

A OBEDIÊNCIA AOS STANDARDS JURISPRUDENCIAIS DURANTE A DOSIMETRIA DA PENA: EFEITOS SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA, O ATO INTERPRETATIVO E A JUSTIÇA (DO ORDENAMENTO E NO CASO CONCRETO).

Autor: Pedro Hiroshi Watanabe Di Gesu.

Orientador: Guilherme Boff.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL.

I - INTRODUÇÃO DO PROBLEMA E DA TESE:

Conforme aponta Boschi (2013), o Código Penal é silente no que toca à fixação da pena-base após a consideração das circunstâncias elencadas em seu artigo 59. Considere-se, em face disso, a possibilidade de um julgador asseverar que, portanto, padrões de decisão adotados pela jurisprudência nessa fase da dosimetria da sanção - como o limite do termo médio - não vinculam o julgador, visto que, “*formalmente falando*”, não são regras de direito. Isso posto, o magistrado estabelece a sanção entre os limites máximos e mínimos legais e publica a sentença. Por algum motivo - resignação do réu, intempestividade recursal - a decisão passa em julgado com um *quantum* de reprimenda muito superior ao que, observada barreira do termo médio, teria sido fixada para uma ação penal de características *semelhantes*. Nesse ponto, indaga-se: há algum problema?

Esta pesquisa, de antemão, concede que, em olhos formalistas, não há irregularidade aparente na operação realizada. Contudo, sustenta como tese, trazendo à baila as noções de justiça e de segurança jurídica, que a decisão é (perdoada certa redundância) injusta.

II – STANDARDS, SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA:

Com efeito, referir segurança jurídica no escopo ora definido não se desvela, à primeira vista, um argumento convincente para a adoção *vinculada e vinculante* de construções jurisprudenciais. Tratar aqui da importância de conhecer a provável pena cominada entre os valores mínimos e máximos é, de certa sorte, menos (tão somente menos) importante, notando-se, inclusive, nesse sentido, a inescapável probabilidade de haver diferenças fáticas entre condutas delitivas. Contudo, impende notar, quanto a isso, a diferença crucial que uma sanção-base para o delito de homicídio barrada pelo termo médio (podendo chegar a 13 anos) e uma no qual a valoração das

negativa das circunstâncias conduz o *quantum* ao período de 20 anos.

O que mais importa sublinhar, contudo, a partir dessa observação, são os efeitos de uma decisão dessa sorte sobre a justiça da prestação jurisdicional. Nesse tocante, lembra-se da justiça entendida como tratar de modo semelhante casos semelhantes (conforme, aqui, por todos, em HART, 2012, p. 180) para asseverar a necessidade de, em um dado ordenamento jurídico, haver certa uniformidade no cálculo das sanções mesmo em pontos em que não há critérios uniformes pré-estabelecidos, ressalvadas circunstâncias especiais. Nesse norte, a defesa do respeito ao termo médio é contingente, decorrência de sua disseminação na prática, se conjugando na tese de que um réu não poderia receber sanção calculada de modo radicalmente diferente dependendo da adoção ou não do referido critério.

IV – CONCLUSÕES PROVISÓRIAS:

Em apertada síntese, o que se pretende é justificar a assertiva de que há bons motivos para decidir conforme os *standards* judiciais não só como forma de controle de excessos e medida de proporcionalidade (como corretamente sustenta BOSCHI, 2014), mas também como medida de persecução de um prestação jurisdicional justa em circunstâncias nas quais as semelhanças, lembrando novamente Hart, *importam* e cujo custo de sua desconsideração (de maneira seguramente limitada) objetiva-se demonstrar.

REFERÊNCIAS BÁSICAS:

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 16ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *A dosimetria das penas privativas de liberdade*. *Boletim* - 242 - Janeiro/2013. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em <https://www.ibccrim.org.br/boletim/artigo/4806-A-dosimetria-das-penas-privativas-de-liberdade>, acessado em 31/07/2016.
- _____. *Das penas e seus critérios de aplicação*, 7ª ed., rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 187-189.
- HART, Herbert L. A. *Law, Liberty, and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 2016 (reimpressão).
- _____. *The Concept of Law*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010 (reimpressão).
- MITDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.