

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO-  
ASCES UNITA**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**A IMPORTÂNCIA DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA CRÍTICA  
QUANDO DA APLICAÇÃO DA PENA NO SISTEMA TRIFÁSICO  
BRASILEIRO**

**RAFAEL RUFINO DE ANDRADE**

**CARUARU**

**2016**

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO-  
ASCES UNITA**

**BACHARELADO EM DIREITO**

**A IMPORTÂNCIA DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA CRÍTICA  
QUANDO DA APLICAÇÃO DA PENA NO SISTEMA TRIFÁSICO  
BRASILEIRO**

**Versão final da Monografia,  
apresentado ao Prof. Dr. José  
Armando de Andrade.**

**RAFAEL RUFINO DE ANDRADE**

**CARUARU  
2016**

## BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_.

---

Presidente: Prof. José Armando de Andrade

---

Primeiro Avaliador: Prof.

---

Segundo Avaliador: Prof.

Aos meus pais e à minha irmã, pela fonte de amor inesgotável que depositam em mim.

Aos meus tios Almir e Nandinho, por acreditarem e supervalorizarem num potencial que dizem eu ter.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter dado ao Homem a possibilidade de existir, e o ensinamento de fazer o bem.

À minha família, que sempre me apoia em tudo que faço, por mais que discordem; especificamente à minha irmã, pelo nosso amor e companheirismo únicos.

A Geraldo Moura, por ter me dado a certeza de que o conhecimento nos torna cada vez mais humildes.

A Almir Filho, pelos papos cabeças que tanto me ajudaram/ajudam.

Ao Academico's bar, pois é na ebriedade que a Filosofia se torna mais factível ao ser.

Aos meus amigos do peito que sempre me dão forças e não poupam esforços para me ver feliz.

Às mulheres, por tornarem o meu mundo colorido e cheio de amor.

A mim mesmo, por motivos óbvios.

A todos os supracitados, meu sincero e humilde, muito obrigado.

(...) o ponto crucial é ensinar-lhe a justa medida, a arte de esquivar-se da vergonha, da desonra e das leis; essas são as dissonâncias na harmonia social que é preciso saber situar, preparar e salvar. Nada mais sem graça que uma sequência de acordes perfeitos. É preciso algo que excite, que separe os feixes e que disperse os raios.

Diderot

## RESUMO

O seguinte trabalho monográfico tem o escopo de discutir a justa aplicação da pena no Sistema Trifásico Brasileiro. Fez-se o dito analisando-se as decisões judiciais concernentes a este tema, bem como lançando um olhar às normas Constitucionais: princípios e regras. Não obstante, dá-se ênfase a uma perspectiva histórica da aplicação da pena, possibilitando o entendimento de como chegamos à realidade na qual nos encontramos hoje, como também o que passamos para conquistá-la. Ademais, prestou-se muita atenção acerca de como os juízes se comportam quando da exegese do trabalho hermenêutico para o cálculo da dosimetria penal. Não apenas isto, impera-se uma análise crítica em relação ao caminho que os juízes estão limitados a percorrer quando do interpretar, tanto das normas constitucionais, quanto das infraconstitucionais quando da medida da justa aplicação da pena àquele que deve cumpri-la. Doravante, qualquer que seja o *momentum* em que o juiz saia dos limites os quais é presumido a estar contido, enseja-se comentários que tangem à própria ideia de ativismo judicial que é, em outras palavras, um entender de que o juiz está decidindo casos baseado, sobretudo, em sua própria consciência do que seja certo ou errado, e deve-se avaliar as consequências que este ato possa gerar em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Sistema Trifásico. Constitucional. Trabalho hermenêutico. Estado Democrático de Direito.

## **ABSTRACT**

The following monograph work aims to discuss the just application of the penal penalties in Brazil's three phase system. It does so by analysing judicial decisions about that matter as well as by paying attention to our Constitutional norms: principle and rules. Nevertheless we also focus on a historical perspective that brought us to what we have today, making it clear to see what we have gone through in order to achieve it. Moreover, we take a very strong look on how judges behave when fulfilling the hermeneutic task in order to calculate the amount of penalty that should be applied to the condemned citizen. Not only that, we propose critical analyses about the ways judges are permitted to wander when interpreting both constitutional and infraconstitutional norms to measure the fair amount of penalty one should fulfill. Henceforth, whenever judges go off the way they are presumed to follow we may bring up into this work a perspective of judicial activism, in other words, is an understanding that the judge is deciding cases based, above all things, on his own consciousness, and we shall evaluate its consequences in a Democratic State of Law.

Key words: Three phase system. Constitutional. Hermeneutics task. Democratic State of Law.



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1. DO SISTEMA TRIFÁSICO BRASILEIRO.....</b>	<b>11</b>
1.1 Histórico.....	11
1.2 Da Técnico-Dogmaticidade.....	14
<b>CAPÍTULO 2. DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA CRÍTICA.....</b>	<b>21</b>
2.1 De um Introito Fático.....	21
2.2 Da Criticidade Propriamente Dita.....	24
2.2.1 Da Aplicação Da Pena Aquém Do Mínimo Legal.....	24
2.2.2 Da Análise Das Circunstâncias Judiciais.....	28
2.2.3 Do Comentário Acerca Dos Casos De Aumento E Diminuição.....	31
<b>CAPÍTULO 3. DAS PAREDES TRANSPARENTES AO ATIVISMO JUDICIAL.....</b>	<b>33</b>
3.1 Da Autorização Da Prisão Na Segunda Instância.....	34
3.2 Da Incidência De Duas Ou Mais Qualificadoras.....	37
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>45</b>

## INTRODUÇÃO

Em se considerando um Estado Democrático de Direito contemporâneo, perceber-se-á que este possui características que o faz ser o que se é, essas estão consubstanciadas, sobretudo, na Constituição, documento máximo dos Estados Democráticos modernos.

As Constituições democráticas vieram com o intuito de trazer, mormente o pós- segunda guerra mundial e, mergulhando-se mais no passado, o período pós-absolutismo europeu, garantias e direitos que viessem a resguardar os direitos mínimos que um cidadão deveria ter para que se pudesse viver em sociedade de forma digna.

Esses dois períodos sombrios da história da humanidade foram aqui mencionados pois que, durante a vigência deles, absurdos foram praticados e, a grande maioria deles, era de direito, ou seja, consubstanciado em lei.

Daí uma verdade que muito nos incomoda até os dias de hoje – em que se pese, é típico da verdade, incomodar – nem sempre o Direito anda de mãos dadas com a Justiça, pois que por vezes vivenciamos atos praticados em consonância com o que a lei prevê, como fora o caso do holocausto no auge do governo de Hitler, mas que são de uma injustiça flagrante.

Fato é que, o Direito deve ser entendido como aquilo que dá a possibilidade da Justiça *ser-no-mundo*; quando o Direito funciona de maneira a maculá-la, sentimo-nos profundamente feridos e frustrados.

Por isso, os Estados Democráticos de Direito modernos, a despeito do que ocorrera num passado recente, em se falando das duas grandes guerras, e de um passado um tanto quanto mais distante, em se tratando do período absolutista europeu, têm como escopo, acima de tudo, a aplicação e administração da justiça.

No trabalho que se segue, muito se falará quanto ao *quantum* da aplicação da sanção penal, pois que, em tempos outros, os ditos “criminosos” eram, muitas vezes, despejados em calabouços, onde eram esquecidos; onde não tinham condições mínimas para um cumprimento da pena pelo injusto cometido; sequer tinham tido um julgamento onde fosse oportunizado princípios tão conhecidos de nossa Carta Magna, quais sejam: contraditório e ampla defesa.

Verdade é que, não obstante os esforços para que isso não mais ocorra, ver-se-á que o passado ainda continua muito presente, sobretudo em *terrae brasiliis*.

Ante o exposto pretende-se, no decurso deste trabalho, demonstrar os institutos democráticos aplicados, ou não, em relação à dosimetria penal, ou seja, o lapso temporal em que o indivíduo encontrar-se-á tolhido de seu Direito Fundamental de ir e vir.

Para tanto, faremos uma abordagem histórica da evolução da aplicação da sanção penal em *terrae brasiliis*, sem prejuízo da análise do que possamos ter regredido ou progredido, quando comparamos os diversos momentos históricos pelos quais passamos.

Outrossim, é bem verdade, e isto restar-se-á bem delineado quando da leitura do trabalho abaixo que, em se pesando um Estado Democrático de Direito moderno, a liberdade é a regra, e a prisão, a exceção, daí a nítida importância de um estudo compenetrado em entender como se dá esta exceção. Infelizmente, também é bem verdade que, no Brasil, é quase que certo que sempre tomamos a exceção como se regra fosse.

Faremos, logo após, uma análise crítica quando da aplicação da pena que vemos em nosso Estado, usando para tanto uma hermenêutica jurídica crítica com o intuito de melhor podermos detalhar o que se pretende.

Por fim, um recorte no que tange ao comportamento da nossa suprema corte em seu *modus operandi*, dando enfoque ao que aqui se pretende estudar, a aplicação da pena.

Usaremos para tais finalidades o método hipotético-dedutivo, pois que iremos fundir o entendimento doutrinário com o tribunalístico, para a explicitação e explicação do tema que se tem como fito discutir e lançar pensamentos sobre.

## 1. DO SISTEMA TRIFÁSICO BRASILEIRO

### 1.1 HISTÓRICO

Neste capítulo, abordar-se-á o panorama do Sistema Trifásico Brasileiro atualmente aplicado no âmbito penal, suas regras e peculiaridades de estilo. Para tanto, analisaremos não só os seus aspectos técnicos-dogmáticos, mas também a sua historicidade.

Em se falando de uma Hermenêutica Crítica quando da aplicação da pena no Sistema Trifásico Brasileiro, tornar-se-ia vazio o trabalho que não fizesse uma explanação deste.

Nesse sentido, tem-se como fim último deste capítulo o explicar de como funciona esse Sistema, e porque a escolha do mesmo no regeer da nossa dosimetria penal.

Dirigindo-nos ao âmago do que aqui se pretende discutir, lançamos mão da própria História do Direito Penal em nosso território nacional, pois que, sem esta, ver-se-ia de difícil compreensão e entendimento do porquê do Sistema Trifásico Brasileiro.

E é falando desta que Cezar Roberto Bitencourt (2014, p.89) explica-nos que, antes do domínio português sobre as terras brasileiras, imperava-se um *modus operandi* das sanções penais de maneira vingativa, que não guardava quaisquer proporções em si mesmas, nem tão pouco em relação a outras sanções penais.

Como dir-nos-ia Cesare Beccaria (2013, p.42): “Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.”, fato este que não se percebe quando do aplicar de um Direito Penal puramente vingativo.

Não obstante, alude o mesmo autor que o Homem não se afasta dos métodos “físicos e morais” de resolução de conflitos, e que estes, dotados da forte paixão humana, deixar-nos-iam cada vez mais distantes do “bem universal”. (BECCARIA, 2013, p.30).

Nesse diapasão, Jean-Jacques Rousseau (2013, p.32) destaca que “(...)a obediência à lei que se prescreve é liberdade.)”. Logo, se não existe lei, não há de se falar em liberdade, tão pouco de legitimidade para exercer o *jus puniendi* e, menos ainda, na justa proporção das medidas referentes à dicotomia: delitos e penas.

Fato é que, com o advento das Grandes Navegações vindas da Europa, sobretudo de Portugal e Espanha, foi que Pedro Álvares de Gouveia Cabral chegou ao Brasil em 1500 (MEIRA, 1998, p.15) e, a partir de então, “As Ordenações do Reino, nossos primeiros diplomas jurídicos, (...) consideradas as fontes primitivas de nosso Direito Penal” (ESTEFAM, 2013, p.63), passaram a ser as nossas primeiras “leis”.

Certo que, nem as Ordenações do Reino, nem o Código Manuelino, que fora o diploma jurídico sucessor daquele, tinham notória aplicação fática, ou se faziam cumprir num mínimo aceitável, pois que “(...) até 1530, a Justiça Penal no Brasil se fazia ao arbítrio dos titulares de capitânias.” (ESTEFAM, 2013, p.65), isto posto, parece-nos que o não aplicar das lei, sobretudo as constitucionais (fazendo-se aqui alusão ao diploma mais alto dentro de um Estado Democrático de Direito Moderno), num mínimo existencial, é herança que guardamos com muito esmero.

Após o Código Manuelino, “D. Felipe III (...) promulgou as Ordenações Filipinas ou Código Filipino (...)” (ESTEFAM, 2013, p.65) que teve vigência longa em nossas terras, e só seria substituído em 1830, quando do promulgar do Código Criminal do Império.

Apesar de ter vigorado por mais de duzentos anos, o Código Filipino trazia no espírito da sua exegese, como bem elucidada André Estefam: “(...)promover a intimidação pelo terror” (2013, p.65) e o fazia muito bem, através de penas cruelmente administradas pelos entes estatais, tais como a queimada do réu vivo; e a pena de morte, precedente de tortura.

E, como se não bastasse, por vezes as sanções penais ainda eram aplicadas oriundas de um forte arbítrio por parte do julgador (ESTEFAM, 2013, p.66), ou seja, como se não fosse suficiente o vigor das penas, existia-se casos em que eram decretadas sem justa causa. O arbítrio nas decisões judiciais, demonstraremos a *posteriori*, ainda é circunstância que muito nos aflige.

Por isso, Beccaria defendia veementemente que: “A autoridade de interpretar leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores” (2013, p. 36) essa colocação do autor demonstra o medo que se tinha, tanto na Europa medieval, quanto em solo brasileiro, do interpretar jurídico das leis, sobretudo as penais.

E é a partir de inspirações sócio-filosóficas tanto de Beccaria, quanto de Bentham, e os ideais iluministas, que entra em vigor, em 1830, o Código Criminal do Império. (ESTEFAM, 2013, p.67).

Vale lembrá-los que no ano de 1824 tivemos a nossa primeira Constituição, e que esta veio a determinar, de maneira urgente, a feitura de um Código Criminal (BITENCOURT, 2014, p. 90) que trouxesse penas mais justas e equilibradas.

Como nos retrata Cezar Roberto Bitencourt: “Destacava Aníbal Bruno que o novo texto fundou-se nas ideias de Bentham, Beccaria e Mello Freire, no Código Penal Francês de 1810, no Código da Baviera de 1813, no Código Napolitano de 1819, e no Projeto de Livingston de 1825” (2014, p. 90).

Ver-se-á assim, que o Código Penal do Império era um diploma moderno, que recebia influências de grandes nomes da literatura penal, bem como fazia uso do Direito Comparado em relação a Códigos Penais de outros países, sobretudo europeus, demonstrando-se assim, um espírito deveras mais humano do que o último Código que nos vigera.

Ainda, o Código Penal do Império fora considerado um dos mais bem elaborados de sua época, por trazer anotações pormenorizadas, ter coesão, coerência, tecnicidade, e clareza invejáveis, tanto que influenciou fortemente o Código Penal Espanhol de 1848 e o Português de 1852 (BITENCOURT, 2014, p.91).

Com a Proclamação da República no dia 15 de Novembro de 1889, era latente o *animus* de se ter um Código Penal que buscasse sua legitimidade oriunda desta nova forma de governo, em virtude disso: “(...) Batista Pereira foi encarregado de elaborar um projeto de código penal, que foi aprovado e publicado em 1890 (...)”. (BITENCOURT, 2014, p. 91).

Destaca o mesmo autor que, como tudo que se é feito às pressas, este novo Código ficou demasiadamente mal feito, não valorizando boa parte da carga axiológica que o seu antecessor tivera, nem tão pouco deu atenção a pontos penais relevantes da contemporaneidade em que se instaurava (BITENCOURT, 2014, p.91), tendo-se assim, um novo Código, porém, mais ultrapassado que seu anterior.

Sofremos novamente a longa vigência de um péssimo Código, que durou de 1890 a 1932. Contudo, não foram poucas as tentativas de substituí-lo, nem de “emenda-lo”, por isso fora, já no último ano de sua vigência, promulgada a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe.

Estas últimas, governar-nos-iam até 1942, pois que após inúmeros grandes penalistas brasileiros, tais como Galdino Siqueira, e Virgílio de Sá Pereira elaborarem projetos para substituição das acima citadas Consolidação das Leis Penais, seria apenas em 1937, na vigência do Estado Novo, que Alcântara Machado apresentaria um projeto de código penal que, após ser avaliado por uma Comissão Revisora, seria sancionado através de um decreto no ano de 1940, mas que teve *vacatio legis* de dois anos, só realmente tendo entrado em vigor em 1942.(BITENCOURT, 2014, p.91).

Embora parcialmente reformado, é esse o código que até os dias atuais nos rege e que, a seguir, pois que já possuímos o conhecimento histórico de como esse se insurgiu a nós, iremos tecer comentários acerca do Sistema Trifásico nele presente.

## 1.2 DA TÉCNICO-DOGMATICIDADE

Note-se que, se alhures tecemos comentários de maneira geral em relação aos Códigos Penais que outrora nos vigeram, agora faremos o recorte sobre a parte da aplicação da pena no atual Código Penal, sem que nos esqueçamos do quê de historicidade e axiologia que aqueles nos trouxeram.

Em consonância com o tema que aqui se pretende retratar, torna-se imperioso uma explicação dogmática do que seja, e como se é aplicado o Sistema Trifásico Brasileiro, quando da dosimetria da sanção penal.

É mandatário pois a explanação *in verbis* do artigo 68 do Código Penal: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.”

Esse método de aplicação da pena através de três fases distintas é defendido por Nelson Hungria, e é considerado mais detalhado do que o sistema bifásico, proposto por Roberto Lyra, haja vista que repartindo-se em três fases, tem-se um entender mais detalhado, mormente por parte do condenado, do *quantum* e do porquê que determinada pena lhe está sendo imputada. (NUCCI, 2015, p. 468).

Não nos distanciemos da perspectiva de que das fases consonantes dessa aplicação da pena tripartida, exige-se fundamentação para cada uma delas, sendo

estas direito do réu, pois que deve ter noção do que se passa em todos os procedimentos de individualização de sua pena. (NUCCI, 2015, p.468).

Ora, como exposto anteriormente, se em tempos mais sombrios a pena aplicada era mediante a vingança, tanto dos órgãos estatais, quanto privada, aqui, reger-nos-emos sob a égide do princípio da Legalidade, que, como nos ensina Luiz Regis Prado (2015, p. 108), desdobra-se no seguinte entender: “(...) não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*).”.

A explicação do princípio dada pelo autor supracitado possui respaldo Constitucional, vez que a nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, estabelece que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal”.

Tal entendimento jurídico é de suma importância pois que, agora, precisa-se de uma pena pré-estabelecida para que se possa aplicar uma sanção penal, e esta deve se dar na forma da lei, e não mais de maneira a satisfazer as vontades subjetivas de um particular, ou agente do Estado, de penalizar um indivíduo até o ponto que sua vingança reste-se saciada.

O princípio da Legalidade guarda estreita relação com o Princípio da Individualização da Pena, que ainda sob as lições de Luiz Regis Prado (2015, p. 118-119), caracterizam a obrigação que tem o julgador de aplicar a sanção penal, em conformidade com os ditames legais, em desfavor do acusado, e somente nos limites de sua pessoa física.

Ademais, como já se é jargão popular no mundo jurídico, a não fundamentação de decisões judiciais, acarretará na nulidade do feito, em conformidade com o artigo 93 da Constituição Federal, no seu inciso IX. No caso de aplicação da pena, poder-se-ia ter a nulidade daquela dosimetria penal, “ou, no mínimo, a redução da reprimenda ao mínimo possível” (NUCCI, 2015, p.468).

Outrossim, esse arcabouço principiológico e legal supracitado – de pronto vale a observação de que não são os únicos, bem como que citaremos os demais no decorrer deste trabalho – se dá com o fito de alcançar um Direito Penal mais justo e equilibrado, onde o *jus puniendi* pertença, em regra, sempre ao Estado, e que este não haja de maneira arbitrária e injusta, pois que sua função, é de fazer o extremo aposto.



Passemos pois agora, à análise do texto legal do artigo 59 do Código Penal, pois que é nele em que se dá a primeira fase de aplicação da pena, e é aonde encontramos as chamadas circunstâncias judiciais.

Essas “(...) são, em verdade, fatores legais de medição da pena, ou seja, elementos que o magistrado aprecia quando da determinação judicial da sanção penal.” (PRADO, 2015, p.426). São elas: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime, e o comportamento da vítima.

Como também pontua o mesmo autor: “Tais circunstâncias nortearão a individualização judicial da pena, com vistas à fixação da pena-base” (PRADO, 2015, p. 426). Como se decorre da leitura do artigo em voga, bem como de explicação da boa doutrina, as Circunstâncias Judiciais, vem com o intuito de que o magistrado possa fixar a pena-base do condenado, bem como individualizar sua pena pormenorizadamente.

Bitencourt (2014, p. 783), quando da explicação do dado artigo, leciona que:

O Código não estabelece quais devem ser considerados favoráveis ou desfavoráveis ao réu, abrindo tal função à natureza dos fatos e das circunstâncias, e conferindo ao juiz o dever de investiga-los durante a dilação probatória e, posteriormente, individualiza-los e valorá-los, na sentença.

Analisando-se a primeira circunstância presente no artigo 59, a culpabilidade, temos de deixar claro que a culpabilidade a qual se refere a dosimetria penal, não é aquela que se estuda quando do entender da teoria do crime, ou seja, que o delito é um ato típico, antijurídico e culpável.

A culpabilidade a que se atém o artigo 59, nas palavras de Luiz Regis Prado: “(...)corresponde à censurabilidade pessoal da conduta típica e ilícita(..)” (2015, p..426), ou seja, não guarda relação com a culpabilidade da própria ação delituosa, pois que esta última, funciona como fundamentação da ação penalmente ilícita, e naquela, detém função delimitadora do direito de punir do Estado. (BITENCOURT, 2014, p. 773).

Já em se falando dos Antecedentes, Luiz Regis Prado (2015, p.426) define-os de maneira sucinta como sendo: “(...) fatos anteriores da vida do agente, positivos ou negativos.”, não poderíamos nos ater tão somente ao ora citado.

Sendo assim, Bitencourt traça a divergência doutrinária que circunda o tema, bem como o posicionamento final dentro de um Estado Democrático de Direito, onde há um nítido processo de Constitucionalização do Direito Penal que nos rege.

Nesse diapasão, explica o autor, que se alhures, como aludira Nelson Hungria, ter-se-ia como causa de antecedentes “ruins” processos paralisados; absolvições por falta de prova; entre outros; agora, só há a possibilidade de considerar-se negativos os antecedentes criminais do autor, se provenientes de sentença penal “irrecorrível”, sem prejuízo da consideração do artigo 64 do Código Penal.

Quanto a Personalidade do agente, esta: “Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo” (BITENCOURT, 2014, p.775), são assim, considerações sobre os valores éticos e morais daquele determinado infrator; se possui o hábito, a normalidade, de cometer condutas infratoras, ou se foi apenas um episódio isolado dentro da sua vida.

Uma vez que, como bem faz referência Bitencourt, os atos infracionários cometidos pelo agente não podem ser considerados “maus antecedentes”, estes, podem sim, configurar uma personalidade delitiva do acusado, vez denotam a usualidade que tem o agente de praticar crimes (atos infracionários, no caso em tela, em se falando de um menor). (2014, p.774-775). Percebe-se que avaliar-se-á, de fato, o próprio ímpeto do agente em delinquir, quando da observância da Personalidade deste.

Por Conduta Social, entende-se o comportamento social do agente no meio social, dentro de sua família, no trabalho, etc. O condenado pode não ter antecedentes, mas possuir diversos “deslizes” morais, revelando-se assim um desajuste, desconformidade, em relação ao compasso social. (BITENCOURT, 2014, p.776).

Os motivos são o próprio *animus* do agente quando do cometimento do injusto penal, ou seja, as razões pelas quais veio a comente-lo.

As Circunstâncias do Crime, como nos diz Bitencourt: “(...)defluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes.” (2014, p. 776), não se confundem, é bem verdade, com as circunstâncias legais dos artigos

61, 62, 65 e 66 do Código Penal, que teremos a oportunidade de explicar-vos mais detalhadamente adiante.

As Consequência do Crime, são avaliadas a partir do maior ou menor grau, das consequências que um determinado delito veio a causar para além de sua própria tipificação penal. Bittencourt comenta que: “É um grande equívoco afirmar – no crime de homicídio, por exemplo – que as consequências foram graves porque a vítima morreu. Ora, a morte da vítima é resultado natural, sem o qual não haveria o homicídio” (2014, p. 776), o que se deve analisar pois, são as consequências, ou seja, num crime de roubo, por exemplo, se aquilo que fora roubado constituía a fonte de renda para compra de Alimentos para uma determinada família.

Comportamento da Vítima, seria o *modus* como a vítima se comporta quando do cometimento do crime pelo agente, influenciando em seu *animus*. Vale de exemplo pois, a injusta provocação da vítima em relação ao acusado que, não o isenta de pena, mas faz com que esta tenda a ser dada no mínimo legal. Existem casos, por exemplo, de se considerar a vítima completamente inocente; outros em que esta contribui tanto quanto o autor, dentre outras, o importante é saber julgar esse comportamento da vítima no caso concreto. (BITENCOURT, 2014, p. 777).

Essas são as Circunstâncias Judiciais que devem ser consideradas pelo magistrado quando da dosimetria da pena, sobretudo da pena-base, presentes no artigo 59 do Código Penal. Agora, seguindo a regra estabelecida no já citado artigo 68 do mesmo diploma legal, sigamos para a análise das Circunstâncias Legais: Atenuantes e Agravantes.

De pronto, é importante dizer que são ditas “Legais” pois se encontram na lei (ou, de acordo com a melhor fundamentação histórica técnica do Direito, no decreto-lei), em seus artigos 61, 62, 65, 66.

Ou seja, são situações jurídicas já pré-estabelecidas que podem vir a agravar a dosimetria penal do acusado, ou atenuá-la.

Outrossim, nos relata Bitencourt, da natural e justa preocupação que se tem em relação a “dupla valoração” de atenuantes ou agravantes. Explica-se, é que pode acontecer, a depender do caso concreto, que um determinado delito possua no bojo de sua tipificação legal, ou seja, situações presentes na parte especial do código, que já agravem, ou atenuem sua pena, não podendo-se assim, proceder-se duas vezes a uma mesma consideração de atenuante, ou agravante. (2014, p. 779).

Pensamento este que também se reconhece em relação às elementares, qualificadoras, ou casos de aumento e diminuição de pena.

O artigo 61 do Código Penal muito bem elucida essa questão, quando traz em seu *caput*, o seguinte: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime”; ou seja, se determinada conduta já é entendida como qualificadora de um crime, não pode esta funcionar como agravante e qualificadora ao mesmo tempo, pois que ter-se-ia assim um *bis in idem*, instituto que não é agasalhado pelo nosso ordenamento jurídico.

Ponto importante quando do estudar das Circunstâncias Legais, é que estas não possuem a quantidade a que estaria o juiz preso a se limitar, quando se depara diante de um caso de atenuação ou agravação de pena. Assim, abre-se à interpretação e determinação do magistrado, o *quantum* que se ira agravar ou atenuar.

Sobre o tema em tela, Bitencourt (2014, p. 779-780) defende que:

(...) a variação dessas circunstâncias (atenuantes e agravantes) não deve chegar até o limite das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena que, a nossa juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes).

O autor assim, estabelece uma certa hierarquia, onde as atenuantes e agravantes estão em um menor grau de aptidão tanto a agravar, quanto a atenuar a pena; depois se seguem os casos de aumento e diminuição; e, logo após, as qualificadoras.

Esta foi a explanação à cerca das agravantes e atenuantes da pena, prossigamos agora aos casos de aumento e diminuição.

Causas de Aumento e Diminuição da Pena, também conhecidas como majorantes e minorantes: “(...)são fatores de aumento ou redução da pena, estabelecidos em quantidades fixas (ex.: metade, dobro, triplo, um terço) ou variáveis (ex.: um a dois terços).” (BITENCOURT, 2014, p.781)

Em diferenciando explicitamente as agravantes e atenuantes, das causas de aumento e diminuição de pena, Luiz Regis Prado (2014, p.438) pondera que:

As causas de aumento e de diminuição de pena distinguem-se das circunstâncias agravantes e atenuantes, já que se localizam tanto na Parte Geral como na Parte Especial do Código Penal e estabelecem o *quantum* de exasperação ou redução da pena, permitindo-se como regra geral o

aumento ou diminuição desta para além ou aquém dos limites máximo e mínimo abstratamente previstos.

A partir da explicação das Circunstâncias Judiciais, das Atenuantes e Agravantes, e dos Casos de Aumento e Diminuição da pena, tem-se por findo o *modus operandi* da aplicação da Pena no Sistema Trifásico Brasileiro.

## 2. DE UMA HERMENÊUTICA CRÍTICA

### 2.1 DE UM INTRÓITO FÁTICO

Dada a explanação da historicidade que culminou no Sistema Trifásico de aplicação da pena no Direito Penal Brasileiro, bem como as regras gerais de sua exegese, fica reservado a este capítulo uma avaliação hermenêutica crítica da abordagem e uso desse Sistema pelos nossos tribunais.

Fá-lo-emos de modo a considerar os princípios penais-constitucionais e as regras processuais penais de estilo – sem prejuízo das possíveis considerações quanto às regras processuais cíveis, haja vista serem elas as de observância geral quando do tocante a procedimentos processuais no Direito Brasileiro.

Não obstante, quando desse abordar de uma Hermenêutica Crítica, lançaremos mão da teoria defendida por Lenio Luiz Streck, a por ele assim classificada, Crítica Hermenêutica do Direito (CHD): “Em largas linhas, a CHD caracteriza-se pela exploração do elemento hermenêutico que se apresenta no cerne do fenômeno jurídico colocando enfoque, como objeto privilegiado de análise, nos problemas relativos à decisão judicial.” (2014, p. 31) .

Outrossim, é de forte relevância o entendimento de que em se falando de uma hermenêutica jurídica clássica, que trabalhara sobre um paradigma demasiado engendrado do entender da norma jurídica, dizia-se que o juiz leria o texto normativo e, a partir da sua interpretação, extrairia a norma jurídica e, logo após, a adequaria ao caso concreto que se deslumbrava diante do mesmo. Frise-se que o juiz primeiramente interpretaria a lei e, só depois de ter a norma jurídica propriamente dita, a aplicaria ao caso concreto (STRECK, 2015, p. 78).

O que se deseja analisar sob um paradigma de uma hermenêutica jurídica crítica, é que, conforme Lenio Luiz Streck nos faz perceber, não existe esse “*inter criminis*” em relação ao momento de interpretar e o momento de aplicar, isso se dá instantaneamente, ou seja, acontece simultaneamente (2015, p. 78). O autor explica isso, *in verbis*: “(...) é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante)” (STRECK, 2015, p.14), ou seja, não é o juiz que, a partir de seu pensamento individual, dará a justa e adequada, tanto interpretação, quanto aplicação da lei; mais ainda, apregoa o mesmo doutrinador que: “Para a hermenêutica, (...)a história da filosofia é condição de possibilidade do filosofar, e a

representação sintático-semântica dos conceitos apenas a superfície de algo muito mais profundo” (STRECK, 2014, p. 45).

É aqui onde mora o busílis. Nesse *momentum* irreal entre interpretar e aplicar, é nesse chamado “*inter criminis*” do entender, que o magistrado acaba por interpretar o que quer e aplicar o que a seus olhos melhor convier, pois quando interpreta a norma já a adéqua ao caso concreto, usando para isso o seu próprio Eu, sua própria consciência.

Cabe, nesse contexto, trazer a este trabalho breve conto do mundo dos Deuses gregos, mais especificamente do Deus Hermes. Conhecido como o mensageiro dos Deuses, este fazia/faz a intermediação entre os Deuses e os homens, haja vista que aqueles não falavam a mesma língua destes, e Hermes fala/falava as duas.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck (2010, p.683): “Humans could never know directly what the gods said, but could only know what Hermes said regarding what the gods had said”.

Hermes era encarregado de comunicar os dois diferentes mundos e em, “(...) fulfilling the hermeneutic task, Hermes became powerful.” (STRECK, 2010, p.683), e não é difícil de entender o porquê. Ora, se Hermes poderia manipular a informação, só traduziria o que a ele fosse conveniente, ou modificaria o teor do que fora dito. Assim, era o Eu (a própria questão da filosofia da consciência – metafísica moderna) de Hermes que decidia o que seria dito e não dito.

Daí surge um problema já tão conhecido no ordenamento jurídico brasileiro, o da (in)segurança jurídica. Uma vez que cada juiz faz seu julgamento baseado em sua consciência, não há de se falar em segurança de julgamentos, pois que cada um entenderá e aplicará o direito à sua maneira.

Esse *modus* operante de entender e aplicar a norma é, embora não devesse sê-lo, majoritariamente embasado no conhecido princípio do “livre convencimento motivado” que tinha vigência expressa no Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 131 e, que com a vinda da lei 13.105 (Novo Código de Processo Civil), não mais possui menção expressa.

Streck (2015, p.33-34) alude que:

A partir do CPC 2015, portanto, não poderá o juiz ou tribunal proferir que a ‘decisão x foi exarada desse modo em face da livre apreciação da prova ou de seu livre convencimento’. Isso implica outra questão absolutamente relevante: por uma decorrência lógica, não poderá o juiz fundamentar a

decisão alegando que 'julgo segundo sua consciência', uma vez que isso seria reprimatizar a expressão derogada, conspurcando, assim, a vontade legislativa.

A partir do excerto retro, conclui-se que, pelo menos dentro da fundamentação, o magistrado não poderá deixar figurar como justificativa para concessão ou não de determinada feita, a máxima de que “o fiz pois entendo os fatos alegados como capazes de fundamentar a sentença que prolo”, como traz à baila novamente Streck: “(...) inadequado dizer diante do novo CPC, que: ‘o juiz pode dar a prova o valor que entender adequado’”. (2015, p.35).

Sabe-se que, conforme apregoa jargão popular jurídico “dá cabeça de juiz ninguém sabe o que se pode sair”. De fato, o juiz continuará a fazer seu julgo “particular” a partir de sua própria consciência, mas decidirá definitivamente o caso concreto embasado e consubstanciado no ordenamento jurídico vigente e, caso não o faça, sabê-lo-emos, pois que não pode mais se esconder atrás do velcro de uma fundamentação grudada em seu livre convencimento “motivado” de apreciar determinada demanda.

Em se considerando o Sistema Trifásico Brasileiro, que já foi devidamente pormenorizado no capítulo anterior, percebemos que, o juiz, quando da aplicação/dosimetria da pena, o fará com o fito de individualizá-la e, não obstante, deve fundamentá-la, obedecendo a mandamentos constitucionais respectivamente presentes no artigo 5º, inciso XLVI, e artigo 93, inciso IX e, este último, vale ressaltar, sob pena de nulidade. É nesse “dosar” da pena que pode o juiz se desequilibrar e, como consequência, julgar além ou aquém do que se deveria ter julgado.

Peguemos como exemplo, para melhor elucidar o que se pretende discutir, a “culpabilidade” que deve o juiz se ater quando da dosimetria penal, presente no já citado artigo 59. Nesse contexto, Cezar Roberto Bitencourt (2014, p.773) nos ensina que: “O dolo que agora se encontra localizado no tipo penal (...) pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica (...)”. Em outras palavras, o juiz terá de avaliar o grau de intensidade do dolo desempenhado pelo agente quando do cometimento do crime, o próprio *animus* do criminoso.



A partir daí, avaliará se é mais ou menos negativa a conduta do imputado. A questão que se demonstra controversa seria como o magistrado mediria esse *animus* do autor, que meios utilizaria para fazê-lo?

Ainda fazendo menção ao autor supracitado, este menciona que as circunstâncias do artigo em tela não foram pormenorizadamente definidas pelo legislador, que deixou a mercê da autoridade judiciária a sua identificação e aplicação no caso concreto (2014, p.772), abrindo-se, assim, grande possibilidade de discricionariedade e arbitrariedade por parte do juiz quando da aplicação dessa norma jurídica.

Fato incontroverso é que se existe essa preocupação sobre a valoração que o juiz dará quando da apreciação do dado artigo no quesito “culpabilidade”, ter-se-á preocupação mesma quando da análise das demais circunstâncias presentes na redação do mesmo, sem prejuízo dos demais artigos e redações de estilo do Sistema Penal Trifásico pois, como se demonstrará abaixo, se as redações de caráter subjetivo abrem espaço à arbitrariedade e/ou discricionariedade judicial, as de caráter objetivo dar-se-ão de forma análoga, infelizmente.

## **2.2 DA CRITICIDADE PROPRIAMENTE DITA**

### **2.2.1 DA APLICAÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL**

Sendo assim, passemos a analisar e discutir a questão do julgar do juiz, e até que ponto este pode ou não se dar, sobrepesando-se o processo penal, os princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal e, obviamente, os parâmetros que a nossa Carta Magna nos impõe.

Importante anotar que não o faremos exclusivamente no tocante ao artigo 59 do Código Penal Brasileiro, ou do quesito “culpabilidade” nele expresso, mas sim e concomitantemente, do Sistema Penal Trifásico como um todo.

*Ab initio*, prestemos atenção ao artigo 92 da Constituição Federal de 1988; nele veremos que, dentre outras disposições presentes está a que os juízes são órgãos do Poder Judiciário, por isso, torna-se derradeiro o entendimento de que os juízes não representam o Estado, eles o apresentam, ou seja, são o próprio Estado julgando.

É desse compreender que advém a ideia da imparcialidade jurisdicional, fato este também presente em nosso Documento Maior; todavia, percebe-se que, por

vezes, os juízes deixam de apresentar o Estado e passam a representar suas vontades dentro do processo, e aí tendem, fatalmente, ao injusto, tanto constitucional, quanto legal.

Para que não fiquemos exclusivamente no âmbito teórico, encaminhem-nos ao da prática, com o intuito de ilustrar melhor o que se infirma. Desta feita, direcionemos nossos olhares à súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), esta exara: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” Ocorre que, segundo o mandamento legislativo consoante no artigo 65 do Código Penal Brasileiro: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena:”. Deparamo-nos com um paradoxo nesse quesito, ao que se cabem algumas explicações.

De pronto, recorramos à nossa Carta Magna, em seu artigo 2º, que traz à tona a máxima de que: “São Poderes da União, **independentes** e **harmônicos** entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (grifo nosso), ora, se independentes o são, não deveria o Judiciário decidir sobre a não incidência do mandamento legislativo, vez que esse traz expressamente em seu bojo, a obrigatoriedade da atenuação da pena.

Ademais, se são harmônicos entre si e, em sendo assim, observam a historicidade (historicidade esta já bastante pormenorizada no capítulo anterior) pela qual passamos em todo o caminho percorrido até o desembocar no entender sobre Direito Penal que temos hoje, deveriam pois prestar atenção a seguinte lição: “As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do *iluminismo*, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o *Estado Absolutista*, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais” (BITTENCOURT, 2014, p. 49).

É partir daí que entenderemos que a liberdade é a regra e, a prisão, *ultima ratio*. Sob essa égide, perceber-se-á que no caso da súmula *in loco*, não se pode considerar, nessa quadra da história, que esta venha a restringir a possibilidade do magistrado de conceder o Direito Fundamental de ir e vir a quem, de direito, merece gozá-lo; ou a reduzir-lhe o tempo de restrição desse direito.

É (re)discutindo-se as súmulas, e a própria noção das jurisprudências utilizadas para legitimar/fundamentar a decisão de alguns magistrados que Streck (1999, p. 67) pondera:

Com esse tipo de procedimento, são ignorados o contexto histórico e social no qual estão inseridos os atores jurídicos (...), bem como não se indaga (e tampouco se pesquisa) a circunstância da qual emergiu a ementa jurisprudencial utilizada. Afinal de contas, se ‘a jurisprudência torrencialmente vem decidindo que...’, ou ‘a doutrina pacificamente entende que...’, o que resta fazer?

Ou seja, se o STJ assim entende, não podemos entender diferentemente; mais ainda, não é forçoso afirmar que o interpretar dessa norma penal da forma como se deu/dá pelo Egrégio tribunal superior é meramente processual, formal, engendradora, que não presta observância às garantias fundamentais, mas tão somente a uma questão matemática que se veria simplificada nos cálculos, uma vez não se podendo trazer a pena aquém do mínimo legal.

Nesse tanger do apreciar da norma jurídica em que nos encontramos no dado momento, vale a célebre frase de Ronald Dworkin (1986, p.1) quando diz: “What is law? Why it matters. It matters how judges decide cases.” E esta se torna de importante observância sobretudo quando o judiciário sub-roga-se em relação ao Poder Legislativo, não com a prerrogativa de que a Constituição (ou legislação infra) está sendo descomprimida, mas com a vontade de que ela venha a sê-lo.

Parece-nos que, dada a discussão acima, nem “harmonicamente”, nem “independentemente” funcionam os Poderes da nossa República.

Vejamos pois, agora, uma apelação criminal, onde fora enfrentada a ideia da súmula 231 do STJ, bem como o artigo 65 do Código Penal Brasileiro.

APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO. RECURSO DEFENSIVO PLEITEANDO A REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, MEDIANTE A APLICAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, RECONHECIDA PELO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. PRETENSÃO INCONSISTENTE. RECURSO A QUE SE NEGA

PROVIMENTO.1. Fixada a pena-base no seu grau mínimo, não há que se cogitar de diminuição abaixo de tal patamar por força da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, porquanto a incidência de mera atenuante genérica não pode conduzir a reprimenda aquém do limite mínimo, nos termos da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, entendimento esse já pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como restou patente no julgamento do Recurso Extraordinário 597270/RS, ao qual se atribuiu repercussão geral. 2. Recurso desprovido. (TJ-RJ - APL: 00625210820138190038 RJ 0062521-08.2013.8.19.0038, Relator: DES. JOSE AUGUSTO DE ARAUJO NETO, Data de Julgamento: 03/02/2015, SEGUNDA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 03/03/2015 12:28).

O que se torna impossível não analisar quando da leitura da decisão do TJ-RJ, é a facilidade que o Judiciário tem de entender um mesmo momento jurídico de formas tão distintas.

Ora, o juiz de primeira instância entendeu pela possibilidade de ser a pena trazida aquém do mínimo legal, já o tribunal superior, entende pelo extremo oposto, no mesmo caso concreto.

É a dinâmica da (in)segurança jurídica da qual falávamos alhures, não obstante tecíamos comentários acerca do artigo 2º da Constituição Federal; ambas essas perspectivas agora presentes num caso concreto, senão vejamos.

Veja que a Constituição Federal determina a harmonia dos três Poderes, bem como que sejam independentes, nos parece que alguns entenderam que poderiam ser desarmonizados em suas entranhas internas, pois que os órgãos do Poder Judiciário discordam de si mesmos quando da aplicação da norma penal; a norma penal que, por sua vez, torna-se de imperiosa análise pois que detém em seu bojo as sanções mais severas que um Estado Democrático de Direito pode aplicar a um cidadão e, dessa forma, não deveria ser tão evitada de incertezas.

Ademais, vale a ressalva da facilidade que tem o Poder Judiciário de se contradizer, de se reformar.

Não se quer aqui, contudo, macular o princípio constitucional implícito do duplo grau de jurisdição que, na definição de Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 689): “Pelo princípio do duplo grau de jurisdição, a sentença definitiva é reapreciada por órgão jurisdicional de hierarquia superior à daquele que realizou o primeiro exame.”

O mesmo autor traz à baila em sua obra a máxima de que o princípio supracitado possui o fito de evitar abusos de poder por parte do magistrado (2015, p.689), ao que nos parece bastante acertado. Porém, se bem observamos a decisão ora prolatada acima, veremos que a exegese deste princípio funcionou de forma a restringir direitos e a ferir a repartição dos três poderes, algo que não merece nem agasalho constitucional, nem nosso aval de uma justa aplicação do mesmo, vez que o magistrado de primeira instância não abusou de seu poder; ademais, vale frisar, que o fato de se ter a decisão judicial “reapreciada” não significa dizer que ela deverá ser, necessariamente, modificada.

Finalizando-se essa discussão, nas palavras de Lenio Luiz Streck (2014, p.37): “(...) não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta ‘superação’ da literalidade do texto legal.”

Vencido esse “impasse” da aplicação da pena quanto à incidência ou não da atenuante que venha a trazer a dosimetria aquém do mínimo legal, passemos a avaliar as demais nuances deste instituto – Sistema Trifásico.

## 2.2.2 DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Torna-se sempre imperioso a vinda de decisões judiciais a serem por nós analisadas pois, é através delas, que temos o real entendimento de como são julgadas as demandas que chegam ao nosso Poder Judiciário.

Sem mais delongas, nos atamos ao julgado que segue:

EMENTA - PENAL - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO - CONDENAÇÃO - DOSIMETRIA PENAL CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - CULPABILIDADE CONSEQUÊNCIAS - FASE INTERMEDIÁRIA - AGRAVANTE ATENUANTE - COMPENSAÇÃO - TENTATIVA - REDUÇÃO REGIME **Não se questiona a discricionariedade que o juiz possui no momento do calibre da pena base**, devendo justificar eventual acréscimo nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. **Ainda que se trate de questão controvertida no campo doutrinário, penso** que em se tratando de forma duplamente qualificada, uma delas serve para qualificar o tipo e a outra deve ser considerada como circunstância judicial desfavorável, respeitando a posição divergente que entende que a mesma deve ser considerada na fase intermediária como agravante se prevista em lei. No caso concreto, tratando-se de forma duplamente qualificada e sendo clara a culpabilidade excessiva do agente decorrente do próprio modus operandi, a demonstrar maior intensidade de dolo, o que repercute na maior reprovabilidade da conduta, deve a pena base se afastar do mínimo legal, mostrando-se, porém, exagerado o aumento operado pelo juiz de piso, até porque, em se tratando de forma tentada do homicídio, não vejo como considerar em desfavor do agente as consequências do crime. De outro giro, correta a compensação da agravante reconhecida com a atenuante da confissão espontânea, não havendo como, no caso concreto, uma preponderar sobre a outra, também estando adequada a redução mínima por força da presença da norma de extensão do artigo 14, II, do Código Penal. Recurso provido para redução da pena final.(TJ-RJ - APL: 00790277020138190002 RJ 0079027-70.2013.8.19.0002, Relator: DES. MARCUS HENRIQUE PINTO BASILIO, Data de Julgamento: 03/03/2015, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 06/03/2015 14:35) (grifo nosso).

É indiscutível que o ora relator dá seu parecer jurídico, ou seja, sua própria fundamentação do porque decide como está decidindo, baseado consubstancialmente no que pensa, daí o uso do verbo na primeira pessoa do singular: “penso”, onde o sujeito desinencial (ou com a nomenclatura “oculto” para os mais maduros) é o próprio excelentíssimo Desembargador.

Ocorre, conforme nos ensina Streck (2015, p.102) que:

O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos

(isto é, a sua transformação em normas) *não depende* – e não pode depender  
 – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete.

Ora, deixando-se um pouco de lado o cerne do que fora ou não decidido pelo eminente Relator, parece-nos, de pronto, inadequado, pois que fora fundamentado sobre o pilar do que ele pensa, não sendo essa a fundamentação a qual alude nossa Carta Magna, no já citado e explicado artigo 93, inciso IX; é o que Streck (2014, p.40) chamaria de: “(...) *direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada*” fato este que não se observa quando da decisão acima exarada.

Ademais, logo na abertura do parecer, o Desembargador-Relator menciona que é **inquestionável** a discricionariedade que tem o juiz quando do calibre da pena-base. Data vênua do *ex positis* de Vossa Excelência, e embasados no Direito Fundamental à Liberdade de expressão, direito este corolário de um Estado Democrático de Direito, e presente em nossa Constituição Federal artigo 5º, inciso IX, eis que questioná-lo-emos.

Embora seja, segundo o eminente Relator, inquestionável o calibrar da pena-base por parte do juiz, aquele primeiro deu parecer a reformar o que fora prolatado por este último, intrigante, não? O faz segundo o seu próprio ponto de vista de entender o Direito, pois como nos remonta Streck (2015, p. 107): “(...) em pleno paradigma da intersubjetividade (giro ontológico-linguístico), continua-se a *apostar na discricionariedade judicial para resolver o problema da decisão.*”

Extraí-se, dessa sutil análise, que a dosimetria da pena-base não é inquestionável; primeiro porque temos o direito de questionar os Poderes que nos governam e, segundo, pois o próprio Relator, pouco depois de dizê-la inquestionável, se contradiz, ao pedir pela reforma do *modus* como fora calculada pelo juízo *a quo*. Outrossim, percebe-se que não se é pela consciência do julgador que se obtém a norma jurídica válida.

Ademais, valendo-nos de uma última ressalva, parece que seria completamente cabível, dado o caso concreto, impetrar recurso, mais especificamente, *embargos de declaração*, presentes no Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 1.022, inciso I, que roga: “Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I – esclarecer obscuridade ou eliminar **contradição**” (grifo nosso) impetrá-lo-íamos com enfoque, como já destacado, na

contradição, pois que o Desembargador afirma ser inquestionável, mas modifica a dosimetria outrora fixada.

Encaminhemo-nos a uma discussão acerca da seguinte apelação:

EMENTA - PENAL - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E HOMICÍDIO TENTADO TRIPLAMENTE QUALIFICADO - CONDENAÇÃO - DOSIMETRIA PENAL CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - CONSEQUÊNCIAS - FASE INTERMEDIÁRIA - AGRAVANTE - ATENUANTE - TENTATIVA REDUÇÃO - CONTINUIDADE DELITIVA. **Não se questiona a discricionariedade que o juiz possui no momento do calibre da pena base, devendo justificar eventual acréscimo nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Ainda que se trate de questão controvertida no campo doutrinário, penso que em se tratando de forma duplamente qualificada, uma delas serve para qualificar o tipo e a outra deve ser considerada como circunstância judicial desfavorável, respeitando a posição divergente que entende que a mesma deve ser considerada na fase intermediária como agravante se prevista em lei.** A pena deve ser aplicada de acordo com o critério trifásico instituído pelo artigo 68 do Código Penal. Na primeira fase, de acordo com o artigo 59 do mesmo diploma legal, deve ser fixada a pena base; depois, examina-se a presença de agravantes e atenuantes; por último, devem ser observadas as causas de aumento e de diminuição de pena. Não há como se confundir qualificadora com causa de aumento de pena. Aquela deve ser observada na primeira etapa, eis que altera o balizamento penal; esta deve ser considerada na terceira fase, aumentando a pena intermediária antes fixada em quantitativo fixo ou variável. No caso presente, tendo em vista a forma triplamente qualificada do homicídio, o Juiz considerou uma delas para tipificar o delito, outra como circunstância judicial e a última como agravante genérica, adotando corrente doutrinária da qual ousou divergir, não sendo caso, porém, de anular a sentença. Penso que as demais qualificadoras teriam que ser consideradas na primeira etapa como circunstância judicial desfavorável. Opção do julgador que encontra arrimo em parte da jurisprudência e da própria doutrina. Por derradeiro, considerando ter sido reconhecida a forma continuada, certo que a pena maior que serviu de base para o aumento não se afastou do mínimo legal, não há que se falar em qualquer prejuízo para a defesa eventual equívoco no processo dosimétrico. Tratando-se de continuidade delitiva especial, o juiz, em tese, pode triplicar a pena, no caso somente duplicar em razão de dois crimes terem sido praticados, mostrando-se razoável, na hipótese, o aumento de metade estabelecido. (TJ-RJ - APL: 00010755720148190009 RJ 0001075-57.2014.8.19.0009, Relator: DES. MARCUS HENRIQUE PINTO BASILIO, Data de Julgamento: 25/08/2015, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 27/08/2015 15:24). (grifo nosso)

Não é preciso muito esforço para reparar que o parecer prolatado em 2014 (este último que citei) tem o começo idêntico ao outrora expedido, em 2013. É o Judiciário funcionando sob a máxima do *high-tech*: ctrl c / ctrl v.

Por mais que os pareceres sejam oriundos de um mesmo Desembargador-Relator, não se pode, como já elencado alhures, que admitamos fundamentações judiciais precárias, sobretudo uma cópia de uma anteriormente prolatada.

Atenhamo-nos ao compreender de que da observância, e das observações ora feitas neste último sub-tópico, torna-se nítido o caráter solipsista ao qual está arraigado o nosso Judiciário, e é em virtude dessa verdade, que cabe a anotação do professor Streck (2015, p.108): “A hermenêutica de cunho fenomenológico procura superar esse(s) equívoco(s), demonstrando que a ideia de razão prática se dissolve com a morte daquele que a sustenta: o sujeito solipsista.” Em outras palavras, para melhor elucidar o que se deseja explicar, não deve/nunca deveria ter sido tido como fundamento para uma decisão/parecer judicial, a consciência do Eu do juiz que decide; do juiz protagonista que faz o que faz pois sabe que é-se o certo a fazer.

### 2.2.3 DO COMENTÁRIO ACERCA DOS CASOS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO

Pois que se falou em circunstâncias judiciais, e em atenuantes, se demonstra necessário tecer comentários acerca dos casos de aumento e de diminuição, bem como ter um olhar crítico quanto a estes.

Vamos a um destaque da decisão judicial que segue:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RESISTÊNCIA. ALEGADA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. ANULAÇÃO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DE 1/4 (UM QUARTO), NA PRIMEIRA FASE, EM RAZÃO DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO CARACTERIZADORA DE MAUS ANTECEDENTES. RAZOÁVEL DIMINUIÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO), A TÍTULO DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República. (...) **E a diminuição de 1/6 (um sexto), pela confissão espontânea, encontra-se absolutamente dentro dos parâmetros aceitos pela jurisprudência das Cortes Superiores.** 6. Ordem de habeas corpus não conhecida. (STJ - HC: 264981 SP 2013/0042743-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 25/03/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/03/2014) (grifo nosso)

Mais uma vez, encontramos como justificativa para, no caso em tela,



“diminuição de 1/6 pela confissão espontânea” fundamentada sob a égide que assim entende a “jurisprudência das Cortes Superiores”.

Para que não percamos nem arrimo, nem rima: “Sob várias roupagens, as diversas teorias ou correntes fortaleceram o protagonismo judicial(.). Em *terrae brasilis*, esta problemática é facilmente notada no impressionante crescimento de uma cultura jurídica cuja função é reproduzir as decisões tribunalícias” (STRECK, 2015, p. 104).

Poder-se-ia ser-nos indagado o seguinte: Não queriam um Judiciário conciso? Coeso? Coerente? Que reclamam agora que eles admitem que seguem uma mesma linha de entendimento?

Obviamente, o acima indagado é tudo que mais desejamos, contudo, não a todo custo, afinal de contas, não se trata aqui de um principado maquiaveliano, onde os fins justificam os meios.” (MAQUIAVEL, p. 104). Não se pode conceber um Poder Judiciário coerente, que atua em uníssono, quando suas decisões são fundamentadas, exclusivamente, como é o caso concreto acima elucidado, no que já fora decidido anteriormente por uma instância de piso superior, sobretudo em se falando de dosimetria penal. Ou seja, manteremos um cidadão mais ou menos tempo privado do seu Direito Fundamental de ir e vir? Depende do que decidiu o Tribunal Superior – essa não pode ser/ não é uma resposta aceitável.

É nesse diapasão que nos leciona Streck (2014, p. 41):

Ora, Gadamer foi decisivo ao demonstrar que a experiência hermenêutica da interpretação(...) é um acontecimento marcado desde sempre por uma compreensão fundada, por sua vez, em uma autocompreensão do interprete mergulhado em um mundo compartilhado.

E é a partir desse entender hermenêutico que se deve advir decisões coesas por parte do Judiciário, e não da ideia de que um Tribunal Superior assim julgou determinada demanda, logo, de forma análoga, manifestar-nos-emos no mesmo sentido.

Do ora supracitado, percebemos que ainda que se tratando de dosimetria penal, que é, trocando em miúdos, o tempo em que o cidadão ficará privado de seu Direito Fundamental de ir e vir, ainda há muitas decisões, no mínimo, questionáveis, por parte do Poder Judiciário – muito embora o ilustre Desembargador acima referenciado entenda que sua opinião é inquestionável.

Feita a exposição do que seja uma hermenêutica crítica no que tange à aplicação da pena, passemos a avaliar o terceiro e último seguimento deste trabalho

que, diga-se de passagem, não abrirá mão nem de um entender hermenêutico – pois que isto não seria possível dentro de um ambiente textual; nem tampouco da criticidade, pois que inerente a esta obra.

### **3. DAS PAREDES TRANSPARENTES AO ATIVISMO JUDICIAL**

De pronto, é necessário se dizer que um estudo acerca do ativismo judicial e dos limites ao poder de julgar se torna mandatório considerando o contexto da aplicação da pena, pois estes dois institutos são de fundamental observância quando se quer aplicar uma pena justa, nos ditames de um Estado Democrático de Direito.

Em tendo sido feitas críticas hermenêuticas quanto as decisões prolatadas por parte do Poder Judiciário Brasileiro no contexto do Sistema Trifásico, encaremos agora o contexto pelo meio do qual estas muito ganham oportunidade de se dar, o ativismo judicial.

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (2008, p.167) a conceituação de ativismo judicial:

(...) está associada a uma atuação mais intensa do Poder judiciário, na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos dois poderes. O ativismo judicial é caracterizado: a) pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, e independentemente da manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas e abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Veremos, logo mais, a partir da continuação de análises de decisões judiciais, que o ativismo não se dá intrinsecamente nos moldes que conceitua o doutrinador e ministro supracitado.

Dar-se-ia, muito mais bem delineado, na visão defendida por Streck quando do abordar da própria CHD, onde este demonstra (e seguimos seu entendimento, como já bem explanado) o decisionismo solipsista, e o próprio caráter de protagonista que o Poder Judiciário assume quando do emitir de suas decisões/pareceres/relatórios.

Já as paredes transparentes, devem ser os limites em relação ao caminho pelo qual o magistrado terá de seguir quando do julgar das demandas que a ele são/foram/serão encaminhadas; são transparentes para que o juiz sempre possa

lançar um olhar para a história, para a sociedade, e para os demais institutos que permeiam o todo de um Estado Democrático de Direito, sem se entorpecer com estes ao ponto de serem o seu parâmetro de julgar.

Esses limites ao caminho que se deve percorrer são, justamente, o nosso ordenamento jurídico, entendendo-se este como bem explicitado por Bobbio (2011, p.

43) quando trata que: “(...) a norma jurídica é aquele que pertence a um ordenamento jurídico, remetendo manifestamente o problema da determinação do significado de ‘jurídico’ da norma para o ordenamento.” E é em se percebendo e compreendendo o ordenamento jurídico, que deveria se dar a aplicação do direito; e, instituto máximo do nosso ordenamento seria, mormente, a nossa Constituição Federal.

Destarte, é clarividente afirmar que: “(...) o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*).” (STRECK, 2015, p. 96), contudo, “O sentido não está à nossa disposição!” (STRECK, 2015, p. 96).

Ou seja, o juiz interpreta a norma jurídica; o juiz tem que estar atento ao *momentum* em que a sociedade se encontra; e está sempre vinculado à Constituição (instrumento maior do nosso ordenamento jurídico).

### **3.1 DA AUTORIZAÇÃO DA PRISÃO NA SEGUNDA INSTÂNCIA.**

Dado o *ex positis*, ater-nos-emos, neste momento, a uma definição que o Supremo Tribunal Federal (STF) resolveu no que tange a possibilidade de o réu já começar a execução da pena quando da ratificação da sentença condenatória pela segunda instância judicial. Mitigando-se, assim, o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII.

Esta questão encontrava-se “adormecida” desde o *habeas corpus* 84078, de 5 de Fevereiro de 2009. Porém, em 17 de Fevereiro deste ano, no julgamento do *habeas corpus* 126293, por uma votação de 6 x 5, o STF, ao negar provimento a este, entendeu que o começo da execução da pena após a confirmação da sentença de primeiro grau pelo Tribunal recursal colegiado, não fere o princípio da presunção de inocência.

Nas palavras do voto do Ministro Relator Teori Zavascki: “ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”.

É de bom tom que examinemos o que diz, também, o texto constitucional, no que tange à presunção de inocência, que se pese: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. E é em virtude desse claro manifesto constitucional que, muito embora nas palavras do ministro acima citado, a “responsabilidade criminal do acusado” se dê no âmbito das primeiras instâncias, a sua culpabilidade só pode ser definitivamente concluída após o trânsito em julgado, consoante o mandamento constitucional em voga.

Para que possamos demonstrar que o que se diz é bastante possível e legal, avaliemos o acertado julgamento feito pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), também concernente a um *habeas corpus*:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VERIFICAÇÃO. 1. Toda prisão processual deve ser calcada nos pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. A determinação da prisão, após o julgamento da apelação, mas antes do trânsito em julgado, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal. 3. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de seu encarceramento processual (STJ - HC: 72726 SP 2006/0276683-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 20/11/2007, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10.12.2007 p. 448)

Lembre-mos que, no segundo capítulo, fizemos menção acerca da (in)segurança jurídica que paira sobre nós, bem como a falta de harmonia dentro da própria perspectiva interna de nosso Poder Judiciário, sem prejuízo da análise de que cada juiz faz o julgamento conforme sua consciência quando do interpretar da norma jurídica e, infelizmente, parece que tudo isso se demonstra derradeiramente verdadeiro.

Ora, este último julgado reflete claramente a correta aplicação do princípio da presunção de inocência, pois que a redação do mesmo não nos deixa dúvidas sobre

quando se encerra a presunção de inocência do cidadão em um Estado Democrático de Direito. Outrossim, como também já abordamos neste trabalho, torna-se ainda mais flagrante o caráter solipsista e arbitrário do Poder Judiciário, quando este relativiza normas objetivas e de redação clara, tal qual o referido artigo 5º, inciso LVII, e como também fora o caso do artigo 65 do Código Penal Brasileiro.

Ver-se-á a discrepância do entendimento judicial sobre casos semelhantes quando da análise da decisão do *habeas corpus* 126292, *in verbis*:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS.  
 PRINCÍPIO  
 CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. HC 126292 / SP - SÃO PAULO, HABEAS CORPUS Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI  
 Julgamento: 17/02/2016 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Além da discrepância, que é notória, indagamos o porquê da referida decisão, vez que para contrariar uma norma de caráter objetivo, deveria se ter uma justificativa/fundamentação minimamente plausível, porém, pelo que se extrai da análise dessa decisão, nem justificativa, ainda que precária, se teve.

Como também já discutido nesta obra, é o Eu (no caso, dos juízes) decidindo o que é o Direito, sobretudo em se considerando as máximas do Desembargador Relator do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nas decisões que analisamos no segundo capítulo: “penso” e “não se questiona”.

No dizer de Streck (1999, p. 214): “Constituição significa *constituir* alguma coisa; é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é co-produtora. Desse modo, violar a Constituição ou deixar de cumpri-la é descumprir essa *constituição* do contrato social”, mais ainda, segundo o mesmo autor, a violação de um princípio é algo ainda mais grave do que uma norma constitucional propriamente dita (1999, p. 216) e, foi justamente nessa “agravante”, que incidiu o Ministro Teori Zavascki, devidamente acompanhado daqueles que seguiram seu voto; é lamentável.

Caíram pois em dois erros: o primeiro, a mitigação do princípio da inocência; e o segundo, a falta de uma fundamentação cabível, como também preconiza nossa Constituição Federal de 1988, no já citado artigo 93, inciso IX.

Cabe-nos também trazer novamente à tona a questão do livre convencimento motivado do juiz que, embora não mais consubstanciado no Código de Processo Civil vigente, nos parece estar sendo usado com toda sua efetividade, pois que o Poder Judiciário entende, como no exemplo citado, o Princípio da presunção de inocência de maneira flagrantemente distinta.

É fato que isto não se dá exclusivamente em virtude da aplicação do princípio que não mais deveria ser evocado, mas os vestígios que este deixou corroboram demasiadamente para tanto; e, usando-se dessa flexibilização forçosa de um princípio, ficamos sempre à mercê, como já bem discutido, de sobre como o juiz, desembargador, ou ministro entenderá a aplicação deste ou daquele princípio em cada caso, podendo estes terem valorações completamente diferentes a depender do entender do juiz – não podemos ser reféns da consciência daquele que nos julga.

### **3.2 DA INCIDÊNCIA DE DUAS OU MAIS QUALIFICADORAS**

Dado o breve comentário acerca da autorização da execução da pena a partir da condenação em segunda instância, passemos a analisar a incidência de duas ou mais qualificadoras quando da aplicação da penal no Sistema Penal Trifásico.

*Ab initio*, é importante que se retrate que não o fizemos quando da elaboração do segundo capítulo, pois acreditamos que ficaria mais bem esculpido tal tema após comentário acerca do ativismo judicial e dos limites que possui o julgador na hora do julgar das demandas, senão vejamos.

Antes de tratar diretamente sobre o tema ao qual este capítulo se refere, entendamos a diferença – muito bem lapidada – entre: *qualificadoras em sentido amplo* e *qualificadoras em sentido estrito*.

Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 468) afirma que as *qualificadoras em sentido amplo*: “são causas obrigatórias ou facultativas de aumento ou de diminuição da pena em quantidade fixadas pelo próprio legislador, porém sem estabelecer um mínimo e um máximo para a pena” são os causas de aumento e de diminuição da

pena, que foram tanto bem explicados na redação do primeiro capítulo, quanto demonstrada sua aplicação no segundo.

Já as *qualificadoras em sentido estrito* segundo o mesmo autor (2015, p. 468): “São circunstâncias legais que estão jungidas ao tipo penal incriminador, aumentando ou diminuindo a pena obrigatoriamente, dentro de um mínimo e um máximo previstos pelo legislador”. Como exemplo de tais qualificadoras, ou privilégios, pode-se citar, a começar pelas primeiras: o artigo 121, parágrafo 2º; artigo 155, parágrafo 4º; e, falando-se do segundo: artigo 317, parágrafo 2º; artigo 251, parágrafo 1º.

E é com o escopo de não deixar dúvidas quanto a diferença entre casos de aumento de pena e qualificadoras e privilégios que Nucci (2015, p. 469) nos ensina que:

A diferença fundamental entre a causa de aumento e a qualificadora consiste na alteração feita pelo legislador dos valores mínimo e máximo no caso desta última. Enquanto para a causa de aumento existe um aumento adicionado à pena prevista para o tipo básico (...), no caso da qualificadora o legislador altera a *faixa de fixação da pena*.

Vencido essa noção primeira da diferenciação entre os institutos das qualificadoras, passemos a analisar como a jurisprudência se comporta quando do tocante a presença de duas ou mais qualificadoras em relação ao mesmo tipo penal, já alude Nucci (2015, p. 469) que: “(...) há polêmica na doutrina e na jurisprudência a respeito do que fazer quando houver duas ou mais qualificadoras para o mesmo crime”.

Como é de estilo neste trabalho, procederemos sempre a uma análise crítica quanto as decisões proferidas pelos nossos tribunais, ainda mais agora que, notoriamente, a questão que se nos apresenta comporta um divergência robusta.

Começemos pelo avaliar da seguinte apelação criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO - MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA - RECONHECIMENTO DE UMA QUALIFICADORA COMO AGRAVANTE GENÉRICA - POSSIBILIDADE. Se reconhecidas duas ou mais qualificadoras no homicídio, somente uma delas enseja o tipo qualificado, enquanto as outras podem ser consideradas como circunstâncias agravantes. V.V.P.  
EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO TENTADO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO DE TESE SUSTENTADA PELA ACUSAÇÃO. QUALIFICADORAS CONSIDERADAS COMO

AGRAVANTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. De acordo com o entendimento sumulado neste Tribunal, "a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes", sob pena de se negar vigência ao princípio constitucional da soberania do Tribunal do Júri. 2. **A existência de duas ou mais qualificadoras no delito não autoriza o julgador a adotar a segunda e demais como circunstâncias agravantes genéricas ou majorantes, devendo esse aumento ser decotado, pois o legislador não conferiu ao magistrado qualquer discricionariedade no processo de individualização das penas do agente, devendo a gradação da penabase ser fixada entre o limite mínimo e máximo estabelecido para o delito qualificado com uma ou mais qualificadoras, pois estas integram o tipo penal.** 3- Recurso parcialmente provido. (TJ-MG - APR: 10024121750541001 MG, Relator: Antônio Armando dos Anjos, Data de Julgamento: 06/05/2014, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 16/05/2014). (grifo nosso)

Da parte destacada, embora presente como uma possibilidade jurídica da aplicação de uma ou mais qualificadoras (NUCCI, 2015, p. 469), não nos parece a mais acertada, uma vez que pune o agente que pratica um crime com a incidência de duas ou mais qualificadoras da mesma forma que punir-se-ia um agente que tivesse incidido em apenas uma, não havendo assim a proporcionalidade entre os delitos e as penas – pensamento este já também bastante elucidado quando do primeiro capítulo desta obra.

Fato que nos intriga, conforme será demonstrada abaixo, é quando uma decisão judicial é prolatada e fundamentada de forma idêntica a uma anterior - parece-nos que com o fito de manter-se uma coesão dentro do Poder Judiciário - porém, como já também aludido nesta mesma obra, mas não custa abordar novamente, “ctrl c” e “ctrl v” não são meios suficientes de individualização e fundamentação da pena em nosso Estado, consoante mandamento Constitucional, prestemos bastante atenção na decisão que se segue:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO TORPE. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO DE UMA QUALIFICADORA COMO AGRAVANTE GENÉRICA.

POSSIBILIDADE. REPRIMENDAS ADEQUADAS. Se reconhecidas duas ou mais qualificadoras no homicídio, somente uma delas enseja o tipo qualificado, enquanto as outras podem ser consideradas como circunstâncias agravantes V.V.P. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO TENTADO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO DE TESE SUSTENTADA PELA ACUSAÇÃO. QUALIFICADORAS CONSIDERADAS COMO MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE.. 1. De acordo com o entendimento sumulado neste Tribunal, "a cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes", sob pena de se



negar vigência ao princípio constitucional da soberania do Tribunal do Júri. 2. A existência de duas ou mais qualificadoras no delito não autoriza o julgador a adotar a segunda e demais como circunstâncias agravantes genéricas ou majorantes, devendo esse aumento ser decotado, pois o legislador não conferiu ao magistrado qualquer discricionariedade no processo de individualização das penas do agente, devendo a gradação da pena-base ser fixada entre o limite mínimo e máximo estabelecido para o delito qualificado com uma ou mais qualificadoras, pois estas integram o tipo penal. 3. Recurso parcialmente provido. (TJ-MG - APR: 10024062273933002 MG, Relator: Antônio Armando dos Anjos, Data de Julgamento: 28/05/2013, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 07/06/2013)

Não bastasse a desproporcionalidade quando da própria aplicação da pena, não poderia nos passar despercebido a triste verdade de que, mais uma vez, como ocorrera alhures com o TJ-RJ, ouve a presença da máxima do *high-tech*, com o Judiciário, novamente, deliberando sobre o Direito Fundamental do cidadão, com a simples cópia de uma decisão outrora prolatada.

Entendemos que ainda que as qualificadoras do homicídio tenham sido as mesmas, a cópia de uma decisão não se pode considerar como válida, sobretudo se sobrepesarmos a individualização da pena, vez que, ainda que sejam casos semelhantes, não o são, absolutamente, idênticos, embora assim estejam sendo tratados; maculando dessa forma, a individualização da pena.

Percebe-se também, que parece comum da prática dos tribunais recursais, sobretudo os de segunda instância analisados neste obra, uma paixão visceral nos comandos de cópia e cola possibilitados pela tecnologia moderna.

É por decisões como estas, que ficamos estupefatos quando o STF relativizou o princípio da presunção da inocência, presente no sub-tópico anterior, vez que se se pensar que os tribunais recursais estaduais estão apenas copiando e colando decisões, torna-se temerária o início do cumprimento da pena a partir da condenação oriunda, justamente, dessas ditas segundas instâncias.

Nem tudo, contudo, são mazelas, vejamos o *habeas corpus* que segue:

**EMENTA : HABEAS CORPUS. JÚRI. QUESITAÇÃO. NULIDADES. PRECLUSÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO COM BASE NA EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS, UMA DELAS CONSIDERADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. LEGALIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. I – A eventual nulidade na formulação dos quesitos no Tribunal do Júri é atingida pela preclusão quando não alegada na sessão de julgamento (art. 571, VIII, do Código de Processo Penal). II – **Havendo mais de uma qualificadora, é legal a consideração de uma delas como circunstância judicial e a consequente fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal do crime de homicídio qualificado. Do contrário, seriam apenados igualmente fatos ofensivamente diversos, - crimes praticados com incidência de uma só qualificadora e****

**aqueles praticados com duas ou mais qualificadoras.** Precedentes. III – Ordem denegada. (STF - HC: 95157 RJ, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 16/11/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-01 PP-00187)

Fica claro quando do direcionamento do olhar à decisão acima prolatada que não se quer, a partir do uso da segunda qualificadora em diante como circunstância judicial desfavorável ao réu, proceder a um caráter meramente punitivo-vingativo da pena, mas, ao contrário, tratar mais brandamente aqueles que incorrem em condutas menos reprováveis se comparadas aos que praticaram atos mais culpáveis.

O que não se pode fazer, como restará comprovado abaixo, é considerar a presença de uma mesma qualificadora como que capaz de fundamentar a mudança de faixa na aplicação da pena, e também uma circunstância judicial desfavorável em relação ao réu, acarretando-se assim, um *bis in idem*, reparemos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. UTILIZAÇÃO DE MESMA QUALIFICADORA POR DUAS OPORTUNIDADES. BIS IS IDEM. ILEGALIDADE. READEQUAÇÃO DA PENA. APELO PROVIDO. 1. O posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores quanto à fixação da pena para os crimes de homicídio qualificado, quando presentes duas ou mais qualificadoras, é a de que o magistrado pode utilizar uma destas para qualificar o delito e as outras para elevar a penabase, em qualquer parâmetro entre a pena mínima e a máxima abstratamente cominadas, desde que fundamentadamente, ou como agravantes durante a segunda fase da dosimetria da pena. 2. **O equívoco do magistrado sentenciante reside no fato de que este utilizou uma qualificadora do delito para qualificar o crime, e conforme suas próprias palavras, Â“duas qualificadorasÂ” para exasperar a pena-base em 03 (três) anos, portanto, utilizou-se por duas oportunidades uma das qualificadoras, gerando, de fato, ilegal bis in idem.** 3. Pena definitiva, readequada, para 20 (vinte) anos de reclusão. Recurso conhecido, e, provido. Decisão unânime. (TJ-PI - APR: 00003780720108180073 PI 201500010019802, Relator: Des. Joaquim Dias de Santana Filho, Data de Julgamento: 07/10/2015, 2ª Câmara Especializada Criminal, Data de Publicação: 15/10/2015) (grifo nosso)

No caso concreto relatado acima, o magistrado de primeira instância usou uma qualificadora para a mudança do máximo e mínimo do *quantum* em abstrato quando da aplicação da pena e, logo após, considerou esta mesma qualificadora e mais uma, para considerar ambas como circunstâncias desfavoráveis ao réu.

Em sendo assim, a reforma da decisão merece agasalho constitucional, pois que vedou a implicância de um *bis in idem* em relação a reconsideração de uma das qualificadoras como também capaz de legitimar, posteriormente, uma circunstância judicial desfavorável.

Fica claro, após a análise das decisões supracitadas, que entendemos que quando há a presença de mais de um qualificadora, uma deve ser utilizada para a devida mudança de faixa quando da aplicação da pena e as demais, ou a excedente, como circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu; é tácito afirmar que, uma vez sendo consideradas circunstâncias judiciais a serem analisadas pelo magistrado, esse detém, como já explicitado tanto no primeiro capítulo, quanto no segundo, uma alta possibilidade de assujeitar a dosimetria destas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a leitura da obra acima, cabem algumas elucidações finais, com o intuito de expor os principais pontos e conclusões às quais chegamos.

De pronto, cabe trazer à baila, a noção de historicidade do Direito Penal. Noção esta que não podemos, jamais, nos esquecer, pois que nos remonta a períodos usurpadores de direitos fundamentais, os quais não permitiremos que voltem a nos assombrar.

É nessa levada que nos pronunciamos acerca de algumas decisões prolatadas pelos órgãos de nosso Poder Judiciário que, como restou-se comprovado, muitas vezes se comportam de maneira, no mínimo, questionável.

E assim o são pois parecem ignorar – pois que acreditamos que saibam da existência – os mandamentos constitucionais de um Estado Democrático de Direito moderno e, quando o fazem, reacendem a chama de um passado triste que nos afrontara alhures.

Nesse diapasão, muito aludimos sobre o *modus* como o juiz deve julgar as demandas que a ele chegam, esse foi o fator fulcral em nosso trabalho, pois que permeamos os excessos cometidos pelo Judiciário, bem como apontamos os limites que tem o julgador quando do julgar.

Não se pode admitir, ainda nessa quadra da história, decisões que confrontam os mandamentos constitucionais, ou que os relativizem de maneira irresponsável, pois estes são os que oportunizam uma condição de ser cidadão dentro de um Estado Democrático; romper com estes é findar vínculo com a própria democracia.

Este tralho fez o recorte acerca da aplicação da pena no Sistema Trifásico Brasileiro e seus desdobramentos práticos, ou seja, como os tribunais se comportam quando da dosimetria penal.

O tema torna-se pertinente pois a dosimetria penal cuidará do lapso temporal em relação ao qual o indivíduo terá tolhido seu Direito Fundamental de ir e vir, por isso, é necessário um olhar cuidadoso nas regras da dosimetria penal, sempre buscando, sobretudo quando as normas abrirem demais à subjetividade do magistrado, os mandamentos constitucionais; estes devem ser os norteadores de toda e qualquer decisão judicial.

É percebendo o espírito da nossa constituição, que chegamos à conclusão de que a liberdade é a regra, e que a prisão é a exceção, ou seja, a prisão é a *ultima ratio* em um Estado Democrático de Direito moderno. Porém, como bem abordado neste trabalho monográfico, medidas como a mitigação do princípio constitucional da presunção de inocência, mormente quando efetivado por aqueles que deveriam ser os guardiões da nossa Carta Magna, tem o condão de também afastar a prisão da exceção e, cada vez mais, aproximá-la da regra.

Atos como estes é que nos empenham a promover a discussão concernente aos limites do poder de julgar, pois que quando os juízes emitem decisões de forma solipsista, entendendo a norma à sua maneira, prejudicam, se não maculam completamente, a nossa democracia.

Cabe a ressalva de que, ainda que se considerando a liberdade regra, a prisão é instituto completamente possível em um Estado Democrático, e respaldado em normas tanto constitucionais como infraconstitucionais; o que não se pode admitir é que cada juiz, a partir de seu caráter assujeitador do interpretar da norma jurídica, julgue casos consubstanciados em suas consciências, pois que não é típico de um Estado Democrático de Direito admitir cidadãos tolhidos de seus direitos fundamentais embasado no entender jurídico de um julgador.

Portanto, é necessário o respeito às normas constitucionais; o cuidado quando do medir da dosimetria penal; um olhar sereno ao passado, para que não nos esqueçamos das atrocidades que podemos cometer uns contra os outros; e uma busca incessante e inebriante pela justiça.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, L.R.. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: edipro, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal,1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.** Código Penal.

BITENCOURT, C.R. **Tratado de Direito Penal.** Parte Geral 1. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECCARIA, C.B. **Dos Delitos E Das Penas.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, R. **Law's Empire.** London: The Belknap Press of Harvard University, 1986.

ESTEFAM, A.A.L. **Direito Penal 1.** Parte Geral. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAQUIAVEL, N. **O Príncipe.** Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

NUCCI, G.S. **Manual de Direito Penal.** 11° ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REGIS, L.P. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral e Parte Especial. 14° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROSSEAU, J.J. **Do Contrato Social.** Trad. Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013.

STRECK, Luiz Lenio. Deconstructing the Models of Judges: Legal Hermeneutics and Beyond the Subject-Object Paradigm. In: ***Nevada Law Journal***: Vol. 10: Iss. 3, Article 7. Disponível em: < <http://scholars.law.unlv.edu/nlj/vol10/iss3/7> > acesso em: 12 mar.2016 às 17:43h.

STRECK, L.L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**, 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.