

Veredictum

CADERNOS DE DIREITO DA FASB

eISBN 2675-5289

pISBN 1983-6236

Número 3, jul./dez. 2020



A DOSIMETRIA DA PENA A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Carlos Eduardo Oliva de Carvalho Rêgo

Doutor em Ciência Política

(Teoria Política) Universidade Federal Fluminense

E-mail caduardoliva@gmail.com



Artigo publicado em acesso aberto (*Open Access*) sob a licença Creative Commons Attribution, que permite uso, distribuição e reprodução em qualquer meio, sem restrições desde que o trabalho original seja corretamente citado.

Resumo: O objetivo do presente artigo é tratarmos criticamente da Dosimetria da Pena e das etapas de seu procedimento trifásico, em uma apreciação criminológica. Analisaremos as circunstâncias judiciais, legais, e o sistema de majorantes e minorantes, além dos critérios de substituição de Pena Privativa de Liberdade em Pena Restritiva de Direitos, e de concessão de suspensão condicional da pena e do processo. Afinal, o primeiro passo para valorizarmos a vida de qualquer pessoa que esteja tendo uma pena fixada por um juiz é compreendermos bem e criticamente todas as etapas desse processo e fugirmos a qualquer justificativa da pena com os argumentos do senso comum, especialmente aqueles de ordem moral, buscando nos alicerçarmos na Criminologia como aporte teórico para atingirmos esta finalidade. Pretendemos, portanto, em nossa breve análise, uma discussão da Dosimetria da pena que nos permite não nos confundirmos com o dever-ser do Direito Penal, mas com a dimensão do ser, do real, buscando apontar as incongruências de porosidades existentes no procedimento da Dosimetria e as possibilidades de conversão de penas e de suspensão condicional da pena ou do processo, que muitas vezes pode esbarrar nas crenças do juiz. São estas crenças que também estão por trás de todos os desafios que um detento acabará por viver, como a dramática narração do Diário de um Detento a que neste artigo também recorreremos.

Palavras-chave: Dosimetria da Pena. Criminologia Crítica. Direito Penal

Abstract: The purpose of this article is to deal critically with the Dosimetry of Pena and the stages of its three-phase procedure, in a criminological assessment. We will analyze the judicial and legal circumstances and the system of majorities and minorities, in addition to the criteria for substitution of a Private Prison Penalty with a Restrictive Penalty for Rights, and for granting conditional suspension of the sentence and the process. After all, the first step in valuing the life of any person who is having a sentence fixed by a judge is to understand well and critically all the stages of this process and to avoid any justification of the penalty with the arguments of common sense, especially those of a moral order, seeking to build on Criminology as a theoretical contribution to achieve this purpose. We intend, therefore, in our brief analysis, a discussion of the Dosimetry of the penalty that allows us not to be confused with the should-be of Criminal Law, but with the dimension of being, of the real, seeking to point out the incongruities of porosities existing in the procedure of Dosimetry and the possibilities of conversion of sentences and conditional suspension of the sentence or the process, which can often run into the judge's beliefs. It is these beliefs that are also behind all the challenges that a detainee will end up experiencing, such as the dramatic narration of the Diaries of a Detainee that we will also refer to in this article.

Keywords: Dosimetry of Pena. Critical Criminology. Criminal Law

INTRODUÇÃO

Cada crime uma sentença,
Cada sentença um motivo.
Uma história de lágrima,
Sangue, vidas inglórias,
Abandono, miséria, ódio, sofrimento,
Desprezo, desilusão, ação do tempo.
Misture bem essa química, pronto:
Eis um novo detento.
Lamentos no corredor, na cela, no pátio,
Ao redor do campo, em todos os cantos.
Diário de um Detento
[Mano Brown/Jocenir]

“Cada crime uma sentença/cada sentença um motivo” dizem os versos do pungente rap *Diário de um Detento*, com letra de Mano Brown e do ex-detento Josemir Prado, o Jocenir. Mais adiante, o rap indaga, com desesperança: “será que o juiz aceitou minha apelação? (...)/ Tirei um dia a menos ou um dia a mais? / Sei lá, tanto faz, os dias são iguais”.

A que se referem, no entanto, as sentenças e seus supostos motivos, os dias a menos ou os dias a mais na prisão, a aceitação ou não da apelação pelo juiz? Se nos apoiarmos em uma apreciação criminológica, poderemos dizer que caberá, para cada uma das respostas a tais questionamentos, discutirmos criticamente o tema que o Código Penal chama de “aplicação da pena”, e que no artigo 59 é denominado como “fixação da pena”, com o que decorre daí: o juiz estabelecendo penas aplicáveis, dentro dos limites previstos, e, se cabível, a substituição da pena de uma espécie pela pena de outra espécie, nos termos da lei, etc. Em poucas palavras, caberá discutirmos a chamada *Dosimetria da Pena*.

O objetivo do presente artigo é, portanto, tratarmos criticamente da *Dosimetria da Pena* e das etapas de seu procedimento trifásico, em uma apreciação criminológica. Analisaremos as circunstâncias judiciais, legais, e o sistema de majorantes e minorantes, além dos critérios de substituição de Pena Privativa de Liberdade em Pena Restritiva de Direitos, e de concessão de suspensão condicional da pena e do processo.

Assim, ainda pensando no verso do referido rap “cada detento uma mãe, uma crença”, poderemos refletir, ao final, sobre qual crença fundamenta a fixação de uma pena, que leva à população carcerária que temos hoje, com uma “maioria de moleque primário”, como diz a letra. E o faremos dentro de uma concepção que partirá das chamadas “teorias deslegiti-

madoras da pena”, que vão além do comportamento, criticado no rap, dos usuários do metrô de São Paulo que observam com hipocrisia o presídio, enquanto – como parte do senso comum punitivista – legitimam o desvalor de vidas humanas diante de outros bens materiais:

Rá-tá-tá-tá, mais um metrô vai passar
Com gente de bem, apressada,
Católica, Lendo jornal, satisfeita, hipócrita,
Com raiva por dentro, a caminho do Centro,
Olhando pra cá, curiosos, é lógico.
Não, não é não, não é o zoológico.
Minha vida não tem tanto valor
Quanto seu celular, seu computador.

O primeiro passo, contudo, para valorizarmos a vida de qualquer pessoa que esteja tendo uma pena fixada por um juiz é compreendermos bem e criticamente todas as etapas desse processo e fugirmos a qualquer justificativa da pena com os argumentos do senso comum, buscando nos alicerçarmos na Criminologia como aporte teórico para atingirmos esta finalidade. É o que pretendemos fazer nas páginas que seguem.

10

I A DOSIMETRIA DA PENA A PARTIR DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Em primeiro lugar, é importante salientar neste trabalho que partimos de uma perspectiva criminológica crítica, tal qual a conceitua Nilo Batista:

Ao contrário da criminologia tradicional, a Criminologia Crítica não aceita, qual a *priori* inquestionável, o código penal, mas investiga como, por quê e para quem (em ambas as direções: *contra quem, e em favor de quem*) se elaborou *este* código e não outro. A Criminologia Crítica, portanto, não se autodelimita pelas definições legais de crime (comportamentos delituosos), interessando-se igualmente por comportamentos que implicam forte desaprovação social (desviantes). A Criminologia Crítica procura verificar o desempenho prático do sistema penal, a missão que efetivamente lhe corresponde, em cotejo funcional e estrutural com outros instrumentos formais de controle social (hospícios, escolas, institutos de menores, etc.). A Criminologia Crítica insere o sistema penal – e sua base normativa, o direito penal – na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinada e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática. Como toda teoria crítica, cabe-lhe a tarefa de “fazer aparecer o invisível”. (BATISTA, 2011, p. 32).

Nessa perspectiva, será importante indicarmos, sobre a Dosimetria da Pena, mais do que suas características como um sistema trifásico, em que as penas são estabelecidas a partir de uma (a) pena-base (que, segundo Cezar Bittencourt, deve ser encontrada analisando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59), uma (b) pena intermediária (segundo Bittencourt, analisando-se as circunstâncias legais, que são as atenuantes e agravantes) e uma (c) pena definitiva (analisando-se, ainda de acordo com Bittencourt, as causas de diminuição e aumento). (BITTENCOURT, 2019: 840) Caberá criticarmos cada uma dessas fases no que elas possuem *contra quem, e em favor de quem*, para pasafrasearmos Nilo Batista.

Assim, se a pena-base fica estabelecida a partir das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, com um limite mínimo e máximo de pena, cabe discutirmos que circunstâncias são essas. Se a pena intermediária fixa a pena com outros parâmetros, atenuantes e agravantes, cabe discutirmos que parâmetros são esses. E, por fim, se a pena definitiva estabelece causas de aumento e diminuição, cabe discutirmos tais causas.

II. A PENA-BASE

A fase da Pena-base é uma fase que deve merecer nossa maior atenção possível, provavelmente tomando considerável espaço do presente artigo, dada a porosidade do dispositivo que a orienta. Vejamos, dito isso, o que diz o artigo 59 do Código Penal:

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:

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.

Um juiz estabelece uma pena primeiramente a partir da pena-base. Para estabelecê-la, delimitando a pena entre o mínimo e o máximo da pena admitida para um determinado fato típico, ilícito e culpável, ele deverá levar em consideração os aspectos indicados no artigo 59: os antecedentes do agente, sua conduta social, sua personalidade, seus motivos, as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima.

A partir desses aspectos, o juiz determinará o *quantum* de sanção entre a pena mínima e a pena máxima. Tais aspectos merecem, portanto, uma abordagem criminológica crítica. Podemos começar por discutir a culpabilidade. Como diz Nilo Batista, considerar a culpabilidade

Trata-se de considerar, no juízo de reprovabilidade que é dado como essência da culpabilidade, a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhes depararam e a assistência que lhes foi ministrada, correlacionando sua própria responsabilidade a uma responsabilidade geral do Estado que vai impor-lhes a pena; em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu [...]. (BATISTA, 2011, p. 102)

Assim, a culpabilidade é um elemento ligado à *individualização* da pena (“especialmente a *individualização* judicial, ou seja, a exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina” BATISTA, 2011: 101), em que uma maior culpabilidade resultará em uma maior pena e uma menor culpabilidade, em uma menor pena; sendo ainda um elemento ligado à responsabilidade penal subjetiva (com o agente somente podendo ser punido por ação a ele atribuível) e um elemento caracterizador do delito, ao lado da tipicidade e da ilicitude. Afinal, como cantou o capixaba Sérgio Sampaio: “Se ninguém tem culpa/ não se tem condenação”.

Após o juiz considerar a culpabilidade, ele irá considerar os antecedentes, a vida pregressa do agente no sistema criminal, levando em conta apenas se o indivíduo foi condenado com trânsito em julgado e que deve respeitar o prazo depurador, um período de 5 anos em que os antecedentes são limpos.

Uma crítica a ser feita dessa fase da fixação da pena é que quando o juiz precisa levar em conta aspectos como a “conduta social” ou a “personalidade” do indivíduo, vemos aí um viés subjetivo no Código Penal, que pode permitir maior seletividade do sistema penal. Mais subjetividade do que levar em consideração os motivos de alguém ter cometido um crime ou as circunstâncias deste crime e as suas consequências, sendo fundamental, no entanto, que não se aumente uma pena devido a um fato constitutivo do próprio delito (por exemplo, se alguém morreu e tal morte faz parte do delito, devido ao princípio da vedação à dupla punição – *bis in idem* – não se pode aumentar uma pena por esse motivo).

À importância desta etapa, mas também sua complexidade, que pode levar a erros, se refere Salo de Carvalho, quando diz que

Além de ser a referência primeira sobre a qual incidirão as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) e as causas especiais de aumento e de diminuição (majorantes e minorantes), motivo que por si só aponta para a necessidade de um rigoroso cuidado técnico do julgador, a pena-base é composta por inúmeras categorias abertas (circunstâncias judiciais), situação que aumenta o nível de complexidade e caracteriza a primeira etapa da dosimetria como a mais propensa a erros. (CARVALHO, 2013, p. 325)

Nesse sentido, mesmo Cezar Bittencourt sinaliza que “o legislador abre um grande crédito aos juízes na hora de realizar o cálculo da pena, ampliando sua atividade discricionária” (BITTENCOURT, 2019: 839), embora o autor saliente que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade.

Bittencourt ainda critica o fato de o Código não estabelecer quais aspectos devam ser considerados favoráveis ou desfavoráveis ao réu, conferindo ao juiz tal valoração. Por isso, o autor destaca que todos, conjuntamente, e qualquer um deles, isoladamente, poderão ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu, razão pela qual devem ser analisados individualmente e também de haver fundamentação e análise sobre as circunstâncias judiciais em uma decisão judicial, que caso contrário será nula, salvo se, diante de falta de fundamentação na fixação da pena, o juiz tenha fixado no mínimo legal, conforme entendimento jurisprudencial criticado por Bittencourt, para quem a falta de fundamentação deveria sempre resultar em nulidade da decisão. (BITTENCOURT, 2019, p. 840). Bittencourt diz ainda que

Se todas as operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base deve ficar no mínimo previsto. Se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo; se, contudo, o conjunto for desfavorável, pode aproximar-se do chamado termo médio, que, segundo a velha doutrina nacional, é representado pela média da soma dos dois extremos, quais sejam, limites mínimo e máximo cominados. De regra, o cálculo da pena deve iniciar a partir do limite mínimo e só excepcionalmente, quando as circunstâncias do art. 59 revelarem especial gravidade, se justifica a fixação da pena-base afastada do mínimo legal. (BITTENCOURT, 2019: 841)

Em todo caso, é relevante a discussão trazida por Salo de Carvalho (2013: 326) de que o caput do art. 59 trata-se de um tipo penal aberto, com circunstâncias judiciais objetivas e circunstâncias judiciais subjetivas. O desafio, segundo Carvalho, está em identificar o nível de porosidade dessas circunstâncias subjetivas e interpretá-las conforme a Constituição, reduzindo o arbítrio judicial (CARVALHO, 2013, p. 326).

III. A PENA-INTERMEDIÁRIA

Após estabelecer a pena-base, o juiz passará a examinar as circunstâncias legais: as chamadas atenuantes e agravantes. Com isso, aumentará ou diminuirá a pena. “Nenhuma circunstância atenuante pode deixar de ser valorada, ainda que não seja invocada expressamente pela defesa, bastando que se encontre provada nos autos.” (BITTENCOURT, 2019: 843)

Importante destacar, apoiados em Bittencourt (2019, p. 846), em relação a esta fase da Dosimetria da Pena, que as agravantes não poderão levar a pena para além do tipo penal infringido, no entanto, as circunstâncias atenuantes poderão trazer a pena para abaixo do mínimo legal, sendo esta uma garantia constitucional. E também por serem valoradas antes de consideradas as causas de aumento e diminuição, o que se dará na fase da pena definitiva.

Além disso, o juiz não pode majorar indevidamente a pena aplicada, tomando muito cuidado com qualificadoras já utilizadas quando se considerou as circunstâncias judiciais da pena-base. Por isso, diz Bittencourt, “podemos destacar aqui que, dogmaticamente, a existência de duas qualificadoras não autoriza o julgador a adotar a segunda como circunstância genérica ou causa de aumento, a ser valorada na segunda ou terceira opção da dosimetria da pena” (BITTENCOURT, 2019, p. 847). Caso contrário, estaria sendo violado o princípio da vedação à dupla punição, como vimos acima.

14

Em relação à crítica que fizemos sobre a porosidade das circunstâncias judiciais da pena-base – que leva em consideração circunstâncias como a culpabilidade, os antecedentes do agente, sua conduta social, sua personalidade, seus motivos, as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima – todos passíveis de detalhada crítica realizada por Salo de Carvalho (2013), é este autor que aponta uma diferença importante na pena-intermediária, pois diferente da pena-base, onde as margens de atribuição de sentido pelo julgador são maiores, a disposição legal das circunstâncias legais agravantes e atenuantes possuem maior adequação ao princípio da taxatividade.

Além disso, Carvalho reforça que nesta segunda fase de aplicação da pena, não pode incidir nenhuma causa de aumento de pena que não esteja no art. 61 ou no art. 62 do Código Penal. Já as atenuantes, conforme o art. 66 do Código Penal, podem ser referidas e consideradas mesmo não previstas em lei (CARVALHO, 2013, p. 387). Isso se dá devido ao princípio da melhor interpretação em favor do réu.

Agravantes que podem ser considerados nesta fase da pena-intermediária são, por exemplo, a reincidência (art. 61, I), o motivo fútil ou torpe (art. 61, II), facilitar ou assegurar um delito (art. 61, II, b), recursos que dificultam a defesa, como traição, emboscada e dissimulação (art. 61, II, c), meios insidiosos ou cruéis, como veneno, fogo, explosivo, tortura (art. 61, II, c), além de outras oito hipóteses das demais alíneas do art. 61, II.

Já entre os atenuantes, podemos citar, apoiados em Salo de Carvalho, a menoridade relativa e a velhice (art. 65, I), o desconhecimento da lei (art. 65, II), os motivos relevantes de valor social ou moral (art. 65, III, a), o arrependimento ou reparação (art. 65, III, b), a coação, ordem superior ou violenta emoção (art. 65, III, c), a confissão (art. 65, III, d), a influência de multidão ou tumulto (art. 65, III, e), além da importante previsão de atenuantes não previstas expressamente em lei (art. 66), como situações de vulnerabilidade individual, social, individual, etc.

Por ser uma fase de maior taxatividade e de menor porosidade em relação à fase da pena-base, cabe concluirmos nossa crítica em relação à pena-intermediária apontando que, apesar de não poder nesta fase a pena ser diminuída para menos do mínimo, assim como não poderá ser aumentada para acima do limite máximo da pena, há algumas características do agravamento que correspondem às perspectivas da teoria retributivista e da teoria preventivista, legitimando o poder punitivo: este é o caso do agravamento da pena pela reincidência, por exemplo, que pode até mesmo ser considerado inconstitucional, por violar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e porque a Constituição veda pena de caráter perpétuo.

Após o breve exame crítico das fases da pena-base e da pena-intermediária na Dosimetria, examinemos a seguir a fase da pena-definitiva.

IV. A PENA-DEFINITIVA

Esta última fase, segundo Bittencourt (2019, p. 847), incide sobre a pena-base – se não existirem atenuantes ou agravantes – e sobre a pena-intermediária. Havendo majorações ou diminuições, estas incidem umas sobre as outras. Por isso, em suma, nesta fase o juiz se ocupa das causas de aumento e diminuição, estabelecendo finalmente o quantum da sanção penal.

Sempre sendo necessário destacar a importância da vedação à dupla punição, não podendo alguém ter duas consequências penais por uma mesma situação. Caso, porém, não haja agravantes e atenuantes ou majorantes e minorantes, a pena-base deverá se tornar definitiva. Já caso estejam

ausentes apenas majorantes ou minorantes, a pena intermediária se trona definitiva. (BITTENCOURT, 2019, p. 848)

No entanto, é importante ressaltar que o juiz deverá analisar, “quando a natureza do crime e a quantidade da pena privativa de liberdade permitirem, a possibilidade de substituição (art. 59, IV, do CP) ou de suspensão da sua execução” (BITTENCOURT, 2019, p. 848), devendo a decisão ser motivada.

Após estabelecida a pena definitiva, será então fixado o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, mesmo que venha a ser substituída ou suspensa, pelo fato de que a medida alternativa poderá ser convertida ou revogada (BITTENCOURT, 2019, p. 848). Importante ainda a ressalva de Bittencourt, sobre a Súmula 718 do STF, impedindo que a “gravidade em abstrato” do crime seja motivação para imposição de regime mais severo, pois não há respaldo legal para isso.

Também outra súmula, a Súmula 719 do STF, mereceu atenção de Bittencourt, mas em sentido crítico, pois permite regime de cumprimento de pena mais severo do que a pena aplicada permitir. Bittencourt, por isso, a considera ilegal e espera que o STF a revogue.

Importante destacar que tais causas de aumento e de diminuição, ou seja, majorantes e minorantes, aumentam ou reduzem penas em determinadas quantidades, como o triplo, o dobro, a metade, um terço, etc. Essas causas não são tipos penais, mas causas de modificação da pena.

O quantum da pena levará o agente a um regime ou a outro, entre o regime fechado, o regime semiaberto ou o regime aberto, sendo o regime uma qualidade da pena, mas que nada diz sobre o crime.

16

V. A SUBSTITUIÇÃO DA PENA E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA E DO PROCESSO

Por fim, ainda sobre a Dosimetria, cabe discutirmos a substituição da pena e a suspensão condicional da pena e do processo. Afinal, as penas podem ser penas privativas de liberdade (art. 33), penas restritivas de direitos (art. 43) e penas-multa (art. 49), constituindo, portanto, três tipos de pena. E não devendo a pena de multa ser confundida com a prestação pecuniária prevista nas penas restritivas de liberdade: na prestação pecuniária, os destinatários possíveis são a vítima e entidades beneficentes; na pena-multa, que é punição retributiva, o destinatário é o fundo penitenciário nacional.

As hipóteses de conversão estão previstas no Código Penal, no art. 44, e uma pena privativa de liberdade deve ser convertida em pena restritiva de

direitos, podendo haver nova decisão judicial em caso de não haver o cumprimento (art. 44, § 4º). Por que dizemos que “deve ser convertida” em vez de que “pode ser convertida”? Porque, de acordo com a doutrina, sempre que o código admitir a possibilidade de se beneficiar o réu, deve-se beneficiar o réu. Assim, se de acordo com o Código Penal, art. 44, I, se posso converter a pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos, então, de acordo com a doutrina, eu devo fazer esta conversão. Esta sem dúvida é a mais importante apreciação criminológica a ser feita em relação à conversão.

Há, contudo, obviamente, critérios, que estão previstos nos incisos do Art. 44, como, por exemplo, a pena privativa de liberdade não pode ser superior a quatro anos e o crime não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça ou deve ter sido culposo (art. 44, I). Além disso, se o réu não pode ser reincidente em crime doloso (art. 44, II). Por fim, porosamente, estabelece o art. 44, III, que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Mais uma vez, são critérios muito subjetivos, sobre os quais acaba cabendo a um juiz decidir.

Por isso, uma crítica criminológica que pode ser feita é de que o inciso III é insuficiente, pois acaba por negar a conversão sem maior fundamento. Por isso, em caso de antinomia, a melhor saída é sempre converter a pena. Neste caso, combinar o inciso II e o inciso III do art. 44 pode ser benéfico para o réu.

No caso da pena-multa, caso não paga, será inscrita na dívida ativa. A única coisa a que este não pagamento pode levar é à Execução Fiscal. A pena-multa tem um sistema próprio de cálculo, em que em uma fase se estabelece quantos dias-multa o agente terá que pagar e, em outra fase, quanto vale cada dia-multa, levando em conta a condição econômica do réu, devendo ser a renda média de um dia de trabalho, podendo ser estabelecidos de 10 a 360 dias-multa (art. 49).

Importante destacarmos que todos os tipos de pena estão no art. 43. Não pode surgir uma pena melhor nem uma pena pior e nem uma “sentença criativa” no Direito Penal. E, por fim, já quanto à suspensão condicional da pena e à suspensão condicional do processo, também podemos fazer algumas observações.

A suspensão condicional da pena pode ser feita no final do processo. Pode ser suspensão, desse modo, a execução da pena nas hipóteses do art. 77. Após responder ao processo inteiro. Com essa suspensão, a execução da

pena privativa de liberdade de até 2 anos poderá ser suspensa por 2 a 4 anos se o condenado não for, por exemplo, reincidente em crime doloso (art. 77, I) ou se se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizarem a concessão do benefício (art. 77, II), o que nos traz novamente os critérios porosos que já discutimos acima.

Diferentemente, a suspensão condicional do processo é um benefício que vem antes do próprio processo, de acordo com o art. 89 da lei 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais Criminais. Neste caso, o objeto é o próprio processo. E só há um limite mínimo, igual ou inferior a um ano, o que só abrange crimes de menor potencial ofensivo. As condições desta suspensão condicional do processo estão previstas nos incisos I a IV do art. 89 da lei 9.099/95. Entre os quais, a reparação do dano, se não for impossível de ser feita (art. 89, §1º, I) ou a proibição de ausência de comarca onde reside, sem autorização do juiz (art. 89, §1º, III). E sua lógica não é evitar que o agente seja submetido a uma pena, mas a um processo. Cumpridos os requisitos, será extinta a punibilidade do crime.

18 CONCLUSÃO

Graças a Deus e à Virgem Maria
Faltam só um ano, três meses e uns dias.
Tem uma cela lá em cima fechada
Desde terça-feira ninguém abre pra nada.
Só o cheiro de morte e Pinho Sol,
Um preso se enforcou com o lençol.
Qual que foi? Quem sabe? Não conta.
Ia tirar mais uns seis de ponta a ponta.
Nada deixa um homem mais doente
Que o abandono dos parentes.
Diário de um Detento
[Mano Brown/Jocenir]

O que pode levar um detento ao desespero de tirar sua própria vida por saber que poderá pegar mais seis anos de pena, como se canta no rap *Diário de um Detento* com que abrimos o presente artigo? Ora, a única resposta possível é a desesperança com a pena estabelecida, a partir do procedimento da dosimetria.

E o quanto podemos criticar este procedimento, a partir de uma apreciação criminológica da dosimetria? Ao analisarmos, como aqui fizemos, o es-

tabelecimento da pena-base, da pena-intermediária e da pena definitiva, bem como a substituição da pena e a suspensão condicional da pena e do processo, pudemos verificar a porosidade do sistema penal, criticada por Salo de Carvalho e até mesmo por Cezar Bittencourt, verificando o quanto a fixação da pena acaba por caber, em última instância, ao entendimento de um juiz, com seus pontos de vista pessoais e com as teorias da pena que orientam as suas decisões, que poderão ser as chamadas “teorias legitimadoras da pena”.

Como dissemos na introdução deste artigo, o primeiro passo para valorizarmos a vida de qualquer pessoa que esteja tendo uma pena fixada por um juiz é compreendermos bem e criticamente todas as etapas desse processo e fugirmos a qualquer justificativa da pena com os argumentos do senso comum, especialmente aqueles de ordem moral, buscando nos alicerçarmos na Criminologia como aporte teórico para atingirmos esta finalidade.

Pretendemos, portanto, em nossa breve análise, uma discussão da Dosimetria da pena que nos permite não nos confundirmos com o dever-ser do Direito Penal, mas com a dimensão do ser, do real, buscando apontar as incongruências de porosidades existentes no procedimento da Dosimetria e as possibilidades de conversão de penas e de suspensão condicional da pena ou do processo, que muitas vezes pode esbarrar nas crenças do juiz. São estas crenças que também estão por trás de todos os desafios que um detento acabará por viver, como a dramática narração do *Diário de um Detento*.

19

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BITTENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1 (Parte Geral). São Paulo: Saraiva, 2019.
- CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

