ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

CRITÉRIOS ORIENTADORES PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE: EM BUSCA DA DEVIDA ADEQUAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

GUIDING CRITERIA FOR DETERMINING THE BASE PENALTY: A SEARCH FOR THE DUE ADJUSTMENT TO THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE

Fábio Wellington Ataíde Alves*

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo demonstrar que dentre os critérios orientadores, para fins da fixação da pena-base, o método do *termo médio* como limite indicativo trata-se do mais adequado aos princípios penais.
Palavras-chave: Pena-Base. Critérios orientadores. Princípios penais. Termo médio. Primeiro termo médio. Segundo termo médio.

ABSTRACT: The present study aims to demonstrate that among the guiding criteria for the purposes of fixing the base penalty, the method of the *average term* as a target limit is the most appropriate to the criminal principles.
Keywords: Base Penalty. Guiding criteria. Criminal Principles. Average term. First average term. Second average term.

* Juiz de Direito no Rio Grande do Norte; Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. *Email*: fabioalves@tjrn.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

A história da pena é a história de sua atenuação; mesmo a pena de morte suportou abrandamento, a despeito de ainda aceitada em vários países com requintes de crueldade. Nos primórdios da pena capital, o carrasco era quem prolongava a morte, enquanto cuidava para a sua chegada; no intervalo de vida que restava, o suplício confirmava a superioridade do soberano. A morte, antes precedida de castigo imensurável, também foi atenuada com a guilhotina – garantia de uma morte igual a todos e menos dolorosa, na medida que permitia a sua execução em instante sumário que resgatava a vida de chofre, sem deixar um rastro de sofrimento.

Foi Beccaria quem rompeu o elo existente entre *pena* e *suplício*, revelando o véu da dignidade humana estabelecida pela fronteira do corpo, ou seja, constrói uma barreira às penas corporais e traz o primeiro grande argumento contrário à aplicação da pena de morte. Considera Beccaria que desvaincce a liberdade quando a lei mitiga o homem-cidadão à condição de coisa, fincando ponto, logo, pela dignidade mínima como limite à restrição de liberdade do homem, antevendo o imperativo de diminuir-se a severidade das penas na proporção que cresce a civilidade humana[1].

Nesse estado de coisas, registra Roberto Lyra a confissão do juiz que dizia - fora dos casos de prevaricação - poder absolver ou condenar, seja qual fosse a prova, tamanho o arbítrio permitido pela a lei[2]. Como visto, a Teoria da Pena, desde os seus primórdios mais remotos, tem evoluído em direção à diminuição do arbítrio judicial[3], compondo cada vez mais *regras* que sejam conhecidas por todos e razoavelmente mensuráveis.

No âmbito da pena privativa de liberdade, as regras gerais do critério trifásico estão previstas no art. 68 do Código Penal, segundo o qual se obedece à análise de três fases distintas, quais sejam: a etapa da pena-base, da pena provisória e da pena definitiva. Na primeira fase, a da pena-base, o juiz fixará um valor conforme

1 BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983. p. 45 e 67.

2 "Comentários ao Código Penal: Arts. 28 a 74". v.. 2, 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. p. 179.

3 Devemos ter certo cuidado interpretativo, por exemplo, quando Juarez Cirino dos Santos diz que as circunstâncias judiciais "são objeto de arbítrio exclusivo do Juiz" ("Teoria da Pena: Fundamentos Políticos e Aplicação Judicial". Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005, p. 108).

a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Somente depois de obtida a pena-base, passa-se à fase seguinte, a da pena provisória, na qual são avaliadas as circunstâncias atenuantes e agravantes. Finalmente, sobre o resultado da operação anterior incidem as causas de aumento e de diminuição da pena, encontradas nas partes geral e especial do Código Penal e, também, em leis especiais.

A não observância do critério trifásico gera nulidade da pena fixada, não da condenação. Segundo o art. 59 do Código Penal, são circunstâncias judiciais a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, o comportamento da vítima, as circunstâncias e as conseqüências do crime.

No momento, não nos importará analisar individualmente o contéudo de cada uma das circunstâncias judiciais (art. 59), mas propomos, neste ensaio, estabelecerem-se limites e critérios orientadores quando da fixação da pena base, fazendo assim uma adequação do Código Penal aos diversos princípios penais, e destacando-se, dentre os quais, o princípio garantista; da secularização; da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF/88); da necessidade da pena; da temporariedade dos efeitos da condenação (art. 5º., XLVII, CF/88) e, principalmente, da proporcionalidade.

2 VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

A análise judicial admite avaliação desfavorável ou favorável ao agente das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. O juiz precisa, obrigatoriamente, fundamentar as circunstâncias desfavoráveis ao agente. As circunstâncias favoravelmente analisadas, omitidas ou simplesmente não analisadas contrariamente, não poderão determinar o aumento da pena-base.

Assim, se o juiz não analisa nenhuma das circunstâncias judiciais, tem-se que todas favorecem ao agente. Se o juiz omite a análise de algumas circunstâncias judiciais, a supressão beneficia o agente, de forma que não poderá ocorrer aumento da pena-base em razão de alguma circunstância judicial omitida. Enfim, somente se permite o acréscimo da pena-base em função das circunstâncias judiciais expressamente reconhecidas, pelo magistrado, como contrárias ao agente. Mesmo que no corpo da sentença tenha ficado implícito, *v. g.*, que o réu não possui boa conduta social, é forçoso que, no momento da aplicação da pena,

seja expressamente analisada a conduta social neste sentido negativo, a fim de se admitir a elevação da pena-base.

É oportuno registrar ainda que não iremos aqui classificar a *culpabilidade* dentre os *critérios orientadores* da pena-base, sem que necessariamente discordemos do método proposto por José Antonio Paganella Bosch, para quem a *culpabilidade* deve ser "critério fundamentador da intervenção estatal e limitador da punição"[4]. A culpabilidade, segundo depreende-se da leitura de Bosch, não poderia se limitar a um mero *critério orientador*, mas está bem acima; deve preponderar sobre todos os critérios, motivo pelo qual não lhe daremos destaque[5].

3 LIMITE MÍNIMO

A pena-base obedece a um limite mínimo e a outro máximo. Segundo o art. 59, inc. II, do Código Penal, o juiz determinará a quantidade de pena aplicável dentro dos limites previstos. Portanto, o marco mínimo da pena-base cuida-se da pena mínima. Exemplificando: o homicídio simples (art 121, CP) prevê pena que varia de seis a vinte anos. A pena-base não pode ser inferior, neste caso, a seis anos.

Impõe-se a fixação da pena-base no limite mínimo, quando favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal[6]. Basta pelo menos uma circunstância judicial desfavorável para que a pena-base fique acima do mínimo permitido. Mesmo que amplamente favoráveis aquelas circunstâncias, não se permite, neste momento, que o juiz determine a pena-base abaixo da pena mínima prevista para o delito; mas isso não significa que o cálculo resultante das fases seguintes da dosimetria da pena implique número inferior ao mínimo legal.

4 LIMITE MÁXIMO: PENA MÁXIMA EM ABSTRATO (?)

Quando todas as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao agente, a pena-base deve alcançar o *limite máximo* possível. Mas será que este *limite máximo* deve ser igual à *pena máxima* prevista para o crime? Nos termos do inciso II do art. 59, CP, o juiz fixará a pena dentro dos limites previstos. O dispositivo legal deixa a entender que a pena-base pode alcançar o máximo da

4 **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 232.
5 NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 188.
6 BOSCHI, José Antonio Paganella. Op. cit., p. 225.

pena determinada para o delito.

A corrente tradicional defende que a pena-base não pode ultrapassar a pena máxima em abstrato do crime[7]. Assim, no homicídio simples (art 121, CP), a pena-base poderia ser determinada pelo juiz em até vinte anos, desde que desfavoráveis todas as circunstâncias judiciais.

Remetendo ao art. 59 do Código Penal, o Ministro Paulo Gallotti, em voto de vista no Superior Tribunal de Justiça, argumentou que "a estipulação da pena-base no máximo legal é perfeitamente admissível em nosso sistema, não havendo óbice formal à sua adoção, tendo em vista, sempre, que a pena, na letra de sua regência, será imposta "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime"[8].

4.1 CRÍTICA À PENA MÁXIMA EM ABSTRATO COMO LIMITE DA PENA-BASE

Não concordamos que a pena máxima em abstrato seja o limite *ad quem* da pena-base. Segundo entendemos, a pena-base deve ter limite abaixo da pena máxima do delito, mais precisamente, a pena-base deveria ter como limite máximo o *termo médio*, de cujo conteúdo trataremos adiante. A pena máxima em abstrato não é a melhor opção ao limite superior da pena-base. Em oposição à teoria tradicional, entendemos que a pena máxima não serve de marco limitador da pena-base porque tolera que o máximo da pena seja alcançado já na primeira fase do critério trifásico.

Em regra, a *pena máxima* em abstrato precisa ficar reservada a um caráter levemente simbólico, útil à prevenção geral. Não que seja impossível ou ilegal alcançar-se a pena máxima. Este limite máximo, frente aos princípios da individualização e da proporcionalidade, somente deve ser atingido depois de ultrapassadas todas as fases da aplicação penal trifásica, mediante a consideração das agravantes, atenuantes, causas de aumento e causas de diminuição[9]. O art. 59, II, Código Penal,

7 Neste sentido: LYRA, Roberto. Op. Cit., p. 192.

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RE n. 302.636 - RJ (2001/0011069-0). Relator: Ministro Vicente Leal. Relator para acórdão: Ministro Hamilton Carvalhido. DJ: 19.12.2003. Data do Julgamento: 24.06.2003.

9 Explicam Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior que "a proporcionalidade integra um princípio genérico, aplicável a toda intervenção do poder público, denominado princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo", sendo que, ainda segundo os autores, este princípio possui como conteúdo os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (**Teoria da Pena:** Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros Estudos de Ciência Criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 89).

somente é capaz de lograr interpretação restritiva, de modo a impedir que a pena máxima seja alcançada independentemente de agravantes ou causas de aumento.

Não se mostra razoável que o julgador, já na primeira operação de cálculo da pena privativa de liberdade, alcance a pena máxima, mesmo naquelas situações em que todas as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao agente. A evolução da teoria da pena caminha no sentido de se criarem critérios à individualização, sempre buscando conter os abusos judiciais.

A pena máxima necessita de postulação excepcional; o julgador apenas chegará a ela mediante a consideração concomitante de circunstâncias judiciais e legais. A análise isolada das circunstâncias judiciais ou somente das circunstâncias legais, nunca poderá conduzir à liberdade de se fixar a pena máxima. Parte-se do pressuposto de que a pena máxima estipulada pelo legislador detém a natureza de exceção e, como tal, impende a interpretação de que o seu alcance seja da maneira mais restrita possível, isto é, mediante a exigência da valoração simultânea das circunstâncias judiciais e legais.

No entanto, ainda não prevalece o entendimento segundo o qual a pena-base não poderia ultrapassar um determinado *limite máximo*, abaixo da pena máxima em abstrato. Mesmo porque a doutrina, até o momento, não encontrou – ou não procurou – substrato para defender um *limite máximo* da pena-base diverso da *pena máxima em abstrato*. Tecnicamente, os tribunais têm acolhido a pena-base em patamares definidos próximos da *pena máxima em abstrato*.

Inobstante a aceitação majoritária da pena máxima em abstrato, como limite máximo da pena-base, a doutrina tem confirmado a necessidade de se adotarem critérios orientadores à determinação da pena-base. Esses critérios orientadores ainda não são considerados limites intransponíveis à pena-base, mas satisfatoriamente objetivam conter a descomedida elevação da pena-base. Dentre os critérios mais empregados, destacamos o do *dobro da pena mínima* e do *termo médio*, dos quais trataremos mais adiante.

4.2 CRITÉRIO ORIENTADOR DO DOBRO DA PENA MÍNIMA

Alguns julgados reportam-se ao dobro da pena mínima em abstrato prevista para o crime como critério limitador, ou pelo menos, orientador da pena-base. Deste modo, no homicídio simples (art 121, CP), desde que desfavoráveis todas

as circunstâncias judiciais, a pena-base poderia ser determinada, pelo juiz, em até doze anos, valor este que corresponde ao dobro da pena mínima[10].

O dobro da pena mínima como critério limitador da pena-base apresenta a inconveniência de não ser aplicado àqueles crimes com pena máxima pouco acima da pena mínima, motivo pelo qual não nos lhe filiamos à adoção. Por exemplo, o crime de estupro prevê pena de seis a dez anos (art. 213, CP). Neste caso, o dobro da pena mínima ultrapassa a pena máxima e, portanto, nestas situações, o julgador não poderia valer-se do critério em estudo.

Na maioria dos casos, o critério do dobro da pena mínima se aproxima ao critério do termo médio, o qual passaremos a conhecer.

4.3 CRITÉRIO ORIENTADOR DO TERMO MÉDIO

O critério do *termo médio* ainda não logrou aceitação jurisprudencial majoritária, estando assim restrito à jurisprudência de alguns tribunais, como o do Rio Grande do Sul. Historicamente, encontramos registros legais primitivos do *termo médio* no Código Criminal do Império, cujo art. 20 estipulava que, havendo dúvida quanto à prova das circunstâncias agravantes e atenuantes, a pena deveria ser imposta no "grau médio". Por seu turno o Código Penal de 1890 dispunha o grau médio como regra, se não houvesse preponderância das circunstâncias atenuantes e agravantes (art. 62, § 1º); se houvesse preponderâancia das agravantes, a pena deveria ficar entre o grau médio e o máximo; ao contrário, preponderando as atenuantes, a pena ficaria entre o grau médio e o mínimo (§ 2º)[11]. O Código de 1890 considerava a existência de três graus de pena – o mínimo, o médio e o máximo –, compreendendo o grau médio como sendo o valor entre os dois extremos da pena (art. 62)[12]. A antiga redação do art. 47, inc. I, Código Penal de 1940, estebelecia que a reincidência específica importava "a aplicação da pena privativa

10 Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte: "Tem-se como desproporcional a dosimetria da pena, quando o Julgador não considera as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, como a menor idade, fixando a pena-base em patamar próximo ao máximo então permitido. II - Evidenciando-se o excessivo rigor e a insuficiente fundamentação para a exacerbação da pena-base acima do dobro do mínimo legal previsto para o delito, recomendando-se o ajuste da reprimenda ao patamar suficiente à reprovação e repressão do crime perpetrado" (Ap. Crim. n. 01.000261-8 - Canguaretama/RN. Advª. Jeanne Karenina Santiago Bezerra. Relator: Juiz João Rebouças - Convocado. DOE de 15.08.02). Confira ainda: TJRN, Ap. Crim. n. 00.001450-8 - Jardim do Seridó/RN, DOE de 04.04.01

11 PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 279.

12 Idem, ibdem.

de liberdade acima da metade da soma do mínimo com o máximo".

Atualmente, o Código Penal não açambarca qualquer referência ao *termo médio*. No entanto, este critério reveste-se como sendo o mais adequado à "limitação" da pena-base, posto que não apresenta o inconveniente de não ser empregado para alguns crimes, como ocorre com o critério do dobro da pena mínima. Na fixação da pena-base, devemos considerar o *primeiro* e o *segundo termo médio*, conforme a quantidade de circunstâncias desfavoráveis ao agente.

4.3.1 Primeiro termo médio

O *primeiro termo médio* está representado pela média aritmética entre a pena mínima e a pena máxima prevista para o crime. Deste modo, tomemos como exemplo o crime de estupro (art. 213, CP), com pena entre seis e dez anos. O *termo médio* será obtido com a soma da pena mínima e máxima (6 + 10) dividida por dois (÷ 2), encontrando-se, aí, o valor de oito anos como limite da pena-base.

É este valor encontrado que a doutrina nomeou de *primeiro termo médio,* ou simplesmente *termo médio*. Em sendo todas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base não poderá ser superior ao primeiro termo médio, o qual, no exemplo acima, é de oito anos.

Na esfera do Supremo Tribunal Federal, o Min. Maurício Corrêa já rechaçara a aplicabilidade do termo médio sob tais argumentos:

> 2. A quantidade da pena-base, fixada na primeira fase do critério trifásico (CP, arts. 68 e 59, II), não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao réu, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para

> que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo. Na fixação da pena-base o Juiz deve partir do mínimo cominado, sendo dispensada a fundamentação apenas quando a pena-base é fixada no mínimo legal; quando superior, deve ser fundamentada à luz das circunstâncias judiciais previstas no caput do art. 59 do Código Penal, de exame obrigatório. Precedentes [13].

Essa conclusão não espelha uma jurisprudência formada no seio do Supremo Tribunal Federal. O leitor não deve sensibilizar-se com a posição firmada acima; o *termo médio* não implica agravamento prévio. Ele se apresenta como um critério limitador tão somente, não estando o juiz impedido de determinar a pena-base abaixo ou mesmo em torno do termo médio, ainda quando haja desfavorabilidade plena das circunstâncias judiciais.

No Supremo Tribunal Federal o assunto ainda não encontrou porto seguro. O Ministro Marco Aurélio já decidira que se mostra "razoável a sentença que, à mercê da culpabilidade, da personalidade do agente, das circunstâncias e conseqüências do crime, implique fixação da pena-base acima do minimo legal e em *patamar intermediário* (grifamos)". O *patamar intermediário*, aqui citado, trata, na verdade, do termo médio. Neste caso concreto, o agente fora condenado por estelionato (art. 171, CP), cuja pena varia de um a cinco anos. O Ministro Marco Aurélio considerou válida a pena definida no termo médio de três anos, isto é, concretizada no patamar intermediário[14].

Como ponderou o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o sistema do *termo médio* "é bom como critério orientador, desde que não passe de um simples guia, a ser abandonado sempre que o recomendar o caso concreto"[15]. A pena-base deve sempre partir da pena mínima, elevando-se gradativamente, conforme desfavoráveis as circunstâncias judiciais. O *termo médio* não vem ao encontro desta regra, porquanto ele não pode ser empregado como marco inicial da pena-base; cuida-se de um critério orientador não-vinculativo, incapaz de determinar julgamento prévio. Ao juiz,

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 76196/GO. Relator: Min. Maurício Corrêa, julgamento: 29/09/1998, Segunda Turma, DJ de 15-12-2000, pp. 62, Ement. Vol. 2016-03/448. Informativo STF n. 214.

14 BRASIL. Supremo Ttribunal Federal, HC 73446/SP - Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento: 19/03/1996, Segunda Turma, DJ.03.05-1996, p. 13903, Ement. Vol. 1826-03/454.

15 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da Pena. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal,** n. 03, p. 24, ago./set. 2000.

permite-se-lhe abandonar esse critério quando necessário, mas insistimos que a pena máxima prevista para o crime não deverá ser obtida exclusivamente com a análise das circunstâncias judiciais.

Todavia, com a evolução e a aceitação doutrinária do *termo médio*, fez-se necessário encontrar um segundo critério para limitar a pena-base quando apenas algumas circunstâncias judiciais forem desfavoráveis. Como visto, o *primeiro termo médio* apenas era de serventia aos casos apresentados com todas as circunstâncias judiciais desfavoráveis. Por este motivo, surgiu o *segundo termo médio* como mais um critério limitador da pena-base.

4.3.2 Segundo termo médio

O *segundo termo médio* é o limite da pena-base quando algumas das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são desfavoráveis ao agente. A sua razão decorre do princípio da proporcionalidade e da individualização da pena. Ainda que não exista previsão legal para o termo médio, impõe-se, ao julgador, o estabelecimento de regras e balizas racionais que possam equilíbrar a aplicação da pena privativa de liberdade.

Do mesmo modo que o Direito Penal deve ser imposto como *ultima ratio*, a pena máxima precisa permanecer como última redenção, valendo a criação perseverante de mecanismos que lhe façam cessar o abuso, e que lhe favorecem a melhor compreensão. Por isso, o *segundo termo médio* não pode deixar de ser um critério orientador. A pena-base precisa partir da pena mínima em abstrato; nunca partirá do *termo médio*, sob efeito de ocorrer valorização prévia das circunstâncias judiciais. Em situações excepcionais, o caso poderá exigir que a pena-base ultrapassa tais balizas norteadoras.

O *segundo termo médio* será obtido com a média aritmética da pena mínima e do primeiro termo médio – a metade da soma da pena mínima com o primeiro termo médio. No caso do crime de estupro (art. 213, CP), com pena entre seis e dez anos, o *primeiro termo médio* será oito anos. Obtém-se o *segundo termo médio* somando-se a pena mínima (seis anos) com o *primeiro termo médio* (oito anos), dividido o resultado por dois. Chega-se, assim, ao valor de sete anos.

5 À GUISA DE CONCLUSÃO

A pena mínima em abstrato deve ser o limite mínimo da pena-base. No entanto, o princípio garantista, sem embargo do princípio da proporcionalidade, obriga que o julgador estabeleça novos limites máximos ou critérios orientadores quando da fixação do máximo da pena-base.

O garantismo, elevado à condição de princípio constitucional, impõe o rompimento à distância entre a norma e a realidade, entre o "ser" e o "dever-ser", impedindo a arbitrariedade judicial. Assim, a pena máxima em abstrato não mais deve ser a regra para o limite máximo da pena-base. Cabe recorrer-se a critérios orientadores à determinação da pena-base, ainda em atenção especial ao princípio da temporariedade dos efeitos da condenação (art. 5º., XLVII, CF/88).

Os critérios orientadores, que não são majoritariamente reconhecidos como limites maximos à pena-base, servem como importantes diretrizes judiciais para a definição da pena-base.

Dentre os critérios orientadores, para fins da fixação da pena-base, o que toma o *termo médio* como limite orientador trata-se do mais adequado ao princípio da proporcionalidade.

A ausência de critérios razoáveis para delimitar a fixação da pena-base justifica a intervenção por meio de habeas corpus, embora os tribunais tenham abreviado a aplicabilidade do habeas corpus àqueles casos em que está presente o risco de perda ou limitação da liberdade, desde que não dependam do reexame de provas.

Mesmo tendo o Supremo Tribunal Federal pacíficado não caber habeas corpus "para discutir decisão condenatória de pagamento de multa"[16] ou para discutir o ônus das custas processuais[17], não se pode concluir que, destarte, a dosimetria da pena não se submete, em regra, à apreciação do habeas corpus, em decorrência da proibição do reexame de prova.

Excepcionalmente, a aplicação da pena sujeita-se ao exame desse *writ*, quando o juiz sentenciante extrapola os limites de sua discricionariedade, ou desatende às regras básicas do critério trifásico[18] e da proporcionalidade.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC-ED 83714 RS 2ª T. Rel. Min. Nelson Jobim. DJU 30.04.2004, p. 00067.

17 Neste sentido veio a Súmula n. 395 do STF: "Não se conhece de recurso de habeas corpus cujo objeto seja resolver sobre o ônus das custas, por não estar mais em causa a liberdade de locomoção".

18 Neste sentido decidiu o STJ: "Matéria relativa à dosimetria da pena não comporta apreciação na estreita via

Enfim, é preciso não esquecer a sempre atual lição de Roberto Lyra: "Então, ótima era a lei que menos arbítrio deixava ao juiz e ótimo o juiz que menos arbítrio se permitia"[19].

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da Pena. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal,** n. 03, ago./set. 2000.

BECCARIA, Cesar. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal:** Arts. 28 a 74. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. v.2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil:** evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena:** fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena:** finalidades, direito positivo, Jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

do habeas corpus, salvo com vistas a coibir erro grosseiro, por importar em revolvimento do conjunto fático-probatório" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 35448 SP 5ª T. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca DJU 06.09.2004, p. 00285).

19 LYRA, Op. Cit., p. 175.