



Recebido em 08 fev. 2015

Aceito em 30 abr. 2015

## JUIZ, FORMA E SUBJETIVIDADE: A IDEOLOGIA COMO IMPOSIÇÃO NA APLICAÇÃO DA PENA BASE

*Indalécio Robson Paulo Pereira Alves da Rocha\**

**RESUMO:** O presente texto tem por objeto a essência do art. 59 do Código Penal Brasileiro, relacionando a aplicação da pena base com uma problemática de ordem subjetivista judicial. O tema adquire maior conotação ao passo que se relaciona com questões de interferências midiáticas, condições sociais modernas líquidas ou hipermodernas; com o mal estar e o medo social. A pesquisa teve cunho qualitativo, com abordagem dada igualmente, respaldado pelo método dedutivo. Percebem-se influências ideológicas em aspectos de subjetividade judicial, sendo que os que figuram nesta função deveriam apresentar postura com maior contundência perante imposições dessa ordem.

**Palavras-chave:** Subjetividade. Aplicação. Influências Ideológicas. Contundência.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto de estudo a aplicação da pena base em vista do art. 59 do Código Penal brasileiro, correlacionada com a temática da subjetividade e motivação judicial. Ainda, leva-se em consideração, neste sentido, o questionamento sobre a credibilidade da investidura na função judicial realizada por meio de concursos públicos que não cobram os subsídios propedêuticos necessários para consolidada postura jurisdicional. Baseiam-se essas temáticas num contexto de problemática institucional e epistemológica.

Primeiramente, cabe conceituar e dar corpo textual, brevemente, ao art. 59 do Código Penal brasileiro. Traçar objetivamente sua contextualização histórica, bem como, explicar a de-

\* Acadêmico da 5ª fase de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville. E-mail: indalecio.rocha@catolicasc.org.br

finição de circunstâncias judiciais, fazem-se necessários para melhor entendimento do trabalho. Nesse sentido, dá-se percepção à possibilidade de exercício da subjetividade judicial.

Num segundo momento, trata-se de elencar a problemática da aplicação da pena. Se o art. 59 promove maior objetividade e delimita a condenação, a qual já ganhou grandes contornos no enquadramento do modelo tipificado, a subjetividade judicial deverá individualizá-la ao caso concreto. Consequentemente, se espera que o juiz promova a adequação necessária para punir de forma justa o agente delituoso em sua especificidade. Isso em virtude da individualização da aplicação da pena, instituto fundado por necessidades históricas, observando princípio que recebe mesmo nome.

Contudo, ao tratar-se de subjetividade, se discorre acerca de uma questão epistemológica antiga, a qual remonta à problemática do sujeito-objeto. Nesse diapasão, tecem-se reflexões à aplicação da pena em virtude de uma subjetividade judicial pouco consolidada. Atenta-se que não se discute a legitimidade da possibilidade discricionária judicial, qual não é objeto do presente texto. O que se pretende, é sim, refletir sobre como pode ser dada a aplicação da pena e que incidências podem ocorrer em virtude da função jurisdicional e sua subjetividade.

Vê-se que, ao falar sobre consolidação subjetiva, pode-se incorrer em dúvidas. O que se quer referir é uma contundente, solidificada e prostrada subjetividade no sentido de capacidade de reflexão do juiz na função jurisdicional. Tem-se que a reflexão poderia acrescentar numa posição mais solidificada do juiz.

Sem querer cair em paradoxos, foge-se da questão de representatividade da soberania popular em virtude da aplicação estritamente legal feita pelo juiz. Esta, condizente com a vertente formalista do Direito Penal, fruto do processo legislativo executado por representantes do povo, não é objeto do presente texto. Não se discute também a legitimidade da soberania popular e a sua existência, mas sim, influências que um populismo jurídico pode ter na aplicação da pena.

Nessa seara, cabe advertir que ao populismo jurídico acrescenta-se a ideia do senso comum jurídico, partilhado pela coletividade forense de uma possível classe média intelectual do Direito. Ao presente trabalho, equiparam-se senso comum e populismo jurídico. Talvez, ambas as condições de pensamento compartilhem de um mesmo medo, qual se apresenta como um tipo de caracterização da modernidade líquida ou, como consideram alguns, da Idade Hipermóderna.

Cotejando-se a relação entre o dispositivo penal do art. 59 e as circunstâncias judiciais por ele apresentadas, bem como a subjetividade jurisdicional dada em caráter de aplicação da pena, objetivou-se a reflexão antes de tudo.

## **2 PENA BASE – ART. 59 E OS CRITÉRIOS DE DELIMITAÇÃO OBJETIVA DA PENA**

Se no período medieval as penas eram arbitrárias e caracterizavam o Direito Penal como um instrumento de aplicação de penas sem limites, é no período moderno, principalmente

no pós-iluminismo, que se consubstanciou a ideia da pena fixa. Nesse viés, o arbítrio judicial que era predominante na Idade Média caiu e começou-se a estabelecer limites para as sanções, reservando-se nas penas em estrita legalidade. Foi contra esse arbítrio judicial da aplicação da pena que se ergueu o princípio fundamental da legalidade, pois os juízes medievais representavam um dos maiores males do Direito Penal.

Foi nessa perspectiva de limitação da pena, que se iniciou o movimento liderado por Beccaria (2012, p. 30), que buscava na extrema legalidade a fundamentação do Direito Penal, cabendo ao juiz, a simples aplicação da norma penal sancionadora, deixando-se de lado até mesmo sua interpretação (ou, ao menos se tentava).

Dialeticamente falando, o movimento da história geralmente apresenta-se em uma tensão de dois polos (tese e antítese) até que se chegue num meio termo (síntese). De tal forma se sucedeu com relação à aplicação das penas. Se na Idade Média a pena era aplicada arbitrariamente, na Idade Moderna a rigidez do princípio da legalidade atrelada àquele instituto desvela a precariedade de um sistema positivista rígido. Não se sustentou então a extrema positividade da inserção da sanção, a qual ganha exemplificação no Código Penal Francês de 1791, que previa a mera aplicação mecânica do texto legal, mas que em momento não muito distante do século XVIII, flexibilizaria tal posição.

Nesse sentido se apresentou a fragilidade da inflexibilidade da aplicação penal. Deu-se conta cedo que “se a indeterminação absoluta não era conveniente, também a absoluta determinação não era menos inconveniente” (BITENCOURT, p. 766, 2013). Em ambos os momentos perdeu-se em quesitos de Direitos Fundamentais. No primeiro, o arbítrio judicial incidia diretamente contra a dignidade humana ao passo que no segundo, a impossibilidade de ajustamento ou adequação da pena revelava o prejuízo da rigidez mecânica da aplicação normativa, consubstanciando ao sentenciado uma pena injusta.

Como já exposto, a dialética que é própria da história se apresenta inicialmente sobre uma tensão. Nesse caso ocorreu igualmente, pois se constatou a necessidade de relativa adaptação da aplicação da pena. Não se atendo somente ao arbítrio do juiz, bem como não sendo determinada absolutamente pela simples aplicação mecânica de ordenamento jurídico positivo, desvelou-se a possibilidade de uma dosagem da pena. Dessa forma, deu-se grande crédito ao livre sopesamento judicial, qual foi previsto no Código Penal Francês de 1810.

Nesse diploma, existiam limites mínimos e máximos que possibilitavam a dosagem da pena, abrindo-se a adaptação entre a arbitrariedade e a estrita determinação positiva. A esse surgimento histórico, instituto do Direito Penal, chamou-se de individualização da pena, o qual revela estreita relação com o princípio fundamental que recebe mesmo nome.

Essa diretriz ocorre em três momentos distintos, os quais são chamados de processo de individualização legislativa da pena, individualização judicial da pena e individualização executória da pena. A primeira está relacionada com a tipificação legislativa de fatos e condutas. A segunda, por sua vez, é pertinente a elaboração da sentença feita pelo juiz qual, através de critérios, apresenta a dosimetria da pena, sendo sua a aplicação concreta a culminante do processo

de individualização legislativa. A terceira está relacionada com a execução da pena já formulada, ou seja, seu cumprimento. (BITTENCOURT, 2013, p. 599). Inicialmente, é importante diferenciar elementares do crime de circunstâncias do crime, pois estas serão cruciais para a *individualização judicial da pena*. O Direito Penal, em função do princípio da legalidade, pode punir somente condutas ou fatos tipificados em lei. Isso se resume em dizer que deve existir um tipo penal específico para cada conduta ou fato ilícito. Os fatores que integram o tipo penal são chamados de elementos essenciais do tipo penal, ou “elementos essenciais constitutivos do delito” (BITTENCOURT, p. 767, 2013). Os elementos (ou elementares) do crime por sua vez, são os “dados, fatos, elementos e condições que integram determinadas figuras típicas”. (BITTENCOURT, p. 767, 2013).

Elementos essenciais do tipo é uma parte que configura o tipo penal. Como a própria denominação esboça, trata-se da parte essencial ou substancial do tipo penal. Entretanto, a figura típica pode receber colaboração de outros itens que não previstos expressamente em lei, os quais não alteram a substancia ou a essência do tipo penal, mas, que incidem na dosagem da pena. A essa possibilidade de levar em consideração itens que circundam os tipos penais, deu-se o nome de circunstâncias do crime. Por não serem circunstanciais que alteram substancialmente a estrutura do tipo penal, recebem a característica de acidental, pois não alteram a existência do tipo, influenciando tão somente na medida final (dosagem) da pena (BITTENCOURT, 2013, p. 598).

As circunstâncias do crime, segundo Aníbal Bruno (citado por BITTENCOURT, 2013, p. 588), são itens, fatos ou condições acessórias do tipo penal, que o acompanham, mas não penetram em sua estrutura conceitual, sendo assim diferenciados dos elementos essenciais constitutivos do crime. As circunstâncias são algo exterior à figura típica, que redundará e se acrescentará ao crime já configurado, o qual representará condições de possibilidade de valoração com maior ou menor grau de reprovabilidade de conduta ou do fato ilícito, culposo e típico.

Importante salientar que somente os tipos básicos contêm elementares do crime, já os tipos derivados contêm circunstâncias especiais que, apesar de estarem geralmente expressos especificamente na lei, não fazem parte essencial, substancial ou constitutivo do tipo penal ou do crime básico. Isso porque o crime básico é mais genérico e abstrato do que o tipo derivado e, nesse sentido, este precisa de circunstâncias mais especiais no que diz respeito ao seu conteúdo, que por vez, é mais específico do que o tipo básico. Dessa forma, as circunstâncias especiais do tipo derivado não descaracterizam o tipo básico, sendo ao contrário, pois o especifica.

Nos dizeres de Bittencourt (2013, p. 772), “as elementares são componentes do tipo penal, enquanto as circunstâncias são moduladoras da aplicação da pena, e são acidentais, isto é, podem ou não existir na configuração da conduta típica”. Por sua vez, Capez, (2011, p. 475) escreve circunstâncias como sendo “todo dado secundário e eventual agregado à figura típica, cuja ausência não influi de forma alguma sobre a sua existência”.

Circunstâncias que não constituem nem qualificam o crime, são conhecidas na doutrina como circunstâncias judiciais, circunstâncias legais e causas de aumento e de diminuição da pena. As *circunstâncias judiciais* são orientações estabelecidas pelo art. 59, as quais dão

diretrizes ao juiz para adequação da pena ao delinquente.

Nessa fase é que se inicia o processo de individualização judicial da pena. Trata-se de circunstâncias judiciais e não circunstâncias legais pela razão de não estarem previstos critérios taxativos e restritivos legalmente expostos no texto positivo que estipulem a dosagem da pena especificamente. Assim, com base nas diretrizes do art. 59 do Código Penal brasileiro, o juiz estabelecerá a dosagem dentro dos limites da pena, dando o caráter objetivista da aplicação (GRECO, 2011, p. 153).

Esses critérios ou elementos que estão previstos no artigo supracitado, são, como apresentado, chamados de circunstâncias judiciais e estão positivados no Código Penal Brasileiro da seguinte forma:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, 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.

Importante lembrar que não se trata de circunstâncias do crime, apresentado anteriormente. Aqui, a ideia de circunstâncias está muito mais para critérios limitadores da discricionariedade ou criatividade do juiz. Não deixam de redundar o tipo penal e servem como formas procedimentais adotadas como instrumento da tarefa de individualizar a pena-base.

### **3 FIXAÇÃO DA PENA BASE PELA DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ E IMPLICAÇÕES IDEOLÓGICAS**

A pena que é fixada no art. 59 se atém na discricionariedade do juiz, permitindo que seja moldada e individualizada conforme os juízos proferidos pelo juiz. Por um lado, conforme a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, ao juiz cabe à aplicação da lei atendendo aos fins sociais a que ela se dirige, bem como contemplando as exigências do “bem comum”. Por outro, no Direito latino-americano, em função de sua formação história, há predominância do sistema *Civil Law*, o qual atribui ao jurisdicionado somente a aplicação da lei.

Nesse aspecto, dá-se a lei grande importância, consubstanciando assim a justiça na legalidade, considerando-se com maior relevância o aspecto normativo do Direito. Da abstração e generalidade normativa, ao Juiz cabe à aplicação legal aos casos concretos, pautando-se nos pressupostos da imparcialidade e neutralidade.

Entende-se nesse diapasão, que a sentença é uma emissão de juízo positivo, qual o juiz deve-se ater a lei para não correr em arbitrariedade. Ou seja, a função de juiz não tem a mesma

conotação do que no *Realismo Jurídico Norte-Americano*, sistema que considera o judiciário como principal fonte criadora do Direito, enfatizando no sistema do *Civil Law* a predominância da lei. Esse aspecto originado de raízes romano-germânicas, o qual atualmente pode ser interpretado sob uma ótica um tanto quanto rudimentar, apresenta um problema da mecanização legal<sup>1</sup>.

A própria história demonstra que a mecanização da aplicação da lei não é possível, pois o Direito enquanto conhecimento cultural é produzido a partir do homem e para o homem, sendo a lei impossível de prever ou determinar a plenitude de atos, condutas e fatos humanos. A insuficiência legal é marca para a flexibilização da discricionariedade judicial e é nesse contexto que se apresenta o art. 59 do Código Penal.

A aplicação mecanizada não condiz com a realidade da vida do Direito. Essa insuficiência possibilitou ao judiciário, por uma atribuição do legislador, estabelecer juízos de valores que constituirão singularmente a pena-base. Além de o próprio tipo penal especificar e delimitar a sanção, o art. 59 vem a atender ao princípio da individualização da pena, visando melhor e mais eficaz atendimento tanto ao agente delituoso quanto à sociedade. Apesar de se basear no princípio supracitado, convém lembrar que os critérios estabelecidos pelo legislador no art. 59 proporcionam maior potencialidade de justiça na aplicação da sentença, se aproximando do princípio da proporcionalidade.

A individualização da pena passa por um processo de proporcionalização da fixação da pena, visto que dentro do campo de objetividade traçado pelo tipo penal, há ainda a possibilidade de manutenção ao caso concreto, feito por um juízo de valor do juiz. Acreditar que existe juiz despido de ideologias, sendo ele um ser humano divinamente aquém de pensamentos e opiniões é um erro. Ao se inclinar sobre o Código Penal e aplicar a fixação da lei “objetivamente”, por força da natureza humana o magistrado não estará despido de pensamentos, ideias ou opiniões.

O jurisdicionado é um ser humano e ao passo que participa dessa condição de existência, naturalmente pressupõe subjetividade. O debate entre objeto e sujeito, objetividade e subjetividade é antigo dentro do campo da epistemologia ou teoria do conhecimento, apresentando acentuadas posições diversas durante a história. Convém ressaltar que o problema é tão atual quanto já fora problematizado.

Se considerar a aplicação da lei formulada por um juiz despido de ideologias, se cairá em enganos. O jurisdicionado sendo alguém que mantém relações em sociedade, com pessoas inseridas neste contexto, participará também de ideais coletivos e, assim sendo, dificilmente conseguirá exprimir algum tipo de signo qual não esteja interligado com alguma fundamentação ideológica. Mesmo porque não há imparcialidade social, não existe pessoa aquém de opi-

<sup>1</sup> Em Direito Penal essas duas vertentes denominam-se formalismo e realismo: “Apesar de inúmeras definições de direito que são concebidas na atualidade, existe a possibilidade de separá-las de acordo com duas grandes vertentes: a formalista e a realista. Aquelas posturas que recriam ou conservam os modelos jurídicos presentes em textos legais são vistas como formalistas, enquanto que as realistas distanciam-se das propostas legislativas, concentrando a busca de fortalecimento do poder judiciário. Os formalistas, portanto, relevam a segurança jurídica, enquanto que, para os realistas, a tônica se insere na equidade” (BIANCHINI, p. 23, 2013).

niões (salvo exceções), pois caso o sejam, ou serão “portas”, ou serão dominadas por uns ou por outros. Conhecimento é pressuposto de contundência, evidentemente.

Parece que, ao atribuir-se toda a divindade ao magistrado, acredita-se que esse não entra nesse viés social. A formação jurídica, principalmente a necessária para poder ser investido na atividade jurisdicional é muito sólida e completa.

A investidura do cargo de magistrado pressupõe estudo. Dessa forma, isto é um critério delimitador para competência na atividade jurisdicional. Entretanto, a pergunta se formula de tal forma: qual o este critério delimitador para o início do exercício da atividade jurisdicional? Não se trata de questões processuais de competência. O debate vai além de questões meramente procedimentais. Com objetividade: a cobrança (critérios delimitadores) para se iniciar na magistratura fornece subsídios para a atividade jurisdicional?

A prestação jurisdicional está intimamente ligada com o acesso à justiça. Deve seguir princípios de Direito e promover o bem comum, como também, se atentar aos valores humanos e tentar alcançar a equidade. Entretanto, parece que os critérios, os requisitos “concurseiros” para que seja possível o ingresso à magistratura eleva somente uma dimensão do Direito: a normativa. Posição esta um tanto quanto leiga.

Infelizmente, essa realidade não é específica da magistratura e de seus concursos. Posto isto, está impregnado quase que numa crise epistemológica contínua demonstrando-se nas academias, instituições de Direito e no pensamento coletivo jurídico. Os tribunais apenas adentram numa onda ontológica e deontologicamente inexperiente.

Ao passo que a magistratura deve ser preenchida por pessoas tão somente com domínio da legislação, há uma debilidade propedêutica a essa função, a qual se atribui a uma fragilidade do pensamento coletivo. Desse modo, as ressonâncias que essa postura proporciona a fixação da pena base só poderiam ser negativas. Partindo-se da ideia que a aplicação do art. 59 do Código Penal depende de uma análise essencialmente subjetiva fica ainda mais comprometido uma sentença justa.

Como já exposto no texto, o pensamento histórico se refaz numa contínua dialética e, nesse contexto, a aplicação da pena também se insere. O bom emprego do art. 59 não se adequa a dois pensamentos penalistas de extremidades: o abolicionismo penal e o movimento lei e ordem. O primeiro vislumbra a abolição do Direito Penal, não vendo nessa vertente jurídica a necessidade para regulação social. O segundo aborda a necessidade de uma legalidade jurídico-penal mais intensa e rígida, dando entonação à severidade das penas para delituosos. Percebe-se que o domínio do conteúdo propedêutico comporta ao aplicador melhor desempenho, alcançando dessa forma uma concepção equilibrada do Direito Penal, aproximando-se de uma pena mais justa (GRECO, 2009, p. 24).

Não se trata de querer expor argumentos a favor de delituosos, ou querer contrapor expressões de cunho popular como: “adota e leva para casa!”, “bandido bom é bandido morto”, “lei de talião para bandido”, “tortura contra bandido”, “não tem que prender; tem que mandar matar”, “direitos humanos para humanos direitos”. Essas expressões só diagnosticam a insegura-

rança social que propõe um radicalismo penal baseado num populismo jurídico-penal líquido, derivado de influências midiáticas sensacionalistas. São expressões do populismo jurídico e não revelam sentido para o presente trabalho, a não ser pelo seu diagnóstico.

Tratar o Direito apenas sob o aspecto da normatividade é reduzir a existência da vida do Direito. Isso acarreta em negar fatos e valores que são próprios dos debates jurídicos em prol de alguma cientificidade ou pureza metodológica pouco consolidada. Importa nesse viés, lembrar que a norma em si, é um instrumento vazio.

Há uma reflexão bem relevante nesse sentido, qual remete à obra *Filosofia do Direito*, de Reale (1999, p. 475). Ao se pensar numa estrutura normativa dotada dos mais requintados e sistêmicos meios processuais e legislativos possíveis, se pensa numa estrutura super desenvolvida. Não é por menor pensar que um sistema normativo que apresente uma estrutura magnífica, será totalmente eficiente, pois não há motivos para que não seja. A norma está sistematizada em prol de todos e para todos e essa estrutura é a mais técnico-científica e mais bem desenvolvida há tempos e supera estruturas normativas de vários países. Isso seria o ideal.

Interessante notar que o Brasil, não raras vezes, é descrito pelos literatos do Direito como sendo uma nação que possui as técnicas e meios formais mais desenvolvidos e em prol dos Direitos Fundamentais. Entretanto, a efetividade da norma vigente não ocorre.

Num plano técnico, alega-se falta infraestrutural estatal, falta de recursos, meios, burocracia e afins. O que não falta são justificativas. Entretanto, se propõe um pensamento um tanto diferente: será que a normatividade exposta, que está em busca de valores, de justiça, não os tem verdadeiramente porque os promulgadores de justiça não os têm também?

Nesse contexto, volta-se à estrutura normativa perfeita. De que adianta o melhor aparato técnico se os valores não conseguirem permear esses meios? Ao passo que o pensamento coletivo jurídico isola a norma jurídica, perdem-se em dimensões valorativas e de fato. Assim sendo, não havendo real importância dos valores, essa estrutura fica a exposição. Abertura esta que será vazia, pois tal extremismo revela uma insuficiência valorativa, a qual, em algum momento, será preenchida por alguma ideologia.

Lembra-se aqui dos regimes totalitários e a exemplo, o nazismo. Kelsen fora acusado de trabalhar indiretamente para o Partido Nazista, atuando para que os interesses destes se fundassem numa teoria que conseguisse expor suas ideologias irrefutavelmente (COELHO, 2001, p. 17). Apesar de o jurista normativista não atuar com esse intuito, sua doutrina fora utilizada deturpadamente. Acontece que a Ciência do Direito, repudiando o sincretismo metodológico em busca de uma pureza e segurança jurídica fica propensa a conteúdos diversos.

O próprio postulado geral da Teoria Pura do Direito, qual propõe a objetividade das ciências naturais, é um juízo de valor, pois estamos a falar de humanos, de cultura. Não há como conceber o objeto do Direito como sendo uma pedra ou uma planta. O próprio objeto do Direito estabelece parâmetro para ser reconhecido, seja num ato jurídico, numa conduta jurídica ou num fato jurídico, conforme expõe o próprio Kelsen (1999, p. 13). O objeto do Direito é permeado por atos, condutas e fatos humanos que, impreterivelmente são revestidos de valores.

Sabe-se que o intuito dessa questão é promover a segurança jurídica. Entretanto, percebe-se que, enaltecer a objetividade normativa não é suficiente. A coletividade mental (aqui, engloba-se o magistrado) não adere à realidade do Direito, mas sim, à parcialidade do Direito.

Não se propõe a crítica de forma imatura. Não se trata de um problema de ordem técnico, ou uma acusação aos juízes, magistrados. Trata-se de uma verificação problemática epistemológica. Isso se constata, por exemplo, na forma como é cobrado no concurso público da magistratura (ou concursos, em geral), sendo um empecilho que injeta essa necessidade de sanar o intelecto formalmente (legalmente). Entretanto, suprir formalmente revela uma debilidade, qual seja material.

Nesse contexto, obviamente quem se presta ao aprendizado conforme dita os concursos, acaba se obrigando a formar uma linha de estudos na dimensão normativa. Dessa maneira, relega em segundo campo a importância das propedêuticas jurídicas. Não que os concursos sejam condição para isso, mesmo por que existe uma minoria que vai além. Há quem desconstrói e ultrapassa a ideia do plano cartesiano, promovendo a atividade criadora. Entretanto, um radicalismo nesse sentido promove a rigidez da capacidade de reflexão.

Streck (2013, p. de internet)<sup>2</sup> já denunciava há anos a problemática dos concursos públicos. Pesquisas da Faculdade Getúlio Vargas (FGV) e da Universidade Federal Fluminense (UFF)<sup>3</sup> demonstraram com estudos empíricos a problemática dos concursos públicos serem um fim em si mesmo, apresentando “ineficiência de fiscalização de competências reais” (TORKARNIA, 2013, p. de internet)<sup>4</sup>. Os estudos para concursos formam profissionais “concurseiros” que, ao atuar na atividade pela qual prestou o concurso, atuará perante a formação que teve. A lógica se aplica a diversos outros tipos de exames, mas, não se faz necessário entrar no mérito destes, ao menos não aqui.

Seguindo o mesmo raciocínio, a má formação que os magistrados adquirem em função da necessidade dos concursos, projeta na atividade jurisdicional uma seqüela. Percebe-se que o art. 59 e seus critérios estabelecem campos de subjetividade em quesitos antropológicos, psicológicos, filosóficos, históricos, sociológicos e que podem até mesmo ter ressonâncias religiosas. Essas disciplinas raramente são levadas a sério pelos acadêmicos de Direito (também por diversos professores) e esse pensamento coletivo atinge as Instituições jurídicas (tribunais, ministérios públicos, além da própria academia). Interessante transcrever um excerto da Teoria dos Jogos, de Morais da Rosa (2014, p. 10):

Reconheço a complexidade que envolve o direito em face do necessário diálogo com

2 STRECK, Lênio Luiz. **Concursos públicos: é só não fazer perguntas imbecis!** ConJur – Consultor Jurídico: 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-28/senso-incomum-concursos-publicos-nao-oerguntas-imbecis>. Acesso em 20 set. 2014.

3 A pesquisa pode ser acessada no seguinte domínio: [http://portal.fgv.br/sites/default/files/fgv\\_lanca\\_estudo\\_inedito\\_sobre\\_concursos\\_e\\_propoe\\_marco\\_legislativo\\_para\\_selecao\\_do\\_funcionalismo\\_publico.pdf](http://portal.fgv.br/sites/default/files/fgv_lanca_estudo_inedito_sobre_concursos_e_propoe_marco_legislativo_para_selecao_do_funcionalismo_publico.pdf). O estudo em pauta foi objeto de debate no evento “Brasil, o país dos concursos? Diagnósticos, perspectivas e propostas para o recrutamento no serviço público federal” promovido pelo Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV DIREITO RIO e a Universidade Federal Fluminense, que ocorreu no dia 22/02/2013.

4 TOKARNIA, Mariana. Estudo aponta falhas e propõe mudanças nos concursos públicos. **Agência Brasil**, Brasília, 23 fev. 2013. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-02-23/estudo-aponta-falhas-e-propoe-mudancas-nos-concursos-publicos>. Acesso em: 20 set. 2014.

outras áreas e, também, que boa parte dos juristas de ofício são e serão incapazes de compreender a dimensão filosófica, linguística, sociológica, etc., do que fazem. Aí o sujeito encontra o paradoxo: se fala com base nos fundamentos da teoria que sustenta não será entendido, enquanto se facilita os fundamentos, muitas vezes, ganha o epíteto de impostor. O problema é que o discurso teórico sério não consegue entrar de maneira justa no círculo hermenêutico (simplificando, pelos ouvidos) da imensa maioria dos juristas. E essa forma de pensar causa muitas vítimas no processo penal.

Essa defasagem epistemológica prolifera-se através das instituições, demonstrando conforme já exposto, uma insuficiência para tratar de temas respectivos. Especificando-se e atendo-se à magistratura, a seqüela do pensamento coletivo, associada com os critérios concursários para o ingresso da magistratura, importa numa problemática que recai no Direito Penal brasileiro quanto à pena: inconsistência.

A fixação da pena base, qual está restrita aos limites do tipo penal, está dentro de um campo de objetividade. Esse campo de objetividade é atenuado ao passo que há consideração dos critérios elencados no art. 59. Não se defende aqui que esses critérios sejam inconsistentes ou que não deveriam o ser, dando arbitrariedade ao juiz, mas sim que, instala-se nesse sentido uma apreciação um tanto vazia de quem está na função. Interessante notar a citação extraída da apresentação da 5ª edição do Manual de Direito Penal de Nucci (2011, p. 14).

Cuida-se [na 5ª edição], em particular, do primeiro momento, talvez o mais relevante, de dedicação do magistrado para o estabelecimento da pena-base, fundado nos vários elementos indicados pelo art. 59 do Código Penal. (grifo nosso). Ao longo de vários anos, participando de congressos, encontros, simpósios e seminários de Direito Penal, ouvimos dos operadores do Direito a existência de lacuna dificultosa no contexto da aplicação da pena, em seu estágio inicial. Como se distanciar da política da pena mínima, em busca da pena justa, se não há critérios para a utilização dos fatores legais existentes? Os critérios ou instrumentos não foram, de fato, fornecidos pelo legislador, mas a lei está em vigor e precisa ser aplicada devidamente.

Questiona-se se realmente a problemática se dá numa ordem normativa-legal. Que há uma problemática ficou evidente na exposição do autor, tanto é que na apresentação de tal trabalho, se preocupou o autor em questioná-la logo na apresentação. Entretanto, incita-se à reflexão se o problema não seja, talvez, dado numa ordem material, ou epistemológico-institucional. A pena base geralmente não é analisada de maneira ideal, pois não há subsídios suficientes por parte do magistrado para tal. Isso é muito importante, pois voltamos ao tema da normatividade estrutural e sistêmica e a possibilidade da instalação de diversos conteúdos nela.

Como se fosse uma estrutura de canos, qualquer tipo de líquido que adentrasse no encanamento, tomaria a forma dele, mas seria em essência, a mesma substância qual adentrou na estrutura. Vê-se que a forma independentemente de qual, servirá apenas como uma máscara para a substância ideológica. A analogia é relevante, pois ao tratar da formatação que a liquidez permite ter, lembra-se remotamente de um “medo líquido”, expressão que dá nome a uma das

obras do sociólogo polonês Bauman<sup>5</sup>.

O juiz, ao projetar suas especulações aos critérios de discricionariedade do art. 59, se propõe numa verificação propedêutica e dessa maneira fixará a pena base, dando início ao campo delimitador da pena final. A apreciação sistêmica permite ao magistrado uma valoração dos critérios do artigo em totalidade, porém, qual subsídio possui para poder emitir tal juízo, visto que seus estudos foram dados numa ordem de decoro legal? Percebe-se, numa primeira vista, uma debilidade que não se restringe a um simples problema analítico-propedêutico, sendo pouco palpável crer que essa apreciação não contém uma índole ideológica. Vale expor o seguinte trecho:

O juiz, como cientista, quer queira quer não, tem um engajamento pessoal com algum tipo de valoração [...]. É por isso que não há falar em neutralidade judicial. O juiz que escreveu um artigo de doutrina sobre determinado tema jurídico, não está impedido de atuar num feito em que o mesmo tema esteja em questão. Assim também um juiz negro pode julgar um caso de racismo, uma juíza pode julgar um machista. Por igual, um juiz homossexual não é suspeito em processo que envolva direitos e obrigações oriundas de uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo (PORTANOVA, 2003, p. 143).

Trata-se de uma questão simplesmente humana. Todo ser humano ou racional emite juízos de valor. Entretanto, esses juízos são mais sólidos ao passo que se pressupõe uma formação consolidada. Nesse aspecto, chega-se ao ponto do presente trabalho, o qual demonstra que o magistrado, em função de uma má formação, da exaltada normatividade curricular e pouca atenção dispensada às dimensões valorativa e fática, nos aspectos propostos no art. 59, não tem capacitação para emitir esses juízos.

Esse fato é perigoso. Como já exposto, juízes são pessoas, humanas e físicas por óbvio. Pessoas vivem em sociedade e são, em certa medida, seres sociais. O magistrado por sua vez,

5 Para o autor, “o medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivos claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda parte, mas em lugar algum se pode vê-la. ‘Medo’ é o que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrenta-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance” (BAUMAN, 2008, p.8). A esse conceito de medo, liga-se a ideia de liquidez moderna, na qual a “vida líquida flui ou se arrasta de um desafio para outro de um episódio para outro, e o hábito comum dos desafios e episódios é sua tendência a terem vida curta. Pode-se presumir o mesmo em relação à expectativa de vida dos medos que atualmente afligem as nossas esperanças. Além disso, muitos medos entram em nossa vida juntamente com os remédios sobre os quais muitas vezes você ouviu falar antes de ser atemorizado pelos males que esses prometem remediar.” (BAUMAN, 2008, p. 15). Fechando o raciocínio, interessante a próxima citação: “O medo é seguramente o mais sinistro dos muitos demônios que se aninham nas sociedades abertas de nossa época. Mas é a insegurança do presente e a incerteza do futuro que criam e alimentam o mais aterrador e menos suportável de nossos medos. A insegurança e a incerteza, por sua vez, nascem de um sentimento de impotência: não parecemos mais estar no controle seja sozinhos, em grupo ou coletivamente, dos assuntos de nossas comunidades, da mesma forma que não estamos no controle dos assuntos do planeta – e nos tornamos cada vez mais conscientes do que não é provável que nos livremos da primeira desvantagem enquanto permitirmos que a segunda persista. Para piorar ainda mais nossa situação, carecemos das ferramentas que poderiam permitir que nossa política se elevasse ao nível em que o poder já se estabeleceu, possibilitando-nos, assim, recapturar e recuperar o controle sobre as forças que moldam nossa condição compartilhada, e portanto, redefinir o espectro de nossas opções assim como traçar os limites de nossa liberdade de escolha: o tipo de controle que atualmente escapou ou foi tirado – de nossas mãos. O demônio do medo não será exorcizado até encontrarmos (ou, mais precisamente, construirmos) tais ferramentas” (BAUMAN, 2008, p. 167). O sociólogo polonês consegue dar a verdadeira entonação ao que se passa na atual sociedade. Apesar de muitas pessoas enxergarem no Direito Penal uma dessas ferramentas, ou mesmo um remédio para um tipo de medo, importante frisar que se entende aqui que não o é. Não é com legislações penais ou com políticas criminais mais rígidas que se terá o controle da situação, pois o problema escapa a eficácia do Direito Penal, tornando-o sem credibilidade se aplicado dessa forma. Há um ditado qual diz que a cada escola aberta, fecha-se uma prisão. Aqui se estabelece o mesmo raciocínio: a melhor ferramenta é a educação, em todos seus aspectos, dando ouvidos sempre a reflexão crítica.

estará inserido numa classe social e, não raras vezes, em função da investidura, insere-se à elite social, partilhando da ideologia dessas.

Nesse ponto que importa então pensar e refletir, pois ao juiz que está inserido em determinada classe e partilha do pensamento coletivo dessa classe, certamente apresentará sua posição nas análises que o art. 59 permite fazer, por mais que se pense numa ordem formalista do Direito. Não se trata de críticas vagas de que à magistratura não se tem forte formação, mas sim que, ao passo que essas análises se dão num viés de pensamento de uma classe, abra-se caminho para uma imposição.

Talvez, a consolidada formação daria subsídios para que fosse possível uma análise racional por parte do estado - magistratura, Ministério Público, etc. Um dos mais recorrentes argumentos contra quem defende o garantismo penal é: “e se sua filha fosse “estrapada”? Você não iria querer vingança”? Essa situação fora levantada por Aury Lopes Junior, no XIII Congresso Brasileiro de Direito Penal & Psicologia Criminal – *Grandes crimes, grandes mentes criminosas*, o qual apresentou a seguinte resposta: “claro que eu iria querer vingança. Naquela situação, eu poderia ser irracional, mas o Estado não”. Entretanto, parece que a função jurisdicional quer promover um falso tipo de justiça.

Gomes (2013, p. 393), ao tecer algum tipo de aproximação com o populismo penal, acaba por considerar um tipo de “método (ou discurso ou técnica ou prática) hiperpunitivista que se vale (ou que explora) o senso comum, o saber popular, as emoções e as demandas geradas pelo delito e pelo medo do delito [...]”. Parece que o autor utilizou bem o termo “hiperpunitivista” quando comparado com a ideia de sociedade hipermoderna de Lipovetsky (2004, p. 53), autor este que diagnostica a existência de modelos cotidianos hiperintensificados:

O pós de pós-moderno ainda dirigia o olhar para um passado que se decretara morto; fazia pensar numa extinção sem determinar o que nos tornávamos, como se se tratasse de preservar uma liberdade nova, conquistada no rastro da dissolução dos enquadramentos sociais, políticas e ideológicos. Donde seu sucesso. Essa época terminou. Hipercapitalismo, hiperclasse, hiperpotência hiperterrorismo, hiperindividualismo, hipermercado, hipertexto - o que não é mais *hiper*? O que mais não expõe uma modernidade elevada à potência superlativa?

Nessa esteira, em virtude de uma má formação humanística, a falta de propedêutica à formação legal propícia ao investido da magistratura a inserção do populismo penal às decisões. O juiz, que era para apresentar solidificada postura perante as pressões de um populismo jurídico influenciado pela mídia, se enverga tendenciosamente, de maneira “líquida”. A esta afirmação, é importante lembrar que, “quanto maior o medo da sociedade, maior a legitimidade do Estado para agir e punir. Além de passar falsa percepção e aumentar a sensação de medo, dispersa na sociedade uma ideia de que ‘algo deve ser feito’, influenciando ainda mais a justiça Penal” (BAYER, 153, p. 153).

Sob esse prisma, por exemplo, que se vê um discurso do ódio indireto pela seletividade

do Direito Penal e toda sua maximização<sup>6</sup>. O juiz, ao refletir sem os devidos subsídios, julga conforme o populismo jurídico que também faz parte de sua classe. A esse fato se soma a questão do medo, pois ao se tratar dessa forma, o próprio juiz incorpora as ideias de sua classe nos juízos valorativos judiciais e isso se dá numa adequação ao pensamento coletivo de sua classe. Trata-se de uma “substância” ideológica que se insere na normatividade da magistratura e que, apesar de ganhar essa forma da normativa, expressa o ideal da classe em que o magistrado se encontra. Não raras vezes, juízes fazem parte de uma classe elitista, dominante na sociedade. Interessante apresentar o seguinte pensamento de Cirino dos Santos (2013, p. 379):

Em teoria do controle social, propostas científicas ingênuas produzem efeitos políticos perversos: a violência autoritária das elites de poder econômico e político das sociedades contemporâneas costumam existir sob a forma de primários programas repressivos de controle da criminalidade. Na atualidade, essa ingênua ciência do controle social oscila entre o discurso da *tolerância zero*, que significa intolerância absoluta, e o discurso do *direito penal do inimigo*, que significa extermínio de seres humanos [...].

Verifica-se então a existência estreita entre o discurso da tolerância zero com a capacidade de tratar o delituoso como um inimigo do Estado, pois ao dar essa perspectiva à pessoa delinquente, os Direitos Fundamentais não são importantes. O Direito Penal do inimigo desvela um verdadeiro raciocínio de estado de guerra (GRECO, 2009, p. 18), que pode ser aplicado aos delituosos numa tentativa legitimadora de ideologia.

Por isso a necessidade de reflexão e estudos reiterados, contínuos, tentando superar o *senso comum penal*, identificado por Wacquant (1999, p. 11)<sup>7</sup>, ou mesmo ultrapassar a *classe média intelectual*, identificada por Streck (2014, p. de internet)<sup>8</sup>. Em tese, talvez o que se deva pensar é numa mudança de encarar o mundo do Direito. Dessa forma, nota-se uma problemática também advinda das Instituições de Direito e ressalta-se aqui a academia com uma responsabilidade maior. Sendo uma agência de reprodução ideológica - o termo não é utilizado necessariamente com sentido pejorativo - conforme aponta Zaffaroni (2014, p. 33), a academia é o cerne desses debates e é nela que se deve iniciar a mudança.

Em geral, além de uma crise institucional, percebe-se uma crise epistemológica (NETO, MATTOS, 2007, p. 18) no campo do Direito. Para esse veneno, a academia é o melhor

6 A seletividade é um fato: “Como se sabe, o Direito penal é seletivo, e tem o seu público alvo, ou seja, a parcela miserável da população. Essa afirmação é muito fácil de ser comprovada. É só visitar o sistema prisional a fim de saber o percentual de presos que pertencem às classes média ou alta. O número será ridículo. No entanto, pergunta-se: Será que no Brasil ocorre, com frequência, o crime de corrupção? Será que existem sonegadores? As perguntas poderiam continuar até que abrangêssemos todas as camadas sociais. Contudo, só o pobre, só o miserável é processado e preso.” in: GRECO, Rogério. **A quem interessa uma justiça penal sobrecarregada?** 2010. Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=104>. Acesso em 20. set. 2014.

7 WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. de André Telles. Editora: Sabotagem, 1999. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCMQFjAB&url=http%3A%2F%2Ffiles.femadireito102.webnode.com.br%2F200000039-62f056357d%2FAs%2520Prisoos\_da\_Miseria%2520Loic\_Wacquant.pdf&ei=B7A1VYrMD\_O\_sQTH7IHgAQ&usg=AFQjCNG95XoAZA6cuIo0RNoOxelZ90cA2w>. Acesso em: 2. out. 2014.

8 STRECK, Lênio Luiz. **Abandonar as próprias vontades para julgar é o custo da democracia**. ConJur – Consultor Jurídico: 2014 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-10/entrevista-lenio-streck-jurista-advogado-procurador-aposentado>. Acesso em: 23. set. de 2014.

antídoto e a isso só o debate e a reflexão se apresentam como instrumentos. A liberdade de expressão é um direito fundamental conquistado ao longo da história, com banho de sangue. Não há motivos para não aproveitá-lo.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da pena sofreu diversas alterações durante a história. A necessidade de humanização das sanções permitiu que os literatos do Direito vislumbrassem a importância da justiça das penas. Estas, por sua vez, chegaram à Idade Hipomoderna com o ideal fortalecido: o da equidade e proporção.

Por mais que os textos constitucionais tenham previamente em seu espírito a justiça, a prática forense não demonstra a preocupação que os atuais diplomas trazem em seu bojo. Por diversas vezes, a função jurisdicional promove um justicamento ideológico. A premissa da imparcialidade e neutralidade jurisdicional não se sustenta. O juiz é um ser humano que participa de condições iguais aos demais e compartilha de pensamentos do seu respectivo grupo. Logo, está propenso ao mesmo modelo de existência.

Ao passo que sua condição permite ser social, a pessoa que está na função jurisdicional participa de um grupo social e jurídico. Social, pelo motivo de estar em sociedade e se relacionar com pessoas. Jurídico, pela razão de estar englobado na coletividade jurídica, partilhando do pensamento coletivo deste. Neste sentido, o juiz participa de um específico grupo social: o jurídico.

Num primeiro momento, parece haver alguma diferença muito clara entre esse grupo social e os demais. Entretanto, ao passo que se pauta a perspectiva numa análise em um momento hipermoderno, num contexto popular penal e sobre a condição do medo penal-social, aquele que seria o emancipado está submerso nesse aspecto tanto quanto outros grupos sociais. Percebe-se que sociedade num todo sofre com o mesmo mal, inserindo-se nesse contexto a própria magistratura.

A função jurisdicional não pode se prostrar com pouca contundência perante aspectos ideológicos que afligem a população. Entretanto, essa posição mais consolidada é comprometida com a visão exacerbada unidimensional-normativa do Direito, pois atrofia a capacidade de pensar criticamente, seja num aspecto institucional, seja epistemológico.

Dessa forma, considera-se a reflexão como a única forma de escape. Percebe-se que a própria coletividade jurídica, na qual o jurisdicionado faz parte, está inserida no contexto acima mencionado. Dar-se conta dessa situação é a primeira atitude de mudança.

Até que não se perceba a situação, o instituto qual trata o art. 59 servirá de instrumento técnico-formal para legitimação de ideologias, atuando de forma a emitir sanções pouco justas, fazendo a manutenção do ideal da seletividade penal e da guerra contra os inimigos do Estado. Clamar por mais reflexão além de ser uma busca por humanização, também procura a melhora da capacidade jurídica de auto-desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Tradução, Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BAYER, Diego Augusto. Meios de Comunicação na era da desinformação, a Reprodução do Medo e sua influência na política criminal. In: BAYER, Diego. **Controvérsias criminais: estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia**. Jaraguá do Sul: Letras e Conceitos, 2013, p. 153 -173.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratada de direito penal; parte geral**. 18. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BIANCHINI, Alice. Aspectos Subjetivos da Sentença Penal. In: BAYER, Diego. **Controvérsias criminais: estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia**. Jaraguá do Sul: Letras e Conceitos, 2013, p. 22 – 37.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 15. ed. 1 v. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Populismo penal, Justiça e Criminologias midiáticas In: BAYER, Diego. **Controvérsias criminais: estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia**. Jaraguá do Sul: Letras e Conceitos, 2013. p. 392 – 406.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

NETO, Caio Mario da Silva Pereira; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **A crise da pesquisa em direito no Brasil: armadilhas e alternativas ao formalismo**

jurídico. 2007. Disponível em: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/CaiodaSilvaPereiraandPauloTodescanLessaMattos\\_\\_Portuguese\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/CaiodaSilvaPereiraandPauloTodescanLessaMattos__Portuguese_.pdf). Acesso 10. abr. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. In: BAYER, Diego. **Controvérsias criminais: estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia**. Jaraguá do Sul: Letras e Conceitos, 2013, p. 371 - 382.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Buscando o inimigo: de satã ao direito penal cool**. Trad. de Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. 2005. Disponível em: <<http://www.freixinho.adv.br/recursos/pdf/artigos/013.pdf>>. Acesso em: 13. out. 2014.

## **JUDGE, FORM AND SUBJECTIVITY: THE IDEOLOGY AS THE LEVY ON AN APPLICATION BASE PENA**

**ABSTRACT:** This paper's purpose is the essence of art. 59 of the Brazilian Penal Code, relating to the application of the base penalty with a problem of judicial subjectivist order. The issue becomes more connotation while relates to issues of media interference, net modern social conditions or hypermodern; with malaise and social fear. The research was qualitative nature, with approach given also supported by the deductive method. Are perceived ideological influences on aspects of judicial subjectivity, and those listed in this function should present posture with greater forcefulness before taxes of this order.

**Keywords:** Subjectivity. Application. Ideological influences. Forcefulness.