

A DOSIMETRIA DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

José Antonio Paganella Boschi¹

Embora utilizadas sinonimamente, individualização e dosimetria das penas são termos jurídicos que designam aspectos diversos, conquanto relacionados ao mesmo tema.

Assim, a individualização, como garantia (art. 5º, inc. XLVI), projeta dever de respeito às singularidades próprias e características do indivíduo certo (e não de um homem médio) e do fato a ele imputado. Desses dois aspectos deduz-se que a garantia da individualização previne abusos por impedir tratamento de massa em direito penal.

Já a expressão "dosimetria da pena" é o procedimento técnico, regrado, isto é, que resulta **não** da arte mas da aplicação das regras legais, destinado a estabelecer a relação compensatória entre duas grandezas conhecidas²: o crime praticado, de um lado, e o castigo oficial ao autor, de outro lado, tendo por nortes os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade dentre outros. Esse procedimento, no sistema do Código, desdobra-se em três fases distintas e sucessivas (art. 68 do CP – método trifásico proposto por Nelson Hungria) destinadas à determinação objetiva das quantidades básica, provisória e definitiva de pena.

A pena-base não encontra definição em lei, ao contrário do CP de 1969, mas deve ser entendida como a *primeira referência quantitativa*, que serve de base "(...) *para alguma coisa*. ... surgindo como *uma necessidade prática e vinculada à aplicação mesma do sistema*"³. O seu cálculo é realizado mediante a valoração das

¹ Ex-desembargador no RS, Mestre em Processo Penal, professor da PUC e advogado criminalista. É autor, dentre outros, do livro *Das Penas e seus Critérios de Aplicação* (na sua 8ª. Edição), publicado pela Livraria dos Advogados.

² RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 208-209.

³ DUARTE, José. *Aplicação da Pena – Pena-Base – Inteligência do art. 50*. *Revista Justitia*, São Paulo, vol. 4, p. 209, 1942.

circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP – haja vista a remissão a esse dispositivo feita pelo legislador no art. 68 do mesmo Estatuto. É por causa disso que as circunstâncias do art. 59 são chamadas de “judiciais”, ao contrário das circunstâncias “legais”(agravantes, atenuantes, qualificadoras, etc), cuja carga de valor foi conferida “a priori” pelo legislador.

A valoração há de ser circunstância a circunstância e deve guardar relação com os fatos provados nos autos. É vedada a consideração, na órbita do art. 59 do CP, de elementos integrativos dos tipos penais, como dimana do princípio do **ne bis in idem** e o valor positivo ínsito em cada circunstância não pode ser arredado por suposição, dependendo sempre de fundamentação conectada aos elementos de prova constantes dos autos. Não atende, pois, a exigência do inciso IX do art. 93 da CF a sentença que *faz “(...) a simples menção aos critérios enumerados em abstrato pelo art. 59 do CP”*, sem permitir a identificação dos “... *dados objetivos e subjetivos a que eles se adequariam, no fato concreto, em prejuízo do condenado*”⁴ ou que invoca fórmulas vagas ou preguiçosas⁵, do tipo “*as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu*”⁶, constituindo-se essas hipóteses em causas de nulidade absoluta a ser declarada em qualquer fase, instância ou juízo, inclusive de ofício, salvo incidam regras impeditivas, v. g. a da falta de prejuízo de pena-base estabelecida no mínimo legal⁷, pela impossibilidade de vir alguém desse piso.

Como não há regras explícitas sobre os procedimentos a seguir **após a valoração** a doutrina e a jurisprudência recomendam a utilização das seguintes diretivas: a) quando as circunstâncias judiciais não forem valoradas negativamente, a pena-base será estabelecida no mínimo legalmente cominado, por ser essa a tendência dos países em todo o mundo; b) quando algumas delas (duas ou três) receberem valores negativos, ela deverá ser fixada um pouco acima do mínimo legal e, por último, c) quando o juiz considerar desvalioso o conjunto das circunstâncias, a pena-base poderá ser quantificada próximo do **termo médio** (soma do mínimo com o máximo abstratamente cominados e a divisão por dois do resultado dessa operação aritmética).

⁴ STF, HC 68.751, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, in DJU de 1.11.91, p. 15.569. No mesmo sentido: HC 3.016-7-PB, 2ª T., Rel. Min. Francisco Rezek, j. 15.12.95, v.u., DJU 11.4.97, p. 12.183.

⁵ As expressões são de PAULO JOSÉ DA COSTA JR. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Saraiva, 1991, p. 161.

⁶ HC 74.951, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, in Informativo do STF, nº 89).

⁷ Apelação-crime nº 1629-5, 2ª Câmara Criminal do TAMG, Rel. Juiz Paulo Medina, Unânime, 29.11.88, Publ. RJTAMG 34-37/462.

Na segunda fase serão consideradas as agravantes e atenuantes previstas em lei (arts. 61 a 65) e também as inominadas (art. 66), com destaque para as preponderâncias previstas no art. 67, observada, em qualquer caso, a proibição da Súmula n. 231, em que pese a contrariedade à garantia da individualização da pena e aos artigos 61 e 65 do CP.

O sistema penal não admite, outrossim, quantificação de agravante em volume tal que conduza a pena provisória ao limite máximo cominado em abstrato ao crime, pois ela não possui a força punitiva própria das causas especiais de aumento.

Inexiste regra clara dispendo sobre o modo como deve se quantificada a agravante e a atenuante. Desde muito, sugerimos a adoção da fração máxima de 1/6 da pena-base, assim também recomendando Guilherme Nucci⁸, tudo para evitar-se a equiparação das agravantes e atenuantes às causas de aumento ou diminuição próprias da terceira fase.

Na terceira fase, desde que observada a regra do parágrafo único do art. 68 do CP, será calculada a pena definitiva mediante acréscimos ou diminuições, por cascata, das quantidades de penas determinadas pelas eventuais causas especiais de aumento ou diminuição, previstas na Parte Geral e na Parte Especial do CP, sendo elas fixas ou variáveis. Estas últimas exigem a própria e prévia dosimetria antes de serem as quantidades acrescidas ou extraídas da pena provisória.

Não há critérios explícitos para a essa prévia quantificação da causa especial de aumento ou diminuição em quantidade varável, salvo para o crime tentado (art. 14, II) - cujo critério é o do **iter criminis** – o concurso formal (art. 71) e a continuidade delitiva (art. 71 e parágrafo do CP) – cujo critério comum é o do **número de vítimas ou de crimes**⁹. Nessas duas últimas hipóteses é indispensável o esgotamento do método trifásico para cada crime e, depois, o cálculo das penas segundo as fórmulas do concurso formal e do crime continuado para resguardo da hipótese do concurso material mais benéfico (arts. 70, par único e 71, parágrafo único, **in fine**).

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*, São Paulo, RT. 2004, p. 285

⁹ No STF: HC nº 73.446-4/SP, 2ª Turma – Rel. Min. Marco Aurélio. No STJ: HC 128297 / SP, 5a. T., rel. Min. Felix Fischer, j. em 19/08/2009; no TRF4: ACR 2005.70.00.019396-3, Sétima Turma, Relator Tadaaqui Hirose, D.E. 12/11/2008); no TJRS: RJTJRS, v. 114, p. 159, dentre muitos outros julgados.

Por isso, nos demais casos, sugerimos que a quantificação corresponda ao *grau da culpabilidade* determinado no momento da individualização da pena-base.

Em que pese estar ainda em curso o julgamento da ação penal n. 470 e de nos utilizarmos apenas das informações ventiladas pela imprensa, constata-se que o colendo Supremo Tribunal Federal, embora preservando e, assim, revigorando o sentido das regras acima comentadas, foi bastante rigoroso na objetiva quantificação das penas, respondendo, nesse particular, ao clamor da população e da mídia contra os desmandos nas altas esferas do poder central e contra a corrupção em geral.

Veja-se que em certa dissonância com a própria jurisprudência, que veda a dupla valoração pelo mesmo fato (**ne bis in idem**), conforme alerta feito em sessão pelo emin. Ministro Ricardo Lewandowski, a colenda Corte, quando do exame das circunstâncias judiciais, considerou o *enriquecimento ilícito* como causa para a negativização dos *motivos*, o *montante dos prejuízos*, para justificar o desvalor das conseqüências dos crimes praticados, a *utilização de doleiros*, para tornar negativas as circunstâncias dos crimes de evasão de divisas e o *tempo de duração de alguns crimes* para ensejar a valoração negativa das conseqüências, sem embargo de ter a reiteração criminosa sido reconhecida, também, como causa para a elevação da pena pela continuidade delitiva. Ao que consta nada de concreto foi dito quanto ao risco real ao regime democrático, à independência dos poderes e o próprio sistema republicano, apontado como outra circunstância negativa na órbita das conseqüências dos crimes de peculato e de corrupção ativa.

Em todos os cálculos, outrossim, a culpabilidade, pelo modo como agiram os acusados, foi, como circunstância judicial, considerada intensamente negativa, em que pese a culpabilidade, independentemente de saber-se se integra ou não o conceito de crime¹⁰, ou se é ou não pressuposto deste, atue como *fundamento para a condenação* e como *limite* não ultrapassável no processo de quantificação das penas, sem concorrer em nível de igualdade com as “demais” circunstâncias judiciais previstas no art. 59, pois estas é que atuam como coadjuvantes para que juiz posa determinar o grau da culpabilidade e daí estabelecer a correspondente medida da pena cominada como retribuição pelo fato típico cometido.

¹⁰ Crime é ação ou omissão típica, antijurídica e culpável.

Essas observações críticas (mesmo na pendência do término do julgamento e da publicação do acórdão) não impedem que o signatário registre o quanto o Supremo Tribunal Federal, com mais esse julgamento, fez-se respeitar, ainda mais, perante os brasileiros.

A permissão para que esse e outros grandes julgamentos já realizados fossem transmitidos ao vivo, bem ainda ampla liberdade assegurada à imprensa para recolher e transmitir informações, derrubando curiosidades, permitiram que todos vissem que os Ministros da Suprema Corte, seres humanos como nós, são pessoas altamente qualificadas para o exercício de suas altas responsabilidades.

Pode-se até discordar ousadamente das posições adotadas por um ou por outro mas ninguém poderá negar que todos eles expuseram suas convicções com convicção, coragem e independência. Em artigo publicado recentemente, o ex-subprocurador geral da república, dr. Jayme Eduardo Machado, escreveu o texto que bem ilustra o pensamento do signatário: “É esta a Justiça corajosa que temos e em que também ... devemos confiar. Os ingleses, de reconhecida bravura no histórico das guerras, e que na ironia do estatista (Churchill) desconfiam tanto das salsichas quanto das leis, talvez desconfiem também dos acórdãos de seus juízes. Pois enquanto aqui mostramos tudo ao vivo pela TV, ao que se sabe lá é proibido à imprensa sequer fotografar sessões de julgamento E se nela confiam, no mínimo a protegem por temor à crítica. Mas é com coragem que se faz a Justiça mais confiável”.