

Título: Critérios objetivos para dosimetria da *pena-base* no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri.

Nome do Autor: Ythalo Frota Loureiro. Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Ceará. Titular da 4ª Promotoria de Justiça do Júri da Comarca de Fortaleza/Ce. E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br.

I. Introdução

A dosimetria da *pena-base* é um tema negligenciado na preparação para o julgamento dos crimes de competência do Tribunal do Júri. Tal como ocorre com o ressarcimento dos danos causados à vítima (art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal – CPP), a dosimetria da *pena-base* é pouco explorada em fase preliminar, uma vez que prepondera a preocupação por indícios relacionados à autoria e aos fatos que possam fundamentar das circunstâncias qualificadoras e de aumento ou de diminuição da pena.

Há também a situação em que as circunstâncias judiciais podem ser concretamente apontadas nos autos, mas são simplesmente ignoradas. Não raro, na fase de dosimetria da pena, os juízes usam a expressão genérica de que “as circunstâncias são próprias do tipo penal” para justamente não ter que explicitá-las, seja por omissão ou por mero desconhecimento. Neste caso, os juízes preferem adotar a política da *pena-mínima*, alegando que é a única metodologia que, de fato, funciona, mas, secretamente, assim preferem agir para não comprometerem a própria imparcialidade diante da decisão de mérito do Tribunal do Júri quanto à culpabilidade do réu, que nada fundamenta e permanece um mistério. Como bem explicitou Dworkin (2016, p. 93), “No direito e na moral, particularmente, o conselho de evitar questões espinhosas mediante a tentativa de ver ‘o que funciona’ não é apenas inútil. É incompreensível.” Assim, é preciso que o juiz assuma alguns compromissos morais e jurídicos, entre os quais, de bem fundamentar a pena-base, da mesma forma que cabe às partes (e ao próprio juiz, de forma suplementar) procurar os indícios que possam fundamentar as circunstâncias judiciais do crime.

A Constituição Federal (CF/88), no seu art. 5º, inciso XLVI, estabelece que “a lei regulará a individualização da pena”. O art. 59 do Código Penal (CP) determina que o “juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...]” Tratam-se de 8 (oito) circunstâncias judiciais que podem ser consideradas para fixação da pena dentro do intervalo da sanção penal prevista pela lei. O art. 68, do CP ainda determina que “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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

Aliás, desde a investigação criminal, o CPP determina que sejam averiguadas “a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.” (art. 6º, inciso, IX, do CPP). Assim, a busca por tais informações é obrigatória e gera conseqüências diretas na dosimetria da pena-base.

No caso do crime de homicídio simples a pena é de reclusão, de seis a vinte anos e, no homicídio qualificado, reclusão, de doze a trinta anos (arts. 121, *caput* e art. 121, §2º, do CP). Assim, existe um intervalo de quatorze anos entre a pena mínima e máxima para o crime de homicídio simples, e um intervalo de dezoito anos, no homicídio qualificado.

As circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio somente podem ser consideradas como circunstâncias judiciais ou causas de aumento de pena se houver mais uma circunstância qualificadora, pois uma delas já define o crime qualificado. Como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), “No delito de homicídio, havendo pluralidade de qualificadoras, uma delas indicará o tipo qualificado, enquanto as demais poderão indicar uma circunstância agravante, desde que prevista no artigo 61 do Código Penal, ou, residualmente, majorar a pena-base, como circunstância judicial. 2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1644423/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 17/03/2017).

No entendimento do Supremo Tribunal Federal, “O Juiz deve, contudo, no cálculo da pena-base, atentar para a possibilidade da ocorrência de *bis in idem* e de violação dos veredictos do Tribunal Júri, mercê de revalorização de circunstância judicial expressamente prevista em lei como qualificadora ou privilégio, agravante ou atenuante ou causa de aumento ou diminuição.” (HC 108146, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012, DJe de 22/06/2012). As qualificadoras somente indicam o homicídio qualificado, de modo que os juízes já partem do patamar mínimo de seis ou doze anos, deixando a critério do juízes revalorizar as demais qualificadoras eventualmente existentes como circunstâncias judiciais. As demais circunstâncias judiciais que poderiam ser exploradas são facilmente esquecidas ou ignoradas na fase de investigação criminal ou de instrução preliminar, impossibilitando o juiz apontar, de forma concreta, uma pena mais adequada ao caso concreto.

Vê-se que, se o objetivo do art. 5º, inciso XLVI, da CF/88 era proporcionar segurança jurídica na individualização da pena, o legislador pátrio fixou critérios muito largos, que conferem ao juiz uma margem enorme de discricionariedade. O legislador evitou estabelecer critérios objetivos para a fixação da *pena-base*, enquanto que as partes podem deixar de assumir o protagonismo de explorar as circunstâncias judiciais eventualmente existentes durante a instrução processual. Em consequência, são raros os casos em que, diante do mesmo caso, dois juízes conseguem oferecer a mesma pena, decidindo sempre conforme a própria consciência.

O presente trabalho tem como objetivo descobrir porque isto acontece e se, de fato, os tribunais podem construir soluções para que o princípio de individualização da *pena-base* seja aplicado de forma mais eficaz e mais uniforme, em se tratando de crimes de homicídio.

II. Justificação

Como explica Bulos (2005, p. 270), “Pelo princípio constitucional criminal da individualização punitiva, a pena dever ser adaptada ao condenado, consideradas as características do sujeito ativo e do crime.” A individualização da pena está em consonância com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88) e visa a prevalência dos direitos humanos. De fato, o indivíduo não pode ser tratado como objeto do processo penal e da política de prevenção e repressão à criminalidade. Por esta mesma razão, é desaconselhável ao juiz adotar ideologias próprias. O juiz não pode ser adepto da *pena-padrão* ou das perniciosas políticas de *pena-mínima* ou de *pena-máxima*. Como ensina Nucci (2014):

A busca da pena justa é missão constitucional do juiz, dela não se podendo afastar sob qualquer pretexto, evitando os males da pena-padrão, seja ela fixada no mínimo, seja no máximo. (...) A pena estabelecida nos variados termos médios deve ser destinada à maioria dos autores de infração penal, porquanto é difícil supor que a média dos delinquentes se concentraria nos extremos de culpabilidade (mínima ou máxima) (NUCCI, 2014, in p. 352-353).

Apesar das diretrizes constitucionais, a individualização da pena sofre das mesmas angústias geradas pela denominada *filosofia da consciência*, em que o juiz é o proprietário dos significados e a interpretação é encarada como simples “ato de vontade” (Luiz, 2013, p. 35). No paradigma da *subjetividade* (conforme o domínio epistemológico das ciências modernas), a verdade é o produto da concordância entre os *conteúdos ideais de um juízo* e o *caráter real de um objeto empírico* (Kahlmeyer-Mertens, 2017, p. 64). É fácil entender que, se tratando de circunstâncias judiciais, até mesmo a interpretação de culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima, depende, em demasia, do *sujeito assujeitador* do que propriamente de qualquer comando que provenha do legislativo.

É bem verdade que existem outros paradigmas que, de certa forma, rivalizam com a *filosofia da consciência*. O paradigma da *objetividade*, próprio da *filosofia clássica*, busca o sentido nas coisas, em que “toda a racionalidade gira em torno dos ‘objetos’ ou daquilo que é ‘dado’ ao conhecimento” (STRECK, 2016, p. 105). Por vez, o paradigma da *intersubjetividade* almeja superar a dualidade entre *objetivismos* e *subjetivismos* interpretativos e o esquema *sujeito-objeto*. Streck (2016) explica que:

[...] a experiência hermenêutica da interpretação (seja de que tipo de texto se esteja a tratar) ultrapassa o plano da simples verificação empírica. De fato, ela é um acontecimento marcado desde sempre por uma compreensão fundada, por sua vez, em uma autocompreensão do intérprete mergulhado em um mundo compartilhado. (STRECK, 2016, p. 24).

O alcance do paradigma da *intersubjetividade* ainda é pequeno, pois a legislação histórica vigente e a prática judiciária ainda transitam entre a *filosofia clássica* e a *filosofia da consciência*, com maior destaque para esta última. Dispõe o art. 155, do CPP que: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” A discricionariedade é inevitável, contudo, como se verá mais adiante, os tribunais têm limitado a liberdade de julgamento a parâmetros mais objetivos. Na busca de parâmetros verdadeiros, ainda persiste o conflito entre tradicionalistas e pós-modernistas, platônicos e pragmáticos, racionalista e construtivistas sociais e entre objetivos e subjetivos (Blackburn, 2006, p. 13-14).

Destaca Luiz (2013), sobre as teorias da decisão judicial, no seu plano atual:

As teorias acerca da decisão judicial tradicionalmente trabalhadas voltam-se ao objetivismo e ao subjetivismo na interpretação. A primeira considera que a lei traz em si a norma (desprezando a diferença ontológica entre ambas) e que, por isso, a interpretação judicial é objetivamente controlada pelas regras, as quais levam a uma correta determinação do significado do texto, como se a verdade estivesse “nas coisas”, retomando a metafísica clássica. A segunda vê a interpretação judicial como sendo subjetivamente determinada pelas preferências valorativas pessoais do intérprete – como seu senso de justiça –, o qual, em última análise, dá ao texto o significado que lhe aprovar – como se houvesse um “grau zero” de significância (na expressão de Streck) – utilizando-se, também, como pano de fundo, uma visão metafísica, calcada na filosofia da consciência. (LUIZ, 2013, p. 35)

Em geral, os juízes presidentes do Tribunal do Júri possuem dificuldades em adotar critérios mais objetivos para dosimetria da pena, de modo que julgam conforme a própria consciência e frequentemente de forma muito diferente entre si. Ainda que os parâmetros sejam definidos através de oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP, a interpretação de tais circunstâncias e o cálculo mental da pena sempre tornam a decisão judicial como produto do *espírito humano* do magistrado.

Pela busca de um *mundo melhor*, o irracionalismo não pode virar moda. O produto do *espírito do juiz* deve ter como referencial o que pode ser extraído, concretamente, dos autos para o exercício do controle da racionalidade da decisão. As justificativas precisam ser de natureza *interna*, que se referem a sua existência; e de natureza *externa*, que se referem a sua validade. Portanto, as balizas legais e a prática judiciária devem restringir o arbítrio judiciário, visando promover a segurança jurídica da dosimetria da pena. Ao mesmo tempo, não se pode perder o foco de que os crimes devem ser punidos sob aquela máxima kantiana de que a maior liberdade possível de cada um deve conviver com a maior liberdade de todos os demais (Popper, 2006, p. 151-152). Como estaca Popper (2006, p. 171), “O espírito da ética kantiana pode, talvez, ser resumida nas seguintes palavras: ou se ser livre, e respeite e proteja a liberdade de todos os outros.” Isto indica a necessidade de um *garantismo integral*, em que seja proibido o excesso (*Übermassverbot*), mas que, ao mesmo tempo, assegure a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Afinal das contas, como disse Dworkin (2016, p. 149), “[...] a liberdade total para os lobos significa a morte para os cordeiros.”

Os tribunais têm construído orientações judiciárias para dosimetria da pena-base que oscilam entre *subjetivismos* e *objetivismos*, ou seja, entre o reconhecimento da discricionariedade judiciária e a necessidade de fundamentação concreta da dosimetria e de adoção de critérios matemáticos *parcialmente objetivos*. Melhor explicando: sem deixar de reconhecer a decisão como *ato de vontade*, tal como concebeu Hans Kelsen no século passado – reconheçamos ou não, é uma realidade irrefutável, conforme destacou Streck (2016, p. 29), a discricionariedade foi elevada à salvação para as “insuficiências” ônticas do direito – os tribunais têm estabelecido *elementos vinculantes* à discricionariedade judiciária, tais como parâmetros que exigem a

fundamentação concreta das circunstâncias judiciais e a adoção de critério matemático objetivo como *patamar mínimo*, sem prejuízo de alteração dos valores, conforme o caso concreto.

É orientação do Supremo Tribunal Federal (STF) que “A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo.” (RHC 94608, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 24/11/2009, DJe de 04/02/2010). Da mesma forma, o STF tem decidido que “A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do C.Pen., não é uma operação aritmética: por isso, seria temerário asseverar que da subtração de um dentre os diversos dados negativos, aos quais aludiu a sentença, resultasse necessariamente a fixação de pena menor.” (HC 84120, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 20/08/2004).

Da mesma forma, o STJ estabeleceu que:

[...] A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, podendo-se afirmar o mesmo no tocante às circunstâncias legais, pois não há como estabelecer frações ou dar valores específicos para efetuar os aumentos ou diminuições delas decorrentes, a minguada da existência de critérios legais nesse sentido, exigindo-se apenas, em ambas as fases, a devida motivação. [...] (HC 182.486/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 11/10/2012)

Assim, a premissa inicial tende atribuir uma margem larga de discricionariedade na dosimetria da pena. Somente na casuística é que percebemos que a premissa *subjetivista* encontra limites éticos na necessidade de fundamentação concreta das circunstâncias judiciais, portanto, fala-se em *discricionariedade vinculada*. Mesmo na incursão não-aprofundada nas provas coletadas no curso do processo, somente podem ser dita como existentes as circunstâncias judiciais concretamente apontadas nos autos, conforme entendimento do STF (vide HC 117381, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, DJe de 02/12/2013); e do STJ (vide o AgRg no AREsp 859.552/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 26/09/2016; AgInt no AREsp 864.445/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016).

Como estabeleceu o STF: “Havendo uma circunstância judicial desfavorável ao paciente já é o bastante para a fixação da pena-base acima do mínimo legal.” (HC 117381, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, DJe-237 de 02/12/2013). No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), foi aprovada a Súmula nº 10, na qual afirma que as circunstâncias judiciais devem ter “expressa referência à prova dos autos.” (Precedente: Revisão Criminal nº 1999.00233-0).

Mesmo assim, conforme orientação do STJ, a expressa referência da circunstância judicial não pode ser apenas uma interpretação pessoal dos fatos ou circunstância próprio do crime de homicídio, como seria o caso dos seguintes argumentos inidôneos:

a) afirmação genérica da gravidade do crime (HC 100.639/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010; e REsp 514.583/ES, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 06/09/2010);

b) maus antecedentes em inquérito policiais, condenações não transitadas em julgado ou antecedentes em atos infracionais, ainda que transitada em julgado sentença condenatória (Súmula n. 444/STJ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010; AgRg no AREsp 617.115/TO, Rel. Ministro REYNALDO

SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 23/02/2016; HC 342.455/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016);

c) qualificadora não reconhecida pelos jurados (REsp 514.583/ES, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 06/09/2010);

d) plena consciência do crime, conduta social negativa, personalidade voltada para o crime e ausência de influência da vítima no delito (HC 209.838/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 19/11/2013);

e) alegação de “quanto tão pouco é valiosa para o réu a vida humana” (circunstância inerente ao próprio tipo penal) (HC 125.252/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 28/04/2016);

f) alegação genérica que o crime é grave por “ceifar a vida de uma jovem” (REsp 1655579/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017).

Interessante é redescobrir o que são circunstâncias que extrapolam o tipo penal de homicídio. A casuística releva que se tratam de circunstâncias concretamente referenciadas nos autos que revalorizam o *contexto de descoberta*, ou seja, um enunciado que não é suscetível de uma análise de tipo lógico (Atienza, 2016, p. 5). O crime deve ser essencialmente mais grave, para além do seu aspecto normal, e, ao mesmo tempo, exigem um *contexto* que justifique ou valide o enunciado, confrontando-o com os fatos, a fim de demonstrar sua validade (Atienza, 2016, p. 5). Assim, as circunstâncias judiciais, do art. 59, do CP, sempre estarão presentes quando o contexto do crime revelar uma reprovabilidade mais intensa, além do estipulado no próprio tipo penal.

O STF, STJ e o TJCE têm dado alguns exemplos através de seus julgados, a ver:

a) fragilidade defensiva das vítimas, como é o caso de vítimas mulheres e desarmadas, mesmo quando reconhecido o homicídio privilegiado (STF, RE 93430, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Segunda Turma, julgado em 05/05/1981, DJ de 22/06/1981);

b) vítima atingida no crânio e no tórax, regiões de alta letalidade, fato que demonstra um plus de reprovabilidade na sua conduta, justificando a valoração negativa da culpabilidade (STJ, AgInt no AREsp 864.445/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016);

c) acusado possuir laços de amizade com a vítima e seus familiares (STJ, AgRg no HC 363.812/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017);

d) Premeditação concretamente apontada nos autos, a evidenciar a maior culpabilidade do agente (STJ, AgRg no AREsp 566.926/MT, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (desembargador convocado do TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 09/02/2015);

e) dolo intenso (morte por asfixia enquanto a vítima dormia, no interior da residência em que se encontravam os filhos menores do casal), bem como pelo fato de o paciente ter demonstrado personalidade fria e agressiva. (STJ, HC 112.040/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 15/12/2008);

f) culpabilidade acentuada, uma vez que “o réu perseguiu a vítima e, após atingi-la com vários golpes de tesoura, ‘foi ao banheiro, tomou banho, trocou de roupas e fugiu do local, deixando a vítima agonizando’, bem como as graves consequências da empreitada criminosa, que resultou na morte de uma mulher que, à época, contava com apenas 22 anos, deixando órfão um filho de 7 anos, constituem causas idôneas a justificar a exasperação da pena-base.” (STJ, HC 81.987/SE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 03/11/2008);

g) condenações, relativas a fatos anteriores, transitadas em julgado (STJ, HC 330.973; Proc. 2015/0178211-0; SC; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJe 22/05/2017);

h) família privada do convívio da vítima em argumentação concreta: “vítima era ‘jovem mãe’, que deixou ‘uma filha sem os seus cuidados e orientação no seu desenvolvimento psicológico’ (STJ, REsp 514.583/ES, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 06/09/2010);

i) crime cometido em via pública, com o disparo que acertou a vítima desferido em meio a considerável número de pessoas (STJ, HC 88.464/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2008, DJe 19/12/2008);

j) réu soldado do exército que efetuou disparo a curta distância contra a cabeça da vítima, que não morreu porque o projétil alojou-se no crânio (STJ, HC 261.181/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 01/06/2015);

l) réu que demonstra arrogância e deboche com vítima que conhecia (STJ, HC 382.133/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017);

m) pessoas privadas do convívio do falecido, como consequências não naturais do tipo, quando é gerado “um trauma sem precedentes” (TJCE, Processo nº 0000497-69.2006.8.06.0128, Des. Relator: Dr. Antônio Pádua Silva (juiz convocado – Port. 1369/2016), 3ª Câmara Criminal, julgado em 14/02/2017, DJe de 21/02/2017, p. 123-124);

n) réu com boa condição social e formação jurídica que pratica ataque com chave de fenda contra idoso e filho deste (TJCE, Processo nº 0002433-47.2014.8.06.0000 – Apelação Relator(a): Francisco Gomes de Moura, 2ª Câmara Criminal, julgado em 06/10/2015).

Assim, vê-se, sem dificuldades, que a diferença entre *circunstância judicial não-fundamentada* e *circunstância judicial fundamentada* é muito pequena. Limita-se a saber se os fatos relacionados ao *contexto de descoberta* podem ser concretamente apontados nos autos. Na prática, significa se a narrativa processual é mais claramente explicada e se está presente nos elementos probatórios colhidos nos autos. Existe um limite muito tênue entre o que pode ser concretamente fundamentado e uma narrativa mais elaborada. Os *fatos falam por si só*, mas precisam ser expressos de uma forma organizada e convincente. Isto porque são raros os crimes de homicídio que são idênticos, mesmo quando praticados em um mesmo contexto fático. Os crimes, os autores e as vítimas são sempre diferentes, tais como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, e o comportamento das vítimas.

Em suma: nos crimes de homicídio, a morte é o resultado natural (*consequência naturalística* do tipo penal), de modo que nada mais pode ser considerado como *elemento referencial* do tipo penal: “matar alguém” (art. 121, *caput*, do Código Penal). As demais circunstâncias judiciais admitem uma valoração *interna* (sobre sua existência) e *externa* (sobre sua validade), ou seja, se estão presentes no caso concreto e, quando presentes, podem ser consideradas válidas como tais para fins de maior reprovabilidade criminal. Na tendência da orientação judiciária brasileira, o diferencial da existência e da validade da circunstância judicial é a narrativa processual: quando melhor elaborada (narrativa boa e verdadeira), melhores serão as chances de existirem circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado.

Em outros termos, sempre é possível fazer uma valoração sobre a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, e o comportamento das vítimas, nos crimes de homicídio, conquanto sejam produzidos elementos probatórios próprios que se destaquem dos indícios de autoria e de materialidade. Para tanto, faz-se importante o atendimento da vítima sobrevivente e da família da vítima, em rede de atendimento integral e a transformação de dados em inteligência para orientar o membro do Ministério Público (MP) na produção da prova criminal.

O STJ tem afirmado que:

[...] A ponderação das oito circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal não se resume a uma simples operação aritmética, uma conta matemática que fixa pesos estratificados a cada uma delas. Tal ponderação enseja um verdadeiro processo que impõe ao magistrado apontar, de forma motivada, as balizas para a fixação da pena-base e aplicar a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato delituoso [...] (HC 214.437/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017).

Por sua vez, o TJCE tem adotado o critério matemático objetivo de 1/8 (um oitavo) no caso dos crimes de homicídio, a ver:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA. EXACERBAÇÃO DA REPRIMENDA BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O julgador deve, em razão do princípio do livre convencimento motivado, fundamentar objetivamente a majoração da pena-base e indicar, com dados concretos e existentes nos autos, o porquê do aumento. Precedentes desta Corte e do STJ. 2. Havendo apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, mostrase desproporcional a aplicação da pena base em patamar próximo ao máximo legal. 3. Na hipótese, o julgador aplicou pena base de 23 (vinte e três) anos de reclusão para o delito de homicídio qualificado, cuja pena mínima é de 12 (doze) anos, sem justificar a exacerbação, posto que apenas considerou desfavoráveis a culpabilidade e as consequências do crime. **4. Pena redimensionada, utilizando-se critério objetivo de aplicação da pena-base, majorando-se 1/8 da faixa de aplicação da pena para cada circunstância judicial, resultando na pena concreta e definitiva de 16 (dezesesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.** 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Relator. Fortaleza, 7 de dezembro de 2016 DESEMBARGADOR FRANCISCO MARTÔNIO PONTES DE VASCONCELOS Relator (vide Processo 0003737-37.2011.8.06.0178 – Apelação, Relator(a): FRANCISCO MARTÔNIO PONTES DE VASCONCELOS, 2ª Câmara Criminal, julgado em 07/12/2016, DJe de 13/12/2016, destaques nossos)

Para o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, existe o critério objetivo de se adotar, no mínimo, o percentual de 1/8 (um oitavo) para agravar a pena, o que para o homicídio qualificado seria de 2 (dois) anos e 3 (três) meses, como se viu no acórdão anterior. Para o Superior Tribunal de Justiça, a dosimetria não se resume a “simples operação aritmética, uma conta matemática que fixa pesos estratificados a cada uma delas.”

Um entendimento não está necessariamente em dissonância com o outro, uma vez que o critério objetivo de 1/8 (um oitavo) deve ser definido como *patamar mínimo*, eis que extraído do intervalo de penas e do número de circunstâncias judiciais definidos em lei. O cálculo é realizado da seguinte forma:

a) toma-se o intervalo entre a pena mínima (seis anos) e a pena máxima (vinte anos) para o crime de **homicídio simples** (quatorze anos) e divide-se pelo número de circunstâncias judiciais (oito), o que dá vinte e um meses, ou seja, **1 (um) ano e 9 (nove) meses**.

b) toma-se o intervalo entre a pena mínima (doze anos) e a pena máxima (trinta anos) para o crime de **homicídio qualificado** (dezoito anos) e divide-se pelo número de circunstâncias judiciais (oito), o que dá vinte e sete meses, ou seja, **2 (anos) e 3 (três) meses**.

Certo que, a depender do caso, as qualificadoras remanescentes podem agravar a pena a patamares superiores a 1/8 (um oitavo). O critério objetivo não é obrigatório, mas deve ser adotado, ao menos, como *patamar mínimo*, para melhor servir a prevenção e repressão do fato-crime e guardar lógica interpretativa com as demais disposições legais que fixam, expressamente, os percentuais para as causas de aumento e de diminuição da pena nos crimes de homicídio: o crime tentado – art. 14, inciso II e parágrafo único, do CP; o homicídio privilegiado – art. 121, §1º, do CP; o homicídio praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos – art. 121, §4º, *última parte*, do CP; o homicídio praticado por milícia privada, sob o pretexto de prestação de serviço de segurança, ou por grupo de extermínio – art. 121, §6º, do CP; e o *feminicídio* quando praticado contra durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência, e na presença de descendente ou de ascendente da vítima – art. 121, §7º, do CP).

III. Síntese dogmática da proposição e proposta de enunciado

No procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, o membro do Ministério Público deve dar especial atenção a uma estratégia em vise apurar as circunstâncias judiciais que possam fundamentar a pena-base, na forma dos arts. 59 e 68, do Código Penal, como forma de promover, mais eficientemente, o princípio constitucional de *individualização da pena* (art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988). Para tanto, o promotor do júri deve promover o atendimento integral *em rede* à vítima sobrevivente e à família da vítima para preparar as perguntas a serem formuladas na instrução processual preliminar ou na sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri. O membro do MP ainda pode defender a adoção de critério matemático de 1/8 (um oitavo) como *patamar mínimo* para pena-base, ou seja, 1 (um) ano e 9 (nove) meses de aumento para homicídio simples (art. 121, *caput* do Código Penal – CP) e 2 (anos) e 3 (três) meses, para o homicídio qualificado (art. 121, §2º, inciso II, do CP), sem prejuízo de patamar mais elevado a depender do caso concreto, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do fato-crime.

IV. Referências

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016

BLACKBURN, Simon. **Verdade: guia para os perplexos**. Trad. de Marilene Tombini. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

KAHLMAYER-MERTENS, Roberto S. **10 Lições sobre Gadamer**. Editora Vozes, 2017

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Leorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lênio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

NUCCI, Guilherme. **Individualização da Pena**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014.

POPPER, Karl R. **Em busca de um mundo melhor**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado