

A NULIDADE NA DOSIMETRIA ÚNICA



Laldeir de Lima Pereira¹

Analisando condenações com dosimetria única para diversos crimes, considera-se a existência de nulidades, concluindo-se que há necessidade de dosimetria individualizada para cada crime.

Palavras-chave: Dosimetria única. Nulidade

¹Pós-Graduado/Especialista, pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR em 2021. Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: laldeir.pereira@tjpr.jus.br. Orcid: 0009-0003-6919-1570

THE NULLITY IN SINGLE DOSIMETRY



Mauro Bley Pereira Junior²

Analysing convictions with a single dosimetry for several crimes, the existence of nullities is considered, and the conclusion is that there is a need for individualized dosimetry for each crime.

Keywords: Single dosimetry. Nullity

² Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná em 1991. Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: mbp@tjpr.jus.br. Orcid: 0000-0003-1980-1898

INTRODUÇÃO - AS CONTRADIÇÕES DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A dosimetria única tem sido verificada em decisões condenatórias referentes a delitos relacionados a violência doméstica contra a mulher.

Reproduzo dosimetrias, como mera referência.

Em decisão judicial em que o réu foi condenado pela prática de dois crimes previstos no artigo 150, § 1º, do Código Penal, na forma do artigo 70, do referido código, constou a seguinte dosimetria:

"Na primeira fase da dosimetria da pena, analisam-se as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP.

A conduta se mostra com culpabilidade já devidamente reprovada pela própria norma do tipo penal, não se mostrando esta acentuada de modo a influir no cálculo da pena.

A análise dos antecedentes do acusado deve ser interpretada conjuntamente com o disposto no art. 5º inciso LVII da CF, ou seja, condenação transitada em julgado que não configure reincidência, sempre observando o princípio da não culpabilidade, conforme é consagrado pela jurisprudência pátria:

Sob esta ótica o réu não ostenta condenações transitadas em julgado, razão pela qual considero tal circunstância judicial neutra.

A conduta social do acusado que é a sua convivência com a família, vizinhança e sociedade se mostra neutra, observado o disposto na súmula 444 do STJ.

Não há elementos a possibilitar aferição como negativa da circunstância da personalidade do agente.

As circunstâncias ao crime foram normais ao crime, não devendo influir no cálculo da pena.

Os motivos também não interferem na dosagem da pena nesta fase processual, mostrando-se normais ao tipo penal em análise.

Já as consequências do crime, não foram além das inerentes ao tipo penal.

Por fim não há o que se falar em comportamento da vítima, sendo desta forma neutra tal circunstância.

Desta forma, fixo a pena base no mínimo legal, qual seja, 06 (seis) meses de detenção para cada crime objeto de imputação.

Na segunda fase, fixa-se a pena provisória de acordo com as circunstâncias agravantes e atenuantes, art. 61 e 65 do CP, respectivamente.

Presente a agravante do art. 61, inciso II, alínea "f" do CP, qual seja, em razão do crime ter sido praticado no contexto de violência doméstica, motivo pelo qual exaspero a pena em 1/6 (um sexto), restando a pena em 07 (sete) meses de detenção para cada crime objeto de imputação.

Na terceira fase da dosimetria, não se verifica qualquer causa geral ou especial de aumento de pena.

Logo, fixo a pena definitiva em 07 (sete) meses de detenção para cada crime objeto de imputação."

Em decisão judicial em que o réu foi condenado pela prática de dois crimes previstos no artigo 147-B e art. 147, caput, ambos do Código Penal, na forma do artigo 69, do referido código, constou a seguinte dosimetria:

"Passo, agora, a fixação da pena, em conformidade com o critério trifásico, preconizado por Nelson Hungria e previsto no artigo 68 do Código Penal, e em observância ao princípio Constitucional da Individualização da Pena, assegurado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

O crime de ameaça prevê pena de detenção de 01 a 06 meses, ou multa.

No caso em tela, considerando que o fato foi praticado no âmbito doméstico e diante da previsão constante do art. 17 da Lei 11.340/06, que estabelece a impossibilidade de qualquer espécie de prestação financeira ao autor do delito de violência doméstica em substituição à pena restritiva da liberdade, opto pela aplicação da pena de detenção.

O delito de violência psicológica possui a pena abstrata de reclusão de 06 meses a 02 anos e multa. Passo, agora, ao exame das circunstâncias judiciais delineadas pelo art. 59 do mesmo diploma legal.

1ª FASE (fixação da pena-base):

A conduta do réu não enseja um maior juízo de reprovabilidade além daquele já inerente ao tipo em análise, de modo que sua culpabilidade deve ser atribuída em grau normal; o

réu não possui antecedentes criminais, conforme certidão Oráculo (seq. 63.1); não existem elementos concretos para se aferir a sua conduta social ou personalidade; os motivos e as circunstâncias são normais, não evidenciando maior lesividade da conduta; as consequências do crime não foram graves; o comportamento da vítima não influenciou para a prática delitiva.

Diante do norte estabelecido no artigo 59 do Código Penal, considerando a inexistência de circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja:

a) da violência psicológica: 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa;

b) da ameaça: 01 (um) mês de detenção.

2ª FASE (pena provisória):

Presente a agravante referida na alínea "f" do inciso II do art. 61 do CP, considerando terem sido os fatos cometidos com violência contra a mulher.

Por outro lado, incide a atenuante referente a idade do acusado (art. 65, I, do CP), uma vez que possui mais de 70 (setenta) anos, pois nasceu em 17/11/1946.

Assim, procedo a compensação e mantenha a pena intermediária a mesma da pena base.

3ª FASE (pena definitiva):

Inexistem causas de diminuição ou aumento de pena. Assim, fica a pena final estabelecida em: a) DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA: 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 10 (DEZ) DIAS-MULTA;

b) DA AMEAÇA: 01 (UM) MÊS DE DETENÇÃO.

DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES

Tendo o agente, mediante mais de uma conduta, praticado dois delitos (violência psicológica e ameaça), é de aplicação o concurso material de crimes, conforme preceitua o artigo 69 do Código Penal, de modo que a pena total imposta é aquela resultante da soma das aplicadas para cada delito.

Contudo, tratando-se de crimes com naturezas diversas (reclusão e detenção), não há como se proceder à soma das reprimendas. Sendo assim, UNIFICADAS as reprimendas, resultam em 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO e 01 (UM) MÊS DE DETENÇÃO, além de 10 (DEZ) DIAS-MULTA."

1 A NULIDADE

Verifica-se nulidade nestas sentenças em razão da elaboração de dosimetria única quando há concurso de crimes, o que deve ser reconhecido a partir de recursos apresentados pela parte, ou mesmo, de ofício.

Isso porque a condenação e sua consequente dosimetria, deve analisar cada crime objeto da imputação.

José Frederico Marques, destaca que:

"entre o *perceptum juris* e a *sanctio juris*, colocam-se as circunstâncias do delito, como hífen e nexos que estabelecem a ligação entre a regra primária e a regra sancionadora, entre a infração penal e a pena, a fim de que esta seja imposta segundo os postulados constitucionais da individualização judiciária da pena, aliás devidamente consagrados pelo Código Penal. Incumbe ao juiz, ao cumprir seu ofício jurisdicional, examinar as circunstâncias do crime, quer legais (reconhecendo, até ex officio, as agravantes, segundo o disposto no art. 385 do Código de Processo Penal), quer judiciárias, para a correta fixação da pena".[1]

Essa atividade é determinada no artigo 387 do Código de Processo Penal, que determina que o juiz, ao proferir sentença condenatória: "I – mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer; II – mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008); III – aplicará as penas, de acordo com essas conclusões; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008); IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008); V – atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro; VI – determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1º, do Código Penal)".

A sanção penal imposta ao condenado deve, mediante fundamentação válida, ser fixada em quantitativo compatível com as finalidades de reprovação e prevenção do crime.

Para tanto, o artigo 68, do Código Penal, em franca adoção do sistema trifásico, estabelece que, para a obtenção do quantum da pena privativa de liberdade, é imprescindível a observância de três fases distintas: na primeira, que tem por objetivo a fixação da pena-base, o julgador sopesa as circunstâncias judiciais; na segunda, faz incidir, se existentes, as atenuantes e as agravantes; e na terceira, computa, quando necessário, as causas de diminuição e de aumento da sanção.

Por outro lado, no tocante à aplicação da pena, não se pode esquecer que o juiz possui discricionariedade. No entanto, essa faculdade está vinculada à observância dos critérios acima elencados, de modo que lhe é exigível que analise cada fase dosimétrica indicando, concretamente, suas razões de decidir.

Ademais, nas infrações penais praticadas em concurso de crimes, deve o magistrado examinar as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal para cada um dos delitos, devendo, por conseguinte, as penas iniciais serem exacerbadas individualmente.

A ausência de elaboração do cálculo dosimétrico de forma individual para cada crime ocorrido em concurso, viola frontalmente os direitos constitucionais relativos à individualização da pena e ampla defesa.

Isso porque o princípio da individualização da pena é uma das bases fundamentais do sistema jurídico penal brasileiro.

Ele estabelece que a aplicação da pena deve ser feita de maneira personalizada, levando em consideração não apenas o delito cometido, mas também as características individuais do infrator, e as circunstâncias que envolveram o crime.

Da mesma forma, o princípio da ampla defesa desempenha um papel importante na elaboração da dosimetria penal, que se refere ao processo de fixação da pena a ser aplicada a um indivíduo condenado por um crime.

Esse princípio assegura que o réu tenha todos os meios necessários para se defender de forma eficaz durante todas as fases do processo penal, incluindo a fase de dosimetria da pena.

Na prática, isso significa dizer que o réu tem o direito de apresentar todos os argumentos e provas pertinentes que possam influenciar a decisão do juiz na determinação da pena.

Além disso, o princípio da ampla defesa também garante que o réu tenha acesso adequado aos mecanismos legais para impugnar qualquer aspecto desfavorável à sua situação durante o processo de dosimetria.

Assim, a ampla defesa na dosimetria penal visa garantir não apenas a equidade do julgamento, mas também a justiça na aplicação da pena, levando em consideração todas as circunstâncias relevantes do caso específico e respeitando os direitos fundamentais do indivíduo acusado.

Este princípio constitucional é essencial para assegurar que o processo penal seja conduzido de maneira justa e em conformidade com os preceitos democráticos e de direitos humanos.

A propósito, acerca do tema, esta é a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

[...] há dois sistemas principais para a sua aplicação: a) critério trifásico, preconizado por Nélson Hungria; b) critério

bifásico, defendido por Roberto Lyra. O Código Penal optou claramente pelo primeiro, conforme se vê do art. 68:

"A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último as causas de diminuição e de aumento". Para Hungria, o juiz deve estabelecer a pena em três fases distintas: a primeira leva em consideração a fixação da pena-base, tomando por apoio as circunstâncias do art. 59; em seguida o magistrado deve aplicar as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes dos arts. 61 a 66), para então apor as causas de diminuição e de aumento (previstas nas Partes Geral e Especial). (...) [2]

Destarte, é imperativo reconhecer que a não observância do sistema trifásico, com a consequente supressão de suas etapas, como nas decisões mencionadas, não apenas viola o princípio de individualização da pena como também dificulta, ou impossibilita, o exercício da ampla defesa, resultando em nulidade absoluta da sentença condenatória.

O Superior Tribunal De Justiça, em casos análogos, assim se manifestou:

Penal. Habeas corpus. Crime de homicídio qualificado. Dosimetria da pena. Ausência de fundamentação idônea. Violação do critério trifásico. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida. 1. Malgrado haja certa discricionariedade na fixação da pena-base, a sua exasperação acima do mínimo deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, X, CF).

2. É nula a dosimetria da pena que não atende ao disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, sendo a fixação da pena-base desprovida de fundamentação em elementos concretos, bem como realizada em desacordo com o critério trifásico. 3. A reincidência, além de ter sido considerada em momento inadequado, não restou demonstrada pelo magistrado, que se limitou a afirmar que o réu praticou o delito quando se encontrava preso por outro motivo, situação que, por si só, não caracteriza a referida circunstância agravante. 4. Ordem concedida para anular a sentença e o acórdão impugnado no tocante à dosimetria da pena, a fim de que outra seja realizada, com observância do disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal. [3]

Segue, nesse mesmo sentido, o entendimento jurisprudencial [4]:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 E ART. 16, CAPUT, DA LEI 10.826/2003. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO CORRETA DAS PENAS. PROCEDÊNCIA. CASSAÇÃO DA SENTENÇA POR FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, PARA QUE OUTRA SEJA PROFERIDA. VIOLAÇÃO AO SISTEMA TRIFÁSICO E AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE 1º GRAU PARA SANAR A IRREGULARIDADE.

Do referido julgado, extrai-se a seguinte fundamentação:

"(...)

No caso dos autos, constatando-se que foi realizada uma dosimetria conjunta para os dois delitos, isso porque na dosimetria não se procedeu à análise individualizada das causas de oscilação da dosagem da reprimenda para cada delito.

Sabe-se que a individualização das penas impostas pela prática de cada delito é de suma relevância para verificação de eventual prescrição e para o exame do concurso de crimes, além de ser uma garantia prevista no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

Assim, a ausência de dosimetria individualizada de cada um dos crimes, antes da aplicação da regra do concurso formal, é causa de nulidade absoluta, por violação ao princípio da individualização da pena.

Por sua vez, o ilustre Procurador de Justiça ressaltou que (Id. 15028616): "é necessário que a reprimenda de cada crime seja fixada individualmente, em atenção ao princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal. Trata-se de garantia fundamental prevista constitucionalmente, que concretiza o dever constitucional de motivação das decisões judiciais e possibilita o exercício pleno do direito de defesa." Sobre o tema, confira-se decisão desta Câmara Criminal:

(...)

Desta feita, sendo nítida a ofensa ao sistema trifásico e ao princípio constitucional de individualização da pena, nula é a sentença nesta parte, porquanto há prejuízo para a defesa, conforme prevê o art. 563 do Código de Processo Penal, a exemplo da análise de possível prescrição dos crimes.(...)".

CONCLUSÃO – A NECESSÁRIA DOSIMETRIA INDIVIDUALIZADA

Para a regular condenação, na dosimetria da sentença, deve ser analisado cada crime objeto da imputação e condenação.

Na fase de análise do artigo 59, do Código Penal, é possível atribuir a mesma valoração em relação aos antecedentes, conduta social e personalidade, posto que os antecedentes são analisados a partir de informação objetiva contida nos autos; e a conduta social e personalidade trata-se de aspectos subjetivos que somente podem ser valoradas negativamente a partir de eventuais informações que via de regra não estão presentes entre as provas contidas nos autos.

Contudo, é necessária a análise particularizada da culpabilidade, ou do grau de reprovabilidade em relação à cada uma das ações, a fim de verificar se tal circunstância se mostra acentuada de modo a influir no cálculo da pena.

Da mesma forma, as circunstâncias, os motivos, as consequências e o comportamento da vítima devem ser analisados de forma individualizada, observando-se cada delito.

Também são de se destacar as observações de Eugenio Pacelli e Douglas Fischer, que observam a necessária análise das agravantes de caráter objetivo, e as circunstâncias de caráter subjetivo:

"As agravantes de caráter objetivo, isto é, cuja demonstração é feita de plano, tal como ocorre com a reincidência e com a relação de parentesco e de casamento entre ofensor e ofendida (art. 61, I e II, CP), podem ser reconhecidas sem que se tenha feito qualquer referência a elas na peça acusatória. Exige-se apenas a sua cabal comprovação. Já as circunstâncias de caráter subjetivo, isto é, que necessitam da demonstração da prática de determinado comportamento por parte do agente, como se constata em várias hipóteses do art. 61, e em todas do art. 62, ambos do Código Penal, devem ser objeto de imputação (do fato) e da respectiva prova, sem o que se violará, inexoravelmente, o princípio do contraditório e da ampla defesa." [5]

As dosimetrias em decisões condenatórias devem ser regularmente fundamentadas, e não é possível estabelecer dosimetria única, sob pena de verificarmos condenações sem a devida e necessária análise das circunstâncias judiciais que são previstas para a fixação de pena.

Verificada a dosimetria única, há nulidade insanável, sendo necessário que outra decisão seja prolatada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1962, v. 3, p. 48-49.
- [2] NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 16. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016, p. 521.
- [3] BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Habeas Corpus n. 67709/PE. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data do Julgamento: 21/06/07. Data da Publicação: 06/08/07.
- [4] BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – Apelação Criminal n. 0109662-34.2018.8.20.0001. Câmara Criminal. Relator: Glauber Antonio Nunes Rego. Data do Julgamento: 06/10/2022. Data da Publicação: 17/10/2022.
- [5] PACHELLI, Eugenio e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 5ª ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2013, p. 795.