

QUESTÕES HERMENÊUTICAS: INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A teoria da interpretação tem colocado duas questões essenciais:
a indagação sobre os objetivos da interpretação jurídica;
a indagação sobre os métodos (processo e regras); não se conferindo até aqui maior significado à questão relativa ao problema dos participantes da interpretação, questão que, cumpre ressaltar, provoca a práxis em geral.

Anota Häberle, que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada. Quem vive a norma acaba por interpretá-la. Cidadãos, órgãos estatais, o sistema público, a jurisprudência, a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação. A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juizes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta e que a práxis atua aqui na legitimação da teoria. É, portanto, graças ao trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos tarefa em que se fundem, necessária e inseparavelmente, a interpretação e aplicação dos modelos jurídicos -, que se põe em movimento o papel do agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto.

Abstract:

The theory of the interpretation has been placing two essential subjects:

- the inquiry on the objectives of the juridical interpretation;
the inquiry on the methods (process and rules); if not checking larger meaning here to the relative subject to the participants' of the interpretation problem, subject that, it accomplishes to point out, it provokes the praxis in general.

Häberle writes down, that juridical norm doesn't exist, or else interpreted juridical norm. Who lives the norm ends for interpreting her. Citizens, state organs, the public system, the jurisprudence, the public opinion (...) they represent productive forces of interpretation. The judicial vinculation to the law and the judges' personal and functional independence cannot pilfer the fact that the judge interprets and that the praxis acts here in the legitimation of the theory. It is, therefore, thanks to the work adjustment hermeneutic between norms and facts task in that they are founded, necessary and inseparably, the interpretation and application of the juridical models -, that puts in movement the paper of the reducer agent of the distance between the generality of the norm and the singularity of the concrete case.

Unitermos: teoria da interpretação; individualização da pena.

1 - Da aplicação da pena

Há muito ensinava Feuerbach que: "*o fim da aplicação da pena é fundamentar a eficácia da ameaça legal, na medida em que sem ela tal ameaça seria vã (ineficaz)*"¹

Consoante esse ensinamento, o Código Penal brasileiro, em sua parte geral, e a Constituição Federal (art. 5º, XLVI), tornaram mais amplo o poder discricionário do juiz na tarefa de individualização da sanção penal. Trata-se, aliás, de decorrência obrigatória da criação de um leque de opções legislativas graças às penas denominadas substitutivas.² Destarte, em seu art. 59, o Código Penal estabelece com precisão, que se deve ter em vista o que se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, na fixação da pena. Foram conservados da sistemática penal anterior os seguintes critérios: os antecedentes, a personalidade do agente, os motivos, circunstâncias e atenuantes do crime. Inovou no "*comportamento da vítima*". "*Preferiu o Projeto a expressão culpabilidade, em lugar de intensidade do dolo ou grau de culpa, visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena*".³

2 Limites da pena de prisão

Um dos problemas essenciais no quadro da cominação, segundo René Ariel Dotti, se encontra nos limites estabelecidos para as penas. "*O nosso sistema dispõe rigidamente sobre os limites máximo e mínimo. Esta cautela é uma garantia*

1. Lehrbuch parágrafo 16, p. 39.

2. P. Nuvolone, *La Legge di Despenalizzazione*, Turim, p. 34. Considera o mestre ser uma nota característica da reforma a ampliação do poder discricionário do juiz. Uma discricionariade motivada. Lei n. 7.209/84 - Exposição de Motivos n. 49 - ... *busca assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos, para oferecer ao arbitrium iudices variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias pode envolver o tipo de sanção a ser aplicada*"

3. Lei n. 7.209/84. Exposição de Motivos, n. 50.

individual e resguarda o condenado dos abusos que podem ser cometidos em nome da defesa social, com o recurso à sentença indeterminada".⁴

O tema da possibilidade de fixação da pena em concreto abaixo do mínimo legal ganhou especial projeção na jurisprudência face ao brilhante relatório do ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (Acórdão ao Recurso Especial n. 68.120.0-MG-1996), que possibilitou a individualização e aplicação, no caso, de uma pena mais justa. A motivação do *quantum* da pena a ser aplicada é um elemento de garantia do condenado. "*O juiz tem de dizer não-somente por que razão condena, mas também por que aplica determinada pena especialmente no que respeita à quantidade*"⁵

No campo doutrinário, duas orientações eram seguidas no processo de fixação da sanção, antes da reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984. Uma de Roberto Lyra, que entendia que "*devem ser realizadas duas operações: primeiro estabelecendo a pena-base, apreciando-se simultaneamente as circunstâncias judiciais, as agravantes e atenuantes, para numa fase subsequente sopesar as demais agravantes e atenuantes na Parte Geral e na Especial*" Outra orientação, concebida por Nelson Hungria e dominante na jurisprudência adotada pelo Supremo Tribunal Federal, preconizava três etapas na fixação da pena. A última foi adotada pelo Código Penal vigente, conforme estabelece a sua Exposição de Motivos, n. 51: "*Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes, incorporando-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento*"⁶

Para muitos, é inadmissível a fixação da reprimenda abaixo do mínimo legal (JTA Crim., 29:76). Orientação diversa, posiciona-se no sentido de que a pena em concreto poderá ser estabelecida abaixo do mínimo legal por incidência de circunstância atenuante obrigatória (Ac. 140.380/3-6 do TJSP; Ac. 8902072/0, do TRF 2ª Região). Miguel Loebmann sustenta posição semelhante, em artigo

4. René Ariel Dotti, *Bases e alternativas para o sistema de penas*, p. 352.

5. Hélio Tornaghi, *Curso de Processo Penal*, 6ª ed., II, p. 174; ver também José Rogério Cruz e Tucci, *A motivação da sentença no Processo Civil*, Saraiva, 1987.

6. Paulo José da Costa Jr., *Comentários ao Código Penal*, pp. 203-204; Nelson Hungria, *Novas questões jurídico-penais*, p. 159.

intitulado "As circunstâncias atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal" (*in: Revista dos Tribunais*, 676:391).⁷

Parece-nos que, por força do disposto no *caput* do art. 65 e do art. 68, ambos do Código Penal, é possível que a pena seja estabelecida abaixo do mínimo legal. Se assim não fosse, haveria ofensa aos princípios da igualdade e da legalidade, constitucionalmente garantidos. Lembre-se que as causas de especial diminuição da pena tem natureza subjetiva e as qualificadoras, objetivas e também são levadas em consideração no cálculo da pena.

3 Dos argumentos utilizados no Acórdão

Invoca com precisão, propriedade e clareza o erudito relator ministro Cernicchiaro, que o Código Penal está inserido no sistema jurídico, constituindo um ordenamento uno, coerente, harmônico e completo. A questão da pena surge, assim, como nova em todas as épocas. Suas teorias não constituem respostas acabadas a uma pergunta invariável por sua finalidade. O Direito não se reduz à lei, o juiz a "*um ser inanimado, cuja boca pronuncia as palavras da lei, não podendo moderar nem a força, nem o rigor daquela*"⁸

O poder de julgar não pode ser resumido em mera aplicação do texto da lei a situações particulares. Pelo contrário, ele é um meio de que o legislador se serve para alcançar os fins e promover os valores.

Isto nos leva a uma questão fundamental: em que medida é tarefa mais do juiz do que do legislador adaptar os textos legais às necessidades sociais? Com frequência o juiz distingue nitidamente entre a legislação em vigor (*de lege lata*) e a legislação desejável (*de lege ferenda*) e não se arroga poderes de legislador. Sem embargo, existem mecanismos especificamente jurídicos, que permitem interpretar e criar regras jurídicas novas. Isto ocorre, por que em caso oposto teríamos uma decisão injusta, inadequada ou não-razoável.

A eficácia protetora consiste precisamente em que o particular é para a ordem jurídica a "*medida de todas as coisas*", enquanto tem que responder com a sua pessoa apenas por aquilo em que conceitualmente é culpado.⁹ É nesse sentido,

7. Idem, *op. cit.*, p. 232. Ver, também, Sérgio Salomão Schecaira, Cálculo da pena e o dever de motivar *in: Rev. Brasileira de Ciências Criminais* (2), 6:161-170, abril/junho, 1994.

8. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1ª parte, Liv. I, Cap. II, p. 440.

9. Warda, *Dogmatische Grundlagen des Richterlichen Ermessens im Strafrech*, p. 162.

admissível aplicar uma pena inferior ao mínimo legal, segundo o princípio da solidariedade, desde que no caso concreto se possa restaurar a paz social com sanções menos graves.

4 - Conclusões

A criação do Direito é sempre uma função política. Não-só o *ius dare* tem natureza política, também o *ius dicere*. Esta opção valorativa situa o Direito, em particular ao Direito Penal, no mundo da cultura e compreende a mudança de valores no tempo, afetando em sua produção a pena adequada. Nos primeiros grandes códigos do século XIX aparece, ao lado de penas rígidas ou indivisíveis, um sistema de penas elásticas ou divisíveis, entre cujo máximo e mínimo o juiz pode mover-se para escolher a magnitude precisa que corresponda a um caso e a um sujeito determinado (recorde-se o Código francês de 1810, as reformas de 1824 e 1832 e o Código bávaro de 1813, obra de Feuerbach).

Para Manuel de Rivacoba y Rivacoba,¹⁰ o juiz atua "*como o médico a respeito da enfermidade e a eficácia dos medicamentos*" A pena deve ser graduada como expressão singular de desvalor, ou seja, conforme a intensidade do injusto e da reprovação. A noção *avant la lettre* de alguns códigos¹¹ dá ao juiz um grande arbítrio, sempre porém submetido à lei, ou seja, mais que a sua letra, a seus fins e valores e exigem sempre ampla formação, critério e equilíbrio jurídicos, isto é, conhecimentos e perspicácia.

5 Quanto à Terminologia

"Limites mínimo e máximo".

Tulio Ascarelli¹² ensina que "*para que o operador do Direito possa cumprir o seu dever é crucial o trabalho de lapidação das palavras, a fim de que se possa extrair de cada uma delas seu 'mínimo' - do latim minimu que significa*

10. Manuel de Rivacoba y Rivacoba, La dosimetria en la determinación legal de las penas, *in*: *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, 4, 752-1994; Función y aplicación de la pena.

11. Nesse sentido o argentino, art. 41, n. 2, segundo Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, pp. 448-449.

12. *Teoria de la concurrenceia y de los bienes inmateriais*, Barcelona, Bosch, 1970.

menor, que está no grau mais baixo; no mínimo, no menor limite provável ou pelo menos"

Parece-nos, paradoxalmente, que a sentença brilhantemente prolatada por Vicente Cernicchiaro obedeceu o "*limite mínimo*" legal. Como isso foi possível? Vejamos:

O trabalho de captação e agrupamento de notas características, base do pensamento conceitual, traz em si seu próprio limite. Os conceitos trabalham de forma fragmentária, captando a realidade de maneira parcial, a medida que os dados concretos apresentem os elementos anteriormente separados na sua elaboração.¹³ Ocorre que a realidade sempre se mostra mais rica do que os conceitos podem prever. É preciso coordenar "*a descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares encontram entre si com os princípios diretivos do ordenamento jurídico*"

O ordenamento jurídico, por suas necessidades de completude e coerência, não pode dispensar o uso de conceitos, mas estes muitas vezes abrangem uma área nebulosa. Como tentativa de superação do processo ontológico de elaboração dos conceitos surge o pensamento tipológico, já que a realidade sempre se mostra mais rica que os conceitos. Esta questão conduz-nos diretamente ao problema do "*pensamento jurídico*". A determinação daquilo que é *in concreto* juridicamente devido ou permitido é feita de um modo autoritário pelos órgãos aplicadores do Direito. Isto não quer dizer, segundo Karl Engisch¹⁴ que: "*a lei por si e de modo esgotante determine as concretas decisões e atos da Justiça e da Administração*". Lembra Engisch que é função dos tribunais moldar a vida da comunidade segundo pontos de vista de prática utilidade e equidade, inclusive segundo um critério de "*livre estimativa*" Ou seja, a lei é apenas um elemento entre os vários que concorrem para fixar o conteúdo do dever-ser concreto.

O que se pretende é obter, a partir da lei, uma decisão normativa concreta (de dever-ser). Diz-se então que o conceito tem seu âmbito de aplicação determinado pelos elementos de sua concepção. O tipo, por sua vez, se relaciona com os fatos por um processo de aproximação e não de subsunção.¹⁵ O tipo deve ser entendido aqui como modelo ou paradigma normativo, em que só há harmonia no

13. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*.

14. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 63.

15. Giorgio De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

seu conjunto de elementos a medida em que preencherem a função para a qual surgiu no meio social, função esta que informa o valor que guia a estruturação do tipo.¹⁶

Nesta decisão, ora comentada, a discussão não se dá sobre se o fato se adequa ou-não ao "*limite mínimo*" previsto pelo tipo, mas sim, quão perto ou quão distante está deste.

A pena-base foi fixada no mínimo legal (atendendo ao princípio da legalidade). A questão basilar, porém, é a de saber se a presença de uma (ou mais) circunstância atenuante autorizaria a redução abaixo do "*mínimo*" (no sentido de cálculo matemático).

No entanto, o que não tem sido bem apreendido é o que seja a linha de demarcação ou "*limite*" real que baliza a própria função do Direito Penal moderno (e que pertence ao domínio da interpretação). A interpretação não-só fornece o material para o confronto da subsunção como cria pontos de referência (conteúdo e alcance-extensão dos conceitos jurídicos).

Ficar aquém do limite mínimo da pena cominada, no caso em concreto citado, é tão-só a consequência lógica do princípio "*in dubio pro reo*" Nesse sentido, já afirmava Binding: "*o Direito fala a sua própria língua*" Nada mais legítimo que a escolha do método de interpretação conduza a resultados satisfatórios.

São Paulo, dezembro de 1998.

BIBLIOGRAFIA

- ASCARELLI, Tullio. *Teoria de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, Bosh, 1970.
- COSTA JR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, São Paulo, Saraiva, 1996.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1987.
- DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*, tese de concurso para professor titular da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1980.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

16. K. Larenz, *op. cit.*

- FEUERBACH, Paul J. Ansekm Von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts*, Gieben, Mitternaier Ed., 1847
- HÄBERLE, V *Probleme der Verfassungsinterpretation*, p. 293.
- HUNGRIA, Nelson. *Novas Questões Jurídico Penais*, Ria Ed. Nacional de Direito Ltda., 1945.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, 1989.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Cálculo da pena e o dever de motivar, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 6, (2): 161-170, abril/junho, 1994.
- SILVA FRANCO, Alberto. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo, RT, 6ª ed.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de Direito Processual Penal*, p. 174.