

## **Dosimetria da pena: cálculo da pena base e o estereótipo do réu.**

TAYANA FERES MESSMAR MATIAS<sup>1</sup>

A pena no Brasil é calculada de acordo com o critério trifásico: na primeira fase é calculada a pena-base que analisa as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal; na segunda fase é calculada a pena-intermediária em que são analisadas circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, na terceira fase é calculada a pena-definitiva na qual são apreciadas majorantes e minorantes do crime em questão.

Nessa breve abordagem pretende-se, sob o ponto de vista garantista, analisar a aplicação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal conforme o estereótipo físico e social do réu. Essa análise justifica-se pela realidade que nos deparamos no cenário do carcerer - temerário limitar ao atual cenário uma vez que há mais de século vemos exatamente o mesmo estereótipo sofrendo na pele (na verdade, por causa da pele) – em outras palavras: no sistema prisional vemos pessoas muito semelhantes umas às outras. Quando levantamos algumas hipóteses podemos observar que uma das variantes relevantes para esse fenômeno é justamente a apreciação das circunstâncias judiciais por parte do magistrado quando o réu é negro e de classe baixa/ baixíssima sob uma latente perspectiva do direito penal do autor e não do fato.

Vejamos como funciona: para o cálculo da pena-base o juiz irá considerar as circunstâncias judiciais previstas pelo Código Penal, quais sejam: a culpabilidade (maior ou menor censura ao comportamento do agente dentro do cenário que o fato se deu)- essa é uma apreciação sensível já que muitas vezes irá esbarrar com padrão moral, costumeiro e aceitável socialmente e será deixada de lado a observância minuciosa do caso concreto e o contexto de como foi praticado o

---

<sup>1</sup> Advogada Criminal e na área da Infância e Juventude na cidade de Curitiba. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal (2013). Obteve especialização em Criminologia pelo Curso Cognos - Porto (Portugal). Mestranda em Psicologia Forense na Universidade Tuiuti do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia e Infância e Juventude. Professora para preparatórios de concurso público e Exame da Ordem dos Advogados das disciplinas de Processo Penal e Estatuto da Criança e do Adolescente no Curso Jurídico. E-mail para contato: tayana@cursojuridico.com

fato e suas aparentes razões; os antecedentes (fatos anteriores cometidos pelo réu, mas com sentença transitada em julgado apenas); a conduta social (é feita a análise do comportamento do agente no âmbito familiar, social, de trabalho)- uma das circunstâncias mais falhas porque é o tal do “ouvi dizer que o agente bate na mulher” pela vizinhança, por exemplo, e, esse comportamento pode ter peso. Entretanto, diante a realidade, o que mais vemos é a influência do estereótipo do agente para avaliação do critério da personalidade (é analisada a boa ou má índole do agente, se o crime cometido tem chance de ser um ato isolado na vida dele ou se poderá cometer novas infrações, sua interação social, seu temperamento)- primeiramente essa análise seria indicada para um profissional habilitado: psicólogo forense, psiquiatra forense e não um juiz que não está apto para tanto; ainda, são levados em consideração atos infracionais cometidos quando criança ou adolescente, ou seja, na fase de condição peculiar de formação do ser humano em que não há nem personalidade formada. Dando seguimento a análise das circunstâncias: motivos (é considerado o que levou o agente a praticar esse ato, fez por impulso moral ou imoral?); circunstâncias do crime (análise da forma como foi praticada a infração, sua natureza, o tempo, o lugar, os meios utilizados, os objetos utilizados, a forma com que foi executada) – o mais comum de acontecer com essa circunstância é ela ser utilizada aqui na soma da pena-base, mas também constituir elemento do tipo penal, incorrendo em dupla valorização; consequências do crime (além da consequência natural do crime praticado, o que mais causou?); comportamento da vítima (analisa se a vítima contribui para impulsionar o comportamento delinquente do agente).

Jamais poderíamos garantir a justiça da pena com tanta propriedade e segurança, ainda mais quando falamos de alguns critérios específicos utilizados para sua fixação. Vamos dar uns passos para trás a fim de facilitar o entendimento: o Direito Penal adotado pela Constituição Federal e pelo Código Penal é o Direito Penal do Fato, ou seja, a análise toda é feita acerca da conduta praticada pelo agente. Em outras palavras, o relevante é o que o agente fez e não quem ele é. Quando permitimos a adoção de critérios como, conduta social e personalidade do agente estamos permitindo passivamente a aplicação do Direito Penal do Autor, quer dizer que o sistema está analisando a pessoa do agente e ele será julgado por quem ele é e não necessariamente pelo crime praticado. Diante o raciocínio, uma questão lógica é levantada: que capacidade profissional e especializada tem o judiciário de definir

uma pessoa, conhecer quem ela é de verdade, saber de antemão que é um perigo à sociedade e com toda propriedade sentenciar sua vida?! Os critérios utilizados são objetivos na lei, subjetivos na análise e extremamente frágeis para as partes processuais, trazendo em grande parte dos casos, a injustiça. Por não falar quando um elemento previsto no próprio tipo penal é considerado também como circunstância judicial, o que gera o conhecido “*bis in idem*” (o mesmo elemento é considerado e calculado duas vezes na pena, o que não é permitido por lei) e a pena fica maior do que deveria.

Acho importante esclarecer para as pessoas que são, diga-se de passagem, receptoras das informações erroneamente passadas, que aquela concepção do Séc. XIX de que existe um perfil, um estereótipo pré-definido do infrator, que o agente preenchendo “requisitos legais” é um criminoso, não cabe na perspectiva jurídica, legislativa nem popular. Inclusive, cabe ressaltar, essa teoria já caiu por terra há muito tempo porque comprovado que não existe um estereótipo criminal. Entretanto, trazendo para nossa realidade dentro do sistema penitenciário, é impossível acreditar que essa Teoria Lombrosiana está em desuso, uma vez que a maior parte carcerária tem exatamente os mesmos traços físicos, destacando a cor da pele. E esse ponto tem sim relação com a dosimetria da pena, principalmente quando estamos atribuindo características ao infrator: a conduta social, personalidade, culpabilidade, antecedentes, motivos, circunstâncias e até o comportamento da vítima têm maior relevância na hora de sobrepesar a caneta e aumentar a pena quando o agente tem um estereótipo e pertence a certa classe social. Um princípio basilar é o da individualização da pena, ou seja, diante aquele caso concreto para aquela conduta delituosa deve ser aplicada uma pena individualizada e proporcional suficiente para cumprir sua função, qual seja, reprovar e prevenir a conduta.

Na prática muitas injustiças são cometidas, não necessariamente de forma proposital, mas pelo motivo desse sistema ser falho. No final das contas, nos deparamos com soma de rotulações, com análise do autor e não do fato, com uma matemática que extrapola absurdamente aquela ideia de limitação da pena inicialmente proposta por esse sistema há muito tempo atrás. Quando estamos na

área de humanas não podemos ser tão objetivos e, ao mesmo tempo, ter tanta liberdade de interpretação e subsunção.

Concluindo, temos muitos passos a dar para frente, devemos trazer o Direito Penal para o Séc. XXI, fazer respeitar a Constituição e humanizar o tratamento com o outro que por não pertencer ao seu contexto social não é necessariamente inimigo e “vale menos”. Diante essa breve análise, podemos tatear que a dosimetria da pena se demonstra falível e muito distante da aplicação justa da pena diante a ideológica verdade real do processo.

Palavras-chave: Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais. Estereótipo criminal.