

DOSIMETRIA: O PROBLEMA DAS QUALIFICADORAS

SANTOS, Giovana Estela Vaz dos¹

MESSIAS, Vinícius de Oliveira²

ISSUE DOI: 10.3738/1982.2278.4240

RESUMO: No presente artigo discute-se o dilema relacionado à pluralidade de qualificadoras em condenações penais, com foco na dosimetria da pena. A tese adotada pelos tribunais superiores, fundamentada no pragmatismo, desvirtua o propósito original das qualificadoras e descaracteriza sua função estabelecida pelo legislador. São abordadas as consequências práticas desse problema, incluindo a redução do rigor punitivo que as qualificadoras pretendiam impor. Além disso, analisam-se as interpretações equivocadas do Judiciário e a incompatibilidade legal de certas deliberações. Ao final, conclui-se pela necessidade de alterar o entendimento fixado, propondo uma regra geral mais clara e objetiva, capaz de oferecer soluções mais adequadas e justas.

Palavras-chave: Qualificadoras. Agravantes. Atenuantes. Circunstâncias Judiciais.

DOSIMETRY: THE PROBLEM OF QUALIFIERS

SUMMARY: This article discusses the dilemma related to the plurality of qualifying factors in criminal convictions, focus in sentence calculation (dosimetry). The thesis adopted by the high courts, grounded in pragmatism, distorts the original purpose of the qualifying factor and undermines their function as established by the legislature. The practical consequences of this issue are explored, including their reduction in the punitive rigor that the qualifiers were meant to impose. Additionally, the article examines the judiciary's misinterpretation and the legal incompatibility of certain decisions. Ultimately, it concludes that the current understanding should be revised, proposing a clear and objective general rule to provide more equitable and appropriate solutions.

Keywords: Qualifying Factors Aggravating Factors. Mitigating Factors. Judicial Circumstances.

1 INTRODUÇÃO

A dosimetria da pena pode ser definida, de forma sucinta, como a fórmula aritmética utilizada pelo Estado-Juiz para determinar o montante da pena privativa de liberdade a ser aplicada em um caso concreto. Esse procedimento está expressamente previsto no art. 68 do Código Penal, sendo complementado por diversas outras normas legais e orientado pela doutrina, além de contar com o auxílio imprescindível da jurisprudência, que desempenha um papel relevantíssimo.

O recorte aqui realizado diz respeito às chamadas “qualificadoras”, que consistem em elementos do tipo penal que agravam a configuração do crime. O presente estudo gravita em torno do entendimento consolidado pelas Cortes Superiores de que: “havendo pluralidade de

¹ Doutora em serviço social pela Universidade Júlio de Mesquita Filho – UNESP/SP. Docente na Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP desde 2006. Advogada.

² Bacharel em direito pela Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM/SP. Servidor público estadual – TJSP/SP. Nucleus, Edição Especial: Direito – 20 Anos.

qualificadoras, utiliza-se uma delas para justificar o tipo penal qualificado, podendo as demais serem empregadas na segunda fase de aplicação da pena, como agravantes, ou, residualmente, na primeira fase, como circunstâncias judiciais, não havendo falar em *bis in idem* ou ilegalidade”.

Propõe-se, assim, a rediscussão da tese fixada, expondo os problemas que dela decorrem, suas consequências, e, ao final, sugerindo uma possível solução.

O objeto em discussão refere-se em certa medida aos efeitos da extensão do exercício do poder punitivo do Estado na liberdade individual do cidadão, e sobre isso não é preciso tecer maiores comentários para exemplificar a tamanha importância do tema. Defendo, pois, que a existência dessa praxe judiciária é prejudicial, tanto ao réu, quanto à sociedade.

A metodologia utilizada compõe-se pela análise da literatura jurídico-penal.

2 DOSIMETRIA DA PENA

A priori, é necessário contextualizar o leitor, como dito, entende-se por dosimetria, o cálculo da pena aplicada no caso concreto. O Código Penal brasileiro adotou o chamado critério trifásico, ou sistema Nelson Hungria, cujo exame percorre de três fases distintas, sendo: 1ª Fase – Fixação da pena base com a verificação das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP.); 2ª Fase – Atenuantes e Agravantes (genéricas art. 65 do CP.); e 3ª Fase – Majorantes e Minorantes.

Como se vê, o instituto das qualificadoras não entra no compute do sistema trifásico, em verdade sua aplicação antecede a dosimetria. Primeiro identifica-se qual a sanção cominada ao crime configurado, ou seja, verifica se o crime é simples ou qualificado. Cada qualificadora, ao ser aplicada, prevê penas mais severas em seu preceito secundário, alterando assim o limite mínimo e máximo da pena prevista.

Em outras palavras, a dosimetria funciona como uma "receita de bolo" direcionada à magistratura, de modo que o caso concreto seja inserido na “fôrma” mais adequada. Do contrário, o resultado seria decisões inconsistentes, como "bolos de sabores duvidosos". Isso se esses, que vem sendo produzidos nessa atual fornalha – a gosto da praxe judiciária – já não o são.

Orientados pelo princípio constitucional da individualização da pena, os juízes brasileiros ficam adstritos aos limites estabelecidos pelo legislador e buscam ou deveriam buscar esquivar-se de uma padronização genérica.

O artigo 59 do código penal enumera oito elementos distintos cuja aferição de maior ou menor censura – se favorável ou desfavorável ao réu – guiará a fixação da pena base. Segundo os tribunais superiores firmou-se o entendimento de que, a exasperação da pena-base, devido a circunstâncias judiciais negativas, ou a diminuição, em razão existência de circunstâncias judiciais favoráveis, deve obedecer à fração de 1/6 para cada circunstância. Nota-se de pronto que, a inexistência de determinação legal específica, conferiu ao Judiciário uma margem de discricionariedade maior do que o ideal, que neste caso em específico foi adequadamente ajustada pela jurisprudência, situação essa que não se verificou no tema aqui posto em discussão.

Quanto a segunda fase, a existência das agravantes poderá ser constatada de dois modos distintos, sendo genéricas, aquelas previstas na parte geral do Código Penal em seu artigo 61, e as específicas previstas ao longo de toda legislação penal, via de regra, vinculadas a um só tipo penal, ou a um gênero de crimes, como ocorre na lei de crimes ambientais (Lei nº 9.605/98). Novamente, nesta fase utiliza-se uma fração percentual para cada agravante ou atenuante, sendo possível, em caso de conflito entre elas, que uma prepondere sobre a outra ou que sejam compensadas, sempre respeitando os limites abstratos da pena.

Por fim, na terceira fase, as causas de aumento ou diminuição de pena são aplicadas conforme frações previamente determinadas, que variam de acordo com o tipo penal em questão.

3 PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS

O sistema preconizado por Nelson Hungria falha ao não dispor sobre como se dará o computo da pena na hipótese da existência de duas ou mais qualificadoras. Ensina o mestre Guilherme Nucci, que:

São três as posições principais: a) a segunda qualificadora, em diante, passa a valer como agravante (se existir correspondência), devendo ser lançada na 2.^a fase de individualização; b) não é obrigatório qualquer tipo de aumento, pois a função da qualificadora é apenas mudar a faixa de aplicação da pena, o que já foi atingido pelo reconhecimento de uma delas; c) a segunda qualificadora, em diante, funciona como circunstância judicial, ou seja, deve ser lançada na 1.^a fase de individualização para compor a pena-base. Preferimos utilizar a primeira corrente, quando é possível (existência da agravante correspondente). Quando não, valemo-nos da terceira posição, lançando a 2.^a ou 3.^a qualificadora no contexto da pena-base (Nucci, 2020, p. 672-673).

Neste cenário, como demonstrado pelo professor, a doutrina majoritária assenhorou-se de uma solução *sui generis*, compatibilizando a primeira e a segunda corrente: utilizando a(s) qualificadora(s) excedente(s), ora como agravante genérica (art. 61 do CP), se existente, ora como circunstância judicial (art. 59 do CP).

Defendo, pois, que a existência dessa praxe judiciária é contraproducente. Primeiro, ao réu, que, na ausência de regra específica para o caso, fica à mercê da crença subjetiva do magistrado. Segundo, à sociedade, que perde com a degradação da reprovação social da elementar (qualificadora) outrora idealizada pelo legislador ordinário.

O prejuízo ao réu surge em um ponto específico de dissenso jurídico, quando certas qualificadoras também são previstas como agravantes genéricas no art. 61 do Código Penal, isso ocorre, sobretudo no crime de homicídio. O conflito se intensifica na análise da parte final do caput do referido artigo, *in verbis*: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, **quando não constituem ou qualificam o crime**”. (negrito nosso).

O que se tem, portanto, é uma insegurança jurídica, com decisões que aplicam essa regra de forma indiscriminada. Como exemplo, temos acórdãos que ignoram a incompatibilidade entre esse entendimento e a parte final do art. 61 do CP.

A propósito:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. RECURSO DEFENSIVO. Condenação inarredável. Reconhecidos pelos Jurados a materialidade e a autoria do crime, bem como as qualificadoras de motivo fútil, emprego de asfixia e outro meio cruel, e recurso que dificultou a defesa da ofendida, com base em provas constantes do caderno processual, exigindo a manutenção do decisório, não havendo se falar em prova contrária à dos autos. Dosimetria. 1ª fase. Penas-base fixadas no mínimo legal. 2ª fase. As duas qualificadoras remanescentes foram consideradas como agravantes, resultando em majoração da pena do crime de homicídio qualificado em 1/3 (ou seja, em 1/6 para cada), e atenuação de 1/6 pela confissão espontânea. Adequado e proporcional para o caso. A pena para o crime de ocultação de cadáver foi mantida inalterada em consonância com a Súmula 231 do STJ. Pleito defensivo pelo reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, 'c', do CP. Inviável. Provas indicam não ter o crime sido cometido sob influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima, demonstrando-se, ao revés, o motivo fútil do homicídio. Premeditação do crime e a escolha de um local remoto para a execução desmentem a aplicabilidade da atenuante solicitada, que sequer foi mencionada no julgamento. 3ª fase. Ausência de outras causas modificadoras de pena. Reconhecido concurso material entre os crimes. Regime fechado adequado, até pelo montante da pena. Decisão incensurável. Nada por ser modificado. Recurso desprovido (São Paulo, 2024).

Por outro lado, há quem reconheça a incompatibilidade e, ao encontro do raciocínio jurídico mais adequado, proferem decretos condenatórios distintos.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART 121, § 2.º, INCISOS I, III, IV, DO CÓDIGO PENAL E ART. 14, DA LEI 10.826/2003. DOSIMETRIA DA PENA. CRIME DE HOMICÍDIO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, EM RELAÇÃO AO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUANTO À CULPABILIDADE E PERSONALIDADE DA RÉ E AOS MOTIVOS, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CRIME ESPECIALMENTE CENSURÁVEL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. CRIME DE FORNECER ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA NO CASO EM TELA. CRIMES AUTÔNOMOS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, EM RELAÇÃO À CULPABILIDADE. MESMO FATO VALORADO EM MOMENTOS DIVERSOS DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO. 1. [...]. 4. "No caso de incidência de duas qualificadoras, integrantes do tipo homicídio qualificado, não pode uma delas ser tomada como circunstância agravante, ainda que coincidente com uma das hipóteses descritas no art. 61 do Código Penal. A qualificadora deve ser considerada como circunstância judicial (art. 59 do Código Penal) na fixação da pena-base, porque o caput do art. 61 deste diploma é excludente da incidência da agravante genérica, quando diz 'são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime'." (Brasil, 1998).

No caso em comento, foi dado provimento ao apelo, cuja condenação fora redimensionada e a reprimenda sofrera redução para sorte do paciente (réu).

Em que pese a polêmica apresentada acima, possa ser de todo mal para o réu, considero que o infortúnio maior, está antes no plano abstrato, ao reduzir a qualidade dada a qualificadora para a “classe” das circunstâncias e/ou agravantes. A razão de ser de uma qualificadora é essencialmente, padecer de uma repreensão a maior, nos moldes determinados pelo legislador ordinário, devido à maior gravidade das circunstâncias do caso, logo inviável sua redução.

Migrar, converter, alterar ou modificar a forma de sua utilização junto ao critério trifásico deturpa sua conceituação original. Relativamente a esse ponto, com parcial razão o professor Bitencourt tece brilhantes comentários:

A rigor, não se pode ignorar que as qualificadoras integram, como elementares normativo-subjetivas, o próprio tipo penal, por isso a impossibilidade de serem extirpadas para serem valoradas em outra etapa da dosimetria penal, especialmente em um sistema penal que adota o critério trifásico. Entendimento diverso, *mutatis mutandis*, significa autorizar, em determinadas circunstâncias, que o julgador possa retirar certas elementares do tipo penal, decompondo-o, para compor, completar ou integrar agravantes ou majorantes para elevar a pena final definitiva do acusado.[...]Por todas essas razões, concluindo, havendo mais de uma qualificadora do crime, nenhuma delas pode migrar para o campo das agravantes ou causas de aumento de pena, mesmo que o conteúdo da referida qualificadora também seja previsto como agravante ou majorante, pois repercutirá sobre a pena-base, indevidamente, e desrespeitará o sistema trifásico consagrado no art. 68 do CP. (Bitencourt, 2019, p. 407/408).

Raciocínio do qual, ousou, com a devida vênia, discordar do mestre no ponto final, visto que não considero essa a melhor conclusão. Insisto, pois, na alteração da fórmula a livrar-se de sua completa exclusão.

4 CRENÇA SUBJETIVA DA MAGISTRATURA

O ponto crucial é identificar, frente aos inúmeros tipos penais existentes no ordenamento jurídico pátrio, e até que ponto se permite que a imprecisão técnica da tese firmada legitime a edição de decretos condenatórios “equivocados”, proferidas sob o manto da discricionariedade “vinculada” e/ou do livre convencimento motivado. Veja-se, aqui censura-se a regra, ao intérprete – Estado-juiz, a crítica se dá por via de consequência.

Entretanto, não se pode olvidar, que atualmente o chamado ativismo judiciário tem frequentemente roubado as cenas do poder legislativo, protagonizando um espetáculo, cujo enredo em sua origem não lhe trazia essa incumbência. O desenho constitucional outorgou ao parlamento a incumbência de legislar; contudo, este, quando atua, só o faz "as vezes", esporadicamente, renúncia sua função típica e assume um papel de coadjuvante. Com exceção, é claro, do direito penal simbólico, ah, aqui dá voto, aqui dá palanque e visibilidade pro eleitorado.

As regras que influem, diretamente ou indiretamente, na liberdade individual devem ser claras e precisas, sem dar azo às más interpretações. Nesse sentido, o mestre Aury Lopes também pontua: “A discussão acerca da subjetividade deve dar lugar a critérios objetivos, empiricamente comprováveis, que independam da prova de má-fé ou “bondade e lisura” do agente estatal” (Lopes Jr, 2022, p. 541).

5 PREJUÍZO DA SOCIEDADE – CONSEQUÊNCIAS

De todo quadro de ideias exposto acima, o que se tem é que, com conversão da qualificadora para uma circunstância judicial desfavorável ou agravante genérica, na prática, reduz significativamente a reprovação social, pela qual aquela elementar foi pensada em ser. É dizer, por exemplo, em um crime de homicídio que na sua forma simples prevê uma pena privativa de liberdade de 06 a 20 anos, e que em suas formas qualificadas exaspera os limites para de 12 a 30 anos. Hipoteticamente, em um cenário com a configuração de um homicídio triplamente qualificado pelas razões dos incisos III, IV e VI do § 2º, art. 121 do CP, poderíamos

ter então, um feminicídio executado por meio cruel – fogo, tortura, asfixia etc., realizado à traição. Daí, utiliza-se um deles em um primeiro momento para qualificar o crime, e os outros dois, sejam lá quais forem, serão aplicados a quota parte equivalente a 1/6 ou 1/8.

É irrazoável, conceber que, diante das formas de execução descritas no exemplo, cuja gravidade originalmente justificou a elevação, em abstrato, dos limites da pena, seriam agora impostas sob frações tão diminutas.

Há ainda um outro detalhe, quando da existência de qualificadoras em que os preceitos secundários são distintos, qual será aquele escolhido para qualificar e qual será indicado como circunstância ou agravante?

Assim ensina Rogério Sanches:

Nas hipóteses de coexistência de qualificadoras, não existindo entre elas relação de especialidade — mas pluralidade de circunstâncias —, deve prevalecer aquela que pune o comportamento do criminoso com mais rigor, sob pena de se violar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A outra deve ser considerada pelo magistrado na fixação da pena-base, salvo se prevista também como agravante, caso em que será aquilatada pelo juiz na segunda fase da aplicação da reprimenda (Sanches, 2017).

Tem-se então que, nesses casos, aplica-se a priori o critério da especialidade e, subsidiariamente, a qualificadora com a pena mais grave, sob pena de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Aqui, nada de novo sobre o sol, o pepino está no primeiro exemplo deste capítulo, como empregar um percentual diminuto a um elementar que em seu nascedouro fora imbuído de tamanha rigidez?

Ainda que se argumente a favor da analogia *in bonam partem*, enquanto entendimento jurisprudencial e não regra, desta “moeda” temos seus dois lados, se, favorável ao réu, prejudicial à sociedade, se *pro societate* pernicioso, portanto, ao réu.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto o problema é eminentemente jurídico, cuja solução se encontra inicialmente em posse do Poder Legislativo, considero que o mais adequado seria a formulação de uma regra clara e objetiva. Proponho algo genérico, como a conversão das qualificadoras excedentes em causas de aumento com percentuais fixos previamente estabelecidos, de modo que reflitam o grau de reprovação social atribuído a cada uma.

Observo que a solução apontada satisfaz tanto os eventuais prejuízos ao réu, retirando do arbítrio subjetivo do magistrado a regra imprecisa outrora fixada, e coroando também a sociedade, está representada pelo Ministério Público.

Advirto, todavia, que, embora o problema seja eminentemente jurídico, sua resolução não encontra abrigo exclusivamente nas mãos do legislativo, cabe aqui a observação de que, poderia, caso quisesse, caso os interesses coincidissem, o judiciário, nas pessoas dos Colendos Tribunais Superiores, redigir, seja sob a forma vinculante, seja em regime repercussão geral, uma súmula ou tese cujo teor ordenasse uma regra uniforme, assim como o fez o STJ na concepção do verbete sumular nº 659.

Enfim, entendo por bem que a alteração da regra “dosimétrica”, na forma como lançada acima, ou por outra igualmente equitativa, poderia mitigar de forma significativa eventuais disparidades na aplicação da lei. Assim, ganha ele, ganha aquele, ganha o judiciário, já sobrecarregado com o grande volume de litígios, que não precisaria mais, portanto, tergiversar sobre a aplicação da regra, especialmente no que tange às frações de pena aplicadas em cada fase da dosimetria. Afinal, sabemos, pois, que pau que dá em Chico nem sempre alcança o Francisco.

REFERÊNCIAS

BELO, E. A. S. Multiplicidade de qualificadoras e dosimetria da pena. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3996, 10 jun. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28202>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BITENCOURT, C. R. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 592.265/SP**. Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 23/09/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 7.176/MS**. Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/1998, DJ 06/04/1998.

CUNHA, R. S. Lei 13.330/16 – Furto e receptação de semoventes. **Meu Site Jurídico**. Salvador, 07 jan. 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/02/07/lei-13-33016-furto-e-receptacao-de-semoventes/>. Acesso em: 05 set. 2024.

LOPES JÚNIOR., A. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

NUCCI, G. de S. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1500614-89.2023.8.26.0594**. Relator (a): JOAO AUGUSTO GARCIA, 5ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 29/08/2024, DJE 29/08/2024.