de atuação da Política Jurídica não é de natureza descritiva, mas configura-se numa técnica prescritiva, comprometida com as necessidades e interesses sociais.⁴ Nesse sentido, a possibilidade do erro retro apontado a obriga o julgador a motivar a decisão condenatória criminal nos estritos termos da legislação.

A aplicação da pena é, hoje, um dos pontos sensíveis do Direito Penal, sobretudo em decorrência da ditadura da jurisprudência que impera nas lides forenses. Deste modelo muito se extrai verdadeiras respostas sociais ante a clara intenção de adequar a lei ao fato social, porém, sobram decisões em série, como que derivadas de uma linha de produção de julgados, apresentando uma quantidade de difícil determinação, de decisões que não apuram a adequação da pena ao crime e ao criminoso.

2. Origem do problema no direito privado

Através dos estudos de Osvaldo Ferreira de Melo, verifica-se que Antoine Thibaut, em 1814, publicou obra onde constatou que a necessidade de obter precisão na aplicação de normas então dispersas e, às vezes, conflitantes entre si, gerou um esforço de codificação do direito civil germânico.⁵ Savigny, contestando o trabalho de Thibaut, opunha-se à técnica da codificação, sob o argumento de que esta imobilizaria o direito, desprezando o necessário dinamismo, afastando-o de sua fonte legítima, que seria a consciência popular, ou seja, os costumes e convicções populares.

Alerta, ainda, Osvaldo Ferreira de Melo, sobre uma idéia comum: a *noção do direito como sistema*. Esta noção de um sistema de conceitos e regras técnicas ofereceu ao mundo jurídico um modelo dogmático, sofisticando-se pela contribuição da Lógica, e dos princípios construídos pela Ciência do Direito. Mais tarde, da observação de Jhering de que a interpretação não era a principal função do jurista, mas, sim, a construção de um sistema jurídico, nascia a base do que viria a chamar-se Dogmática Jurídica.

Nestes estudos é possível verificar duas vertentes teóricas que diferenciam o sistema dogmático da Ciência Geral do Direito. A primeira, diz respeito aos limites da soberania de um Estado, que influenciará na criação e alimentação de num determinado sistema dogmático, diferindo-o de outros sistemas pela suas peculiaridades, e:

Em segundo lugar esse aspecto prático mencionado pelos autores citados, que se compadece diretamente com a atividade dos operadores do Direito, é característica suficiente para diferenciá-lo da natureza da Ciência Jurídica, cujos conceitos e princípios lhe dão a necessária armadura para descrever rigorosamente o seu objeto que

é o direito positivo como uma realidade jurídica, segundo a conhecida lição de Kelsen.⁶

Em que pese sua inestimável e permanente tarefa de sustentar o Estado de Direito, o pensamento dogmático, pelo inflexível compromisso com o princípio da segurança jurídica, tem sofrido uma crítica cada vez mais perturbadora, em razão de pretender insistir na fonte normativa para a decisão sobre a norma. Isso significa tão só o estudo do Direito vigente, abstraindo-se de emitir juízos de valor, como se bastante fosse explicar e ampliar a norma sem justificá-la.

A par das discussões apresentadas, a dogmática jurídica - entendida como um *conjunto de princípios resultantes de paulatina consolidação das doutrinas representadas no sistema normativo*⁷ - tem como papel fundamental prover a segurança jurídica⁸, pilar central do Estado de Direito, representando fundamento legal para a aplicação da técnica jurídica, através das regras de direito positivo.

3. Estado de Justiça e Estado de Juízes

A evolução da política criminal perante a dogmática jurídico-penal ocorreu quando as concepções próprias do Estado de Direito formal, de natureza liberal e individualista, e do Estado social, mais preocupado com o funcionamento do sistema social do que com o império das regras de direito, cederam lugar ao que Jorge Dias Figueiredo chama de *Estado de Direito material contemporâneo*.⁹

Esclarece, sob este termo, que não pretende caracterizar que o Estado, fundamentalmente e na sua acepção social mais lata, como um *Estado de Justiça*, frisando que nunca poderá confundir-se este *Estado de Justiça* com um *Estado de Juízes, democraticamente ilegítimo e socialmente execrável*.¹⁰

Porém, é neste Estado de Direito material que a dogmática jurídico-penal se transforma profundamente, pois a *questão metodológica* volta a adquirir particular importância, principalmente quanto se identificar até onde o *pensamento do problema* pode introduzir-se ou sobrepor-se ao *pensamento do sistema*, até há pouco tempo dominante na dogmática jurídico-penal.

Nesta questão Dias indaga se a dogmática jurídico-penal deve apresentar cunho estritamente normativo ou se, pelo contrário, deve considerar pré-determinada de forma absoluta pela estrutura ontológica dos conceitos que utiliza:

A matéria de regulamentação jurídica e de consideração dogmática não retira o seu conteúdo de sentido da valoração do legislador ou do aplicador, antes é 'previamente dada' através de princípios e estruturas de desenvolvimento ônticas - se se quiser, nesta aceção, através da 'natureza da coisa'. Mas como o reconhecer isso não fica resolvido o problema jurídico: importará sempre ainda escolher, de entre os diversos sentidos de juridicidade que os dados apriorísticos permitem, através de uma valoração autônoma, aquele que deve constituir o fundamento da regulamentação ou da resolução do problema jurídico-penal em causa. Assim se erige a valoração da dogmática jurídico-penal - pelo menos uma autonomia relativa, dentro das possibilidades que lhe são oferecidas pela pré-determinação não jurídica do substrato - em momento essencial do pensamento jurídico-penal.¹¹

Ao afrontar-se a questão do *critério de valoração*, não basta afirmar que o legislador escolhe este critério com inteira liberdade e que o intérprete só terá que ir buscá-lo na lei. A solução de um problema jurídico, segundo o autor português, terá que ser adequada tanto como uma solução justa para o caso concreto, como adequada ao - ou *comportável pelo* - sistema jurídico-penal.

Ressalte-se, discordando, em parte, do professor lusitano, que na dogmática jurídico-penal a lei é o limite e o fundamento, havendo, para efeitos de fundamentação ou de agravação da responsabilidade, momentos em que o princípio da legalidade (*nullum crime, nulla poena sine lege*) exige que o texto da lei constitua um limite absoluto de toda a tarefa de aplicação, pois só assim estaria desempenhando a *função de garantia* que lhe cabe nos quadros do Estado de Direito.

Dias ainda esclarece que o destaque que dá ao *pensamento do problema* na dogmática jurídico-penal, não significa negligenciar ou minimizar o papel irrecusável que nela exerce o *pensamento do sistema*. E transcreve Claus Roxin: *o sistema é um elemento irrenunciável do direito penal de um Estado de Direito*. O trabalho com os casos jurídicos seria, sem ele, impraticável; não só por razões ligadas à segurança jurídica, mas, porque, fora do sistema

ou independente dele, não haveria a garantia de ser encontrada a solução *justa e adequada* para um caso jurídico-penal. *Por isso o pensamento do problema tem, no âmbito de que se trata, de coexistir forçosamente com o pensamento do sistema.*¹² Por fim, afirma Dias que ainda hoje continua válida a asserção segundo a qual:

(...) na dogmática jurídico-penal do problematismo próprio de cada 'caso' que se tem de partir para a determinação da totalidade normativa, sistematicamente enquadrada ou enquadrável. Foi Savigny que ensinou ser tarefa da dogmática jurídica 'estabelecer os princípios que subjazem a um direito positivo e explicitá-los sistematicamente'. Mas foi ele também quem afirmou que 'cada caso deve ser tomado como se fosse o ponto de partida de toda a ciência, a qual deveria ser forjada a partir dele'.¹³

Assim, afasta a existência de qualquer contradição, pois a dialética entre *sistema* e *problema* deve ter completa validade para a dogmática jurídico-penal.

4. O Estado Moderno e os limites do poder discricionário do juiz

Há na história do Direito precedentes antigos de decisões que se apresentavam sem a necessidade de motivação. Segundo Schecaria¹⁴, foi com a consagração ocidental do racionalismo iluminista que tal concepção alterou-se, pois no final do século XVII algumas legislações passaram a adotar a necessidade de fundamentação das sentenças.

O Código francês de 1789 impediu o juiz penal de usar a expressão *pour le cas resultant de procès*, obrigando-o a motivar a sentença. Temos, aqui, então, o marco inicial da exigência de decisões motivadas.¹⁵ A obrigatoriedade de motivação constituiria um traço marcante nas legislações que se seguiram:

O séc. XIX foi marcado por inúmeros códigos que adotaram a medida em seus textos. O 'Code de procédure civile' francês de 1807, o 'Código di procedura civile' italiano de 1865, a 'Ley de Enjuiciamento' civil espanhola de 1881, a Ordenação alemã de 1877, a Ordenação austríaca de 1895, são alguns exemplos de diplomas normativos que adotaram a fundamentação como necessária.¹⁶

Citando o trabalho de José Carlos Barbosa Moreira (A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito), Schecaria¹⁷ salienta que o dever de motivar a sentença foi imposto aos juízes, em mais de um país, como atribuição de dignidade constitucional. O fenômeno não encerraria sua significação no acréscimo de estabilidade que imprimiu à norma, pois sugeriu uma visualização diversa da matéria pelo axiológico enquadramento num sistema articulado de garantias fundamentais. Cita como exemplo mais conhecido o italiano, onde o artigo 111 da Constituição de 1948 apontava na primeira alínea: *tutti provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*.¹⁸ Refere-se ainda à Constituição belga de 1931 (artigo 97), às Constituições gregas de 1952 (artigo 93) e de 1968 (artigo 117) e às de vários países latino-americanos: Colômbia, Haiti, México, Peru.

Entre nós, a obrigatoriedade de motivar as sentenças tem suas raízes no direito lusitano. As Ordenações Filipinas dispunham sobre a matéria, no Livro III, Título LXVI, parágrafo 7:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes de mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não o sejam, declarem especificadamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso de apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.¹⁹

Seguindo esta tradição, muitos dos códigos estaduais brasileiros, já na República Velha, adotaram dispositivos que ordenavam serem as sentenças motivadas. Assim o fez o Código de Processo Civil do Rio Grande do Sul (artigo 499), o baiano (artigo 308), o mineiro (artigo 382), o paulista (artigo 333).²⁰

Antonio Scarance Fernandes argumenta que *evoluiu a forma de se analisar a garantia da motivação das decisões*.²¹ Ensina que a motivação já não pode ser tratada como garantia técnica do processo, objetivando proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para poder impugnar a decisão ou permitir que os órgãos judiciários de segundo grau possam examinar a legalidade e a justiça da prestação jurisdicional.

Hoje trata-se a motivação como garantia da ordem política, como *garantia da própria jurisdição*.²² Os destinatários da motivação não

seriam mais as partes e os juizes de segundo grau, mas, também, a comunidade, que teria condições de verificar se o juiz decidiu com imparcialidade e com conhecimento a causa. É neste sentido que deve existir a constante preocupação por parte do operador jurídico encarregado da prolação da sentença no sentido que seja inteligível fora das muralhas das lides forenses. Não basta que o juiz, a acusação, a defesa e o próprio réu compreendam a resposta do Estado. É imprescindível que essa resposta seja compreensível pela Sociedade, não obrigatoriamente quanto ao mérito da decisão, mas, sim, quanto ao processo de comunicação empregado. A linguagem rebuscada, o floreio com brocados jurídicos, a demonstração de uma prepotência cultural, são ruídos ao entendimento do cidadão que não tem a obrigação de conhecer a semântica jurídica.

O atual Código de Processo Penal, em seu artigo 381, estabelece como um dos requisitos da sentença, a indicação dos motivos e dos fatos em que a decisão estiver fundamentada.

É dentro desta dogmática jurídico-penal que os limites de atuação do juiz²³ estão contidos, posto que ditados pela Constituição da República, pela Lei Orgânica da Magistratura, pelas leis processuais e pelas leis de organização judiciária. Estas limitações impedem o juiz de agir zeteticamente²⁴, considerando a necessidade de motivar dogmaticamente suas decisões, como exige a norma constitucional (artigo 93, inciso IX).

A motivação, no ensinamento de Fernando Capez, é o *requisito pelo qual o juiz está obrigado a indicar os motivos de fato e de direito que o levaram a tomar a decisão*.²⁵ É neste sentido a exigência do artigo 381, inciso III, do diploma processual penal.

Colabora Fernandes²⁶ afirmando que *a falta de motivação da decisão interlocutória ou da sentença é causa de nulidade absoluta, porque há ofensa a importante garantia do devido processo legal e a preceito constitucional*.²⁷

Na lição de João José Leal apreende-se que o julgador, ao proferir uma sentença condenatória contra o autor da infração penal, deve ser claro e objetivo ao expor as razões ou os motivos que o levaram, num primeiro plano, à condenação do infrator, e, num segundo, à pena, na qual a espécie escolhida e o *quantum* devem ser devidamente justificados:

Este dever de motivar a pena constitui uma garantia individual contra o arbítrio do juiz que, por sua vez, se vê protegido 'contra a suspeita

de arbitrariedade ou imparcialidade'. Portanto, a pena efetivamente aplicada deve representar um verdadeiro ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo de segurança, que exige a repressão ao crime, e o interesse do delinqüente, consistente no seu direito e garantia individual de ser punido segundo regras legais previamente estabelecidas.²⁸

A arbitrariedade sempre pressupõe a prática de algum ato jurídico realizado ao arrepio da norma jurídica ou de seus fundamentos²⁹, e justamente por este fato é expurgada dos mais elementares princípios do Estado de Direito. Portanto, não se poderá confundí-la com a discricionariedade.

Quando se usa a expressão 'livre arbítrio do julgador', enfatiza Sérgio Luz que não se trata do 'livre arbítrio' como sinônimo de ilegalidade ou arbítrio do poder de decidir, mas como uma faculdade concedida ao juiz pela própria lei, em casos específicos, autorizando-o a decidir com base no seu livre e prudente critério³⁰ (convencimento motivado), qual a solução a ser dada, comumente chamada de 'Discricionariedade Judicial'. O juiz tem este poder discricionário na escolha da sanção mais indicada para o caso concreto. Porém, este poder não é arbitrário, pois fica sujeito às alternativas e limites estabelecidos pela própria lei.³¹

5. Considerações Finais

Finalizando, tem-se, então, que no âmbito da sentença penal condenatória, a discricionariedade do juiz limita-se à análise dos fatos em busca da norma positiva que os sustente ou reprima. Neste momento, a decisão sem fundamento legal, e, portanto, carente de motivação, não é instrumento de Política Jurídica, mas, sim, resultado de arbitrariedade judicial.

A exata motivação do *quantum* da pena aplicada é um elemento de garantia do condenado. Este sabe que sua pena não exorbitará os parâmetros que escapam ao bom senso, quer por seu crime ter causado comoção popular, quer por uma inclinação do juiz em ser mais rigoroso em determinados crimes. A defesa e o acusado têm o direito de saber por quais caminhos e com quais fundamentos o juiz chegou à fixação da pena definitiva. Escamotear tais caminhos é cercear a defesa ou desarmar a acusação. É, principalmente,

impossibilita o ataque lógico ao julgado objeto de recurso. Dificultar o entendimento deste caminho agride a possibilidade de compreensão do cidadão aos meandros da resposta judicial. O cidadão não precisa concordar com a decisão, precisa compreendê-la e ter a segurança de que, em qualquer caso, não encontrará uma decisão lastreada por vícios ideológicos, culturais ou políticos particulares, mas que obedece ao contrato social firmado nas comunidades democráticas.

Referências

- CAPEZ, F. *Curso de processo penal*. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 1999. 603 p.
- CARNELUTTI, F. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antônio Cardinali. São Paulo: CONAN, 1995. 83 p.
- COSTA, A. M. *Direito penal: parte geral*. vol. I, Tomo II, 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 831 p.
- DIAS, J. F. *Questões fundamentais de direito penal revisadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 372 p.
- FERNANDES, A. S. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 337 p.
- LEAL, J. J. *Direito penal geral*. São Paulo: Editora Atlas, 1998. 494 p.
- LUZ, S. R. B. *O poder do juiz na produção da norma individual*. 1999. 132 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 1999. 132 f.
- MELO, O. F. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000. 104 p.
- _____. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. 88 p.
- MOMMSEN, T. *Derecho penal romano*. Trad. P. Dorado. Bogotá: Editora Temis, 1976. 670 p.
- PASOLD, C. L. *Prática da Pesquisa Jurídica - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 5ªed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001. 206 p.
- SCHECARIA, S. S.; CORRÊA JÚNIOR, A. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 198 p.
- TOURINHO FILHO, F. C. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. 684 p.

Notas

- 1 Método é a base lógica da dinâmica da investigação científica. O método dedutivo consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentá-la (PASOLD, C. L. *Prática da Pesquisa Jurídica* - idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 5ª ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001. p. 87).
- 2 MELO, O. F. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000. p. 104.
- 3 MELO, O. F. *Temas Atuais de Política do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. p. 13.
- 4 Conforme MELO, O. F. *Temas Atuais de Política do Direito*. p. 14.
- 5 MELO, O. F. *Temas atuais de política do direito*. p. 66-70.
- 6 MELO, O. F. *Temas atuais de política do direito*. p. 69.
- 7 MELO, O. F. *Dicionário de Política Jurídica*. p. 40.
- 8 É na função da dogmática jurídica que Melo encontra o ponto mais vulnerável de sua estrutura, quando, em nome do princípio da segurança jurídica, não só põe em segundo plano o princípio da justiça, mas sobretudo, pelas próprias razões da lógica, mascara as situações conflitantes com um discurso pretensamente neutro, mas que, na verdade, tem forte conteúdo ideológico. (MELO, O. F. *Temas atuais de política do direito*. p. 70)
- 9 Sob esta designação quero compreender todo o Estado democrático e social que mantém intocada a sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade. e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, econômicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um. (DIAS, J. F. *Questões fundamentais de direito penal revisadas*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 33)
- 10 DIAS, J. F. *Questões fundamentais de direito penal revisadas*. p. 33
- 11 DIAS, J. F. *Questões fundamentais de direito penal revisadas*. p. 34.
- 12 DIAS, J. F. *Questões fundamentais de direito penal revisadas*. p. 37.
- 13 DIAS, J. F. *Questões fundamentais de direito penal revisadas*. p. 40.
- 14 SCHECARIA, S. S.; CORRÊA JÚNIOR, A. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 169.
- 15 Conforme COSTA, A. M. *Direito penal: parte geral*. vol. I, Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 566.

- 16 SCHECARIA, S. S.; CORRÊA JÚNIOR, A. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. p. 169.
- 17 SCHECARIA, S. S.; CORRÊA JÚNIOR, A. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. p. 170-173.
- 18 "Todo provimento judicial deve ser motivado" (tradução do autor).
- 19 Cf. SCHECARIA, S. S.; CORRÊA JÚNIOR, A. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. p. 170.
- 20 Cf. SCHECARIA, S. S.; CORRÊA JÚNIOR, A. *Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. p. 171
- 21 FERNANDES, A. S. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 119.
- 22 FERNANDES, A. S. *Processo penal constitucional*. p. 119.
- 23 Quando se trata da atuação do juiz nos limites da dogmática jurídico-penal, nunca é demais relembrar a lição de Carnelutti: No tribunal deveriam estar recolhidos como na igreja. Os antigos reconheceram um caráter sagrado ao acusado porque, diziam, era destinado à vingança dos deuses; assim eles intuía uma verdade profunda. O juízo, o verdadeiro, o justo juízo, o juízo que não falha está somente nas mãos de Deus. Se os homens, todavia, se encontram na necessidade de julgar, tenham ao menos a consciência de que fazem, quando julgam, as vezes de Deus. (CARNELUTTI, F. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antônio Cardinalli. São Paulo: CONAN, 1995. p. 19.)
- 24 Segundo Melo, zetética, no campo da investigação jurídica, vem significando uma atitude antidogmática que levaria o investigador a examinar não apenas a norma, mas especialmente os fatos a serem normados e a oportunidade dessa normatização (MELO, O. F. *Dicionário de Política Jurídica*. p. 143).
- 25 CAPEZ, F. *Curso de processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 1999. p.326.
- 26 FERNANDES, A. S. *Processo penal constitucional*. p. 222
- 27 O princípio do devido processo legal (due process of law) está previsto no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição da República: 'Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal'. Eduardo J. Couture professa: 'o 'due process of law' consiste no direito de a pessoa não ser privada da liberdade e de seus bens, sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei. (TOURINHO FILHO, F. C. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 16)
- 28 LEAL, J. J. *Direito penal geral*. São Paulo: Editora Atlas, 1998. p. 404.
- 29 LUZ, S. R. B. *O poder do juiz na produção da norma individual*. 1999. 132 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 1999. f. 31
- 30 El arbitrio judicial, es decir, la facultad concedida a los jueces para elegir de entre varias formas de penalidad o de entre distintas prescripciones penales, la que mejor les pareciera, era una cosa de tal modo inherente al sistema de la coerción como

contradictoria era al derecho penal primitivo. En el cual no se concebían ni penas arbitrariamente alternativas, de entre las cuales pudiera el juez elegir con libertad la que mejor le pluguiese, ni penas subsidiarias, esto es, penas que la sentencia judicial determinase que se debían aplicar en segundo término; en este sistema se carecía completamente de medida de tiempo, y que la medida pecuniaria solo se empleaba o con relación al valor de la cosa traduciendo la en cifras. Por eso, parece también que la forma del juicio consistía fundamental y primariamente en establecer y comprobar la existencia del delito, viniendo luego la pena como necesaria derivación de este hecho. (...) En los tiempos del Principado fue el arbitrio judicial adquiriendo cada día mayor dominio, así en los procesos penales públicos como en los privados, hasta el punto de dar en tierra con el orden jurídico, del cual habían los jueces nunún caso. La misma ciencia del derecho sentó, con respecto a los dos tribunales superiores, el de los cónsules con el Senado y el del emperador, la regla según la cual gozaban de atribuciones para aumentar o disminuir a su arbitrio las penas señaladas por la ley, y, sobre todo, el último de estos tribunales hizo en la practica un uso amplísimo de semejante autorización. (MOMMSEN, T. Derecho penal romano. Trad. P. Dorado. Bogotá: Editora Temis, 1976. p. 641 e 643.)

31 LEAL, J. J. *Direito penal geral*. p. 404.

Recebido em 04/03

Avaliado em 05/03

Aprovado para publicação em 05/03