

A REDUÇÃO DO QUANTUM APENATÓRIO PARA AQUEM DO MÍNIMO LEGAL: UMA MEDIDA DE DIREITO E DE JUSTIÇA.

REDUCING THE APENATORY QUANTUM BEYOND THE
LEGAL MINIMUM: A MEASURE OF LAW AND JUSTICE

*Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha**

Resumo: O presente artigo tem por propósito discutir e defender a quebra da pena mínima prevista no tipo penal pelo magistrado, quando, excepcionalmente, diante do caso concreto em julgamento, lhe pareça excessiva e desproporcional. Nesse sentido, a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça merece revisão, por impedir o juiz, com base nos princípios constitucionais, quebrá-la como medida de justiça.

Palavras-chave: Quebra da pena mínima; Revisão da Súmula 231 do STJ; Corte Plenária; Superior Tribunal Militar

Abstract: The scope of this article is to discuss and defend the judge's possibility to break the minimum penalty fixed by law when exceptionally, in view of the specific case under trial, it seems to the magistrate excessive and cruel. In this sense, STJ's Precedent 231 deserves revision based on constitutional principles as a measure of justice.

Keywords: Break of the minimum penalty fixed by law; Revision of the STJ's Precedent 231; Plenary Court; Superior Military Court.

* Ministra e Ex-Presidente do Superior Tribunal Militar. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora honoris causa pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega – Lima, Peru. Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica de Lisboa- Portugal. Professora Universitária. Autora de diversos livros e artigos jurídicos no Brasil e no exterior.

Uma das grandes discussões nos foros criminais pátrios é a possibilidade da redução da pena abaixo do mínimo legal por medida de política criminal e em homenagem à proporcionalidade e à razoabilidade que devem nortear as decisões judiciais.

Sobre o tema, o Superior Tribunal Militar, em decisão plenária inédita datada de 29 de maio de 2012,¹ inaugurou no Judiciário Castrense esta possibilidade.

O acórdão restou assim ementado:

“Apelação. Delitos tipificados no art. 150 e no art. 195, ambos do CPM. Prescrição do delito de abandono de posto. Parcial provimento do recurso defensivo. Aplicação de cânones constitucionais com vistas à redução de pena a quem do mínimo legal.

Três militares abandonam o lugar de serviço e, nas imediações da Organização Militar, adentram festa infantil, uniformizados e armados, procurando por mulheres. Civis abeiram-se a um dos soldados, que se apartara dos demais, para alertar de sua inconveniente presença; entretanto, os civis são surpreendidos com agressões dos outros dois soldados que repentinamente se aproximaram. Agrega-se aos atos violentos perpetrados a utilização das armas que, segundo testemunhas, fora utilizada com veemência para intimidar os civis. Condutas delitivas que se subsumam à tipificação do art. 195 e do art. 150, ambos do CPM, em concurso.

Recurso interposto abordando a inexistência do fato e a insuficiência probatória (*in dubio pro reo*) e, mais especificamente, direcionado à inexistência de exame de corpo de delito, à insuficiência do reconhecimento de pessoas como prova absoluta de imputação de responsabilidade penal e à prejudicialidade dos depoimentos dos ofendidos por ausência de isenção. Teses defensivas restaram rechaçadas.

Sobressai do feito demonstração da necessidade de um especial equacionamento, na sistemática penal militar, dos pressupostos atinentes ao princípio constitucional da proporcionalidade.

O preceito secundário do art. 150 do CPM está preso à passado específico e, sob esse contexto, algumas circunstâncias sobressaem

1 STM -*Apelação nº 11.18-2009.7.10.0010/CE* Relator: Ministro Fernando Sérgio Galvão e Revisora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe de 25/06/2013. Por certo, várias turmas de Tribunais *ad quem* estaduais e federais e do Superior Tribunal de Justiça já haviam decidido neste sentido, contudo, no Plenário, o Superior Tribunal Militar foi pioneiro.

como destoantes à dosimetria de pena imposta aos Acusados, implicando adoção de critério especial para aplicação ao caso específico. Exsurge, pois, o princípio da proporcionalidade ajustado ao da individualização da pena como consectários de critérios de política criminal. Na espécie, ressalta-se o uso do princípio da proporcionalidade para, in casu, diminuir significativamente a pena mínima imposta aos Réus, a fim de aplicá-la em correspondência aos fatos concretos dentro do contexto social da atualidade.

Declaração da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na forma intercorrente, em favor de todos Recorrentes, no tocante à pena imposta acerca do delito de abandono de posto.

Provimento parcial do Recurso Defensivo para reduzir a pena imposta pelo Juízo “a quo” aquém do mínimo legal, atendendo preceitos de ordem constitucional, ajustados à contextualização dos fatos, aos resultados do delito e aos aspectos históricos que repercutem no tipo penal, com vistas à efetivação de uma política criminal de vanguarda.

Decisão majoritária. Aplicação do art. 80, § 1º, inciso II, do RISTM. (sem grifos no original).

Neste artigo, despidendo trazer à lume como incremento aos aspectos doutrinários a serem tratados, as condutas ilícitas perpetradas pelos sujeitos ativos da ação penal *retro*, quais sejam; o abandono de posto ou lugar de serviço e a organização de grupo para a prática de violência, ambos tipificados nos artigos 195 e 150 do Código Penal Militar, portanto o objeto de relevo dos autos, tanto na época do julgamento quanto na presente análise, centrou-se na redução da pena mínima.

Sobre o tema, cediço que a possibilidade de diminuí-la há muito vem sendo objeto de discussão em face da persistente divergência doutrinária e do inconformismo dos advogados, defensores e magistrados que pleiteiam a aplicação das atenuantes a que fizer jus o acusado, ainda que resulte na fixação da sanção em patamar inferior ao previsto pelo legislador como o menor, ou mesmo, a validade da minoração do parâmetro quando excessivo ou exacerbado no caso concreto.

Efetivamente, impõe-se ao julgador ao avaliar a prática do injusto penal, fixar dosimetria apenatória condizente ao agravo, de modo a

obstar o despotismo e a excessiva intervenção do Estado na liberdade individual, sob o risco de regressão à teoria da retribuição.

Bem pontua Ferrajoli:

“(…) a história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos, porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.”²

Foucault em obra reverenciada – *Vigiar e Punir*³ - dá conta desse barbarismo ao esquadrihar a análise do poder político e suas pedagogias disciplinares. A parcimônia da resposta estatal, legado do iluminismo, legitima o sistema punitivo ao sopesar os direitos fundamentais e a tutela social. Ela tem por escopo “*impedir o mal da vingança arbitrária e desmedida operada pela vítima, ou pelas forças solidárias a ela, bem como o excesso punitivo do Estado*”.⁴

A mensurabilidade da reprimenda ao ilícito demanda proporcionalidade que transcende valorações meramente legalistas, fundadas unicamente na *ratio legis*. Cite-se, uma vez mais, o jurista italiano:

“(…) dissociada a quantidade da primeira da qualidade do segundo e reconhecida a inevitável heterogeneidade entre uma e outro, não existem critérios naturais, senão somente critérios pragmáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada a cada delito.”⁵

A compreensão da problemática perpassa colocações de ordem moral. Pressupõe, nas palavras de Carla Fuckner e Larissa Corrêa:

2 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 320.

3 *Vide*: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*. Tradução: Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1977.

4 CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 150.

5 FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 320.

“(...) a predeterminação do tipo e da medida mínima e máxima da sanção para cada delito, pelo legislador; a determinação da medida da pena pelo magistrado no caso concreto, que muitas vezes é imbuída de espaços de discricionariedade; e, por derradeiro, a pós-determinação, na fase de execução, da duração e do prolongamento da pena atribuída.”⁶

Na lide que originou o precedente objeto deste ensaio acadêmico, tinha-se como menor patamar sancionatório previsto pelo art. 150 do CPM a reclusão de 4 (quatro) anos; ao ver do relator e da revisora inadequado, sem embargo da conduta dos agentes amoldar-se ao tipo constante da Denúncia.

O dilema que se colocou então foi: a pena mínima fixada abstratamente pelo legislador para punir a “organização de grupo para a prática de violência” poderia ser superada especificamente naquele processo, à vista da verdadeira afronta à justa punição e, conseqüentemente, à própria individualização?

Estava-se diante de situação na qual a sanção legal é considerada razoável, em tese, mas, *in concreto*, seus efeitos revelaram-se desmesurados. Por consequência, se o critério normativo não fosse desafiado, nomeadamente por se tratar de pena privativa de liberdade, infligir-se-ia aos réus sofrimento maior do que o ocasionado pelo agravo penal por eles perpetrado.

Nesse diapasão, fez-se mister a redução da reprimenda aquém do mínimo estatuído em homenagem aos princípios da proporcionalidade, da isonomia, da razoabilidade e da individualização da sanção. E não se cogite em ofensa à legalidade, posto sua aplicação dar-se *in favor rei*. Tal postulado, concebido como limitação à *potestas*, guarda correlação direta com o ideário da liberdade, assim, invocá-lo para defender a impossibilidade de determinação da pena injusta é medida de Direito. Diria Zaffaroni, Alagia e Slokar: “o limite máximo é resultado de uma desconfiança que recai sobre o sistema penal, mas o limite mínimo é uma desconfiança do sistema penal sobre o juiz. É nada mais que um limite quantificador”⁷.

6 A possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal: uma visão garantista. In: *Revista de Direito Univille*. Dez/2011, nº1. Joinville, Santa Catarina, p. 96.
7 ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Raúl. *Derecho Penal: parte general*. 2ª. ed. Buenos Aires: Ediar, p. 995.

De fato, o apenamento mínimo previsto na *legis* deve ser concebido, não como barreira à minoração do *quantum* sancionatório, mas como um referencial punitivo por parte do Estado. Há que se proceder a exegese do texto normativo de forma a possibilitar maior eficácia aos direitos fundamentais. Na análise do caso concreto deve o magistrado, levando em conta a previsão legislativa, decidir pelo correto, adequado e, sobretudo, pelo judicialmente justo.⁸

Nem se argumente que, se é possível afastar a reprimenda estatal por entendê-la exacerbada e romper com a menor pena-base, poder-se-ia, igualmente, agravá-la além do estatuído como limite máximo. Debalde. A analogia em matéria penal só pode ser utilizada em benefício do sujeito ativo.

Nesse norte, a Suprema Corte Canadense julgou inconstitucional apenação abstratamente fixada em um mínimo de sete anos para o delito de tráfico de drogas, no caso *R. vs. Smith*, no qual um réu de vinte e sete anos de idade, reincidente e que retornava da Bolívia com quantidade de cocaína no valor de mais de cem mil dólares, restou condenado à sete anos de prisão. Utilizando como fundamentação “*paradigma hipotético*”, a saber: um estudante de dezenove anos, primário e sem antecedentes, que traficou pequena quantidade de entorpecente, concluiu o *Justice Lamer* que o parâmetro estipulado pela lei como menor, era cruel e inusitado pela sua elevação.⁹ A decisão pautou-se na Seção 12 (doze) da Carta de Direitos e Liberdades Canadense, a qual prevê que “*a todos é dado o direito de não se sujeitar a qualquer tratamento e punição cruel ou incomum*”.¹⁰ Como consequência, declarou-se a inconstitucionalidade do mínimo abstrato da Lei de Drogas daquele Estado.

8 VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. *A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ*. Acesso em 5/3/2012. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16306-16307-1-PB.pdf>, p. 9.

9 A decisão restou assim ementada:

“A Corte Suprema declara, por maioria, que o mínimo de sete anos previsto no art. 5(2) da Lei de drogas é contrário ao artigo 12 da Carta por constituir uma pena cruel. A Corte afirma que um objetivo federal válido não é uma garantia de constitucionalidade. Se este objetivo perturba os direitos constitucionais, as autoridades devem demonstrar que se trata de um limite razoável em uma sociedade livre e democrática e que as liberdades são violadas o menos possível. A Corte recorda que o mínimo de sete anos se aplica independentemente da quantidade, do tipo de estupefaciente e do objetivo dos indivíduos envolvidos; é a potencialidade da punição permitida que é cruel (*R. v. Smith*, 1987, 1 R.C.S. 1045, 34 C.C.C. [3d] 97, R.J.P.Q. 87-318).

10 Na língua original: “12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.”

No feito julgado pelo STM, não se questionou a verticalidade fundamentadora da reprimenda do art. 150 do CPM em face da *Lex Magna*, mesmo porque temerária a apreciação judicial *ex officio*, em sede incidental, da proporcionalidade das valorações apenatórias do Poder Legislativo, ressalvadas as situações nas quais a desconformidade seja flagrante, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Não obstante, tanto o legislador como o julgador deverão sempre guardar obediência aos princípios máximos da Carta Política. Com base nessa premissa, possível extrair não apenas a possibilidade, mas, principalmente, a plena obrigatoriedade da Judicatura, em situações reais, de valorar hipóteses vulneradoras do *espíritu* da Constituição.

A razão de parte da doutrina e jurisprudência preconizarem que as atenuantes não têm o condão de rebaixar a sanção aquém do mínimo legal reside no fato de o Código Penal comum não determinar as frações correspondentes, desautorizando ir além dos moldes definidos para a infração. Tal situação não ocorreria com as causas de aumento e de diminuição da pena, que têm as respectivas majorações e reduções predeterminadas.

No Código Penal Castrense a preocupação foi maior, prevendo o legislador no art. 73, frações mínimas e máximas para a atenuação sancionada. Impôs, outrossim, que a incidência das causas atenuantes deva obedecer aos limites da pena cominada ao delito. Nesse mesmo conspecto, a estatuição do §2º do art. 69 do *Codex*.¹¹

Sem descuidar da necessidade do fiel cumprimento de lei legitimamente estabelecida, é corolário da Justiça o *suum quique tribuere*, inexoravelmente imbricado à questão fática sob a qual a regra incide.

Impossível para o poder legiferante vislumbrar todos os eventos e nuances plausíveis da vida em sociedade. Por isso, a legislação não deve promover cisões entre a *lex* e o seu aplicador.

Em cuidadosa distinção entre validade e influência real ou eficácia da norma, Luis Recaséns Siches propugna:

“lo que produce realmente la observancia de la norma no es la norma misma en cuanto entidad ideal, en cuanto a puro deber ser, sino el hecho psicológico de que los hombres se la representan en su conciencia. El factum concreto de esta representación es lo que

11 “Art. 69. omissis.

§ 2º. *Salvo o disposto no art. 76, é fixada dentro dos limites legais a quantidade da pena aplicável*”.

puede actuar como motivo psicológico, induciendo al sujeto a un comportamiento coincidente con la norma. ¹²”

De extremo relevo, portanto, o atuar do magistrado, não só como intérprete da lei, mas, sobretudo, como viabilizador de sua eficácia. Daí porque, há de se lhe permitir valorá-la com equidade.

No âmbito do Direito Penal especial, o próprio Código Substantivo Militar explicita as hipóteses nas quais a reprimenda poderá ser fixada abaixo do mínimo cominado – as causas de diminuição. Inquestionável, pois, autorizar o *Codex* Especial, em linhas gerais, a imposição de sanção inferior à prefixação legal.

Poder-se-ia questionar o que diferencia as causas de diminuição de pena, das atenuantes, se relativamente às primeiras é possível rebaixar o mínimo abstrato?

Os argumentos em sentido contrário articulam com a ideia de constituírem as causas de aumento e diminuição verdadeira tipicidade por extensão posto integrarem a estrutura típica do delito; pelo que, ao julgador só caberia seguir a orientação legislativa.

Ora, o mero fato de o legislador ter optado em situar, topograficamente, as causas de diminuição em parágrafo do próprio artigo no qual previu o tipo penal, se revela insuficiente para autorizar, melhor se diga, desautorizar, a aplicação da mesma causa quando ela receber titulação diversa – natureza de atenuante – e constar de dispositivo específico.

Exemplificativamente, no Direito Penal Castrense nota-se que a minorante contida no §1º do art. 205 do CPM estabelece que o juiz poderá reduzir a sanção, de um sexto a um terço, “*se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (...).*” Dita causa de diminuição encontra semelhante previsão no art. 72, inciso III, alínea “c”, do mesmo Código como circunstância atenuante. Leia-se:

“Art. 72. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III- ter o agente:

c) cometido o crime sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima.”

12 SICHES, Luis Recaséns. *Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico – La filosofía del derecho en el siglo XX*. México: Ediciones Coyoacán, p. 124.

Evidente está, o lapso de justificativa plausível que autoriza a obstrução ao quebrantamento do mínimo legal, devido à ausência de hierarquia entre as causas de diminuição e as atenuantes. Afinal, majorantes e minorantes não possuem, em abstrato, maior peso jurídico do que as demais circunstâncias.

Indo além, o *Codex Milicien*, estabelece no art. 76 que a incidência das causas de diminuição não adstringe o julgador aos limites da pena cominada ao crime. Nestes termos, tal preceituação não equivaleria a um reconhecimento expresso da *ratio* de poder-se quebrantá-la diante de circunstâncias especiais? Afinal, por que obstaría a *legis* o atuar judicial frente à realidade fática peculiar que, por sua própria natureza, não poderia ser antevista pelo poder legiferante?

Por certo, o verdadeiro escopo do mínimo legal consiste na impossibilidade de previsão normativa para todas as circunstâncias que possam convergir concretamente. Por isso:

“(...) um outro motivo também aponta para [...] a redução da pena mínima, qual seja a incapacidade do legislador de estabelecer molduras rígidas que atendam sempre à necessidade de adaptação do sistema penal a graves problemas de ordem prática que são enfrentados não tão raramente pelos juízes e para os quais a lei não oferece solução adequada.”¹³

Aliadas a esse argumento, razões teóricas diversas exsurgem. A primeira diz respeito ao já citado princípio da legalidade, concebido como instrumento de proteção do cidadão diante da moldura punitiva, a justificar, tão somente, os limites máximos das sanções¹⁴. A segunda refere-se à ressocialização como finalidade principal da re-

13 MASSUD, Leonardo. *Da Pena e sua Fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 197.

14 Nesse sentido, os entendimentos de Sousa e Brito e Hassemer, para os quais, respectivamente, “se o limite máximo da culpa não pode ser em caso algum ultrapassado, já ‘em casos extremos’ o princípio da legalidade não impede que o seu limite mínimo não seja respeitado” e “as limitações do princípio da certeza só se podem fazer em favor do acusado”. SOUSA BRITO, José. *Medida da pena no novo código penal*, 1984, pp. 580 e 581 *Apud*: RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 1995, p. 516. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução: Paulo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 337.

primenda; e a terceira cinge-se à afirmativa de que a culpabilidade não seria a medida da sanção, senão seu limite¹⁵.

Nessa esteira, estatui o artigo 5º, item 6, do Pacto de São José da Costa Rica, que vigora no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal; *litteris*:

“As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”

No precedente referido, o apenamento – reclusão de 4 (quatro) anos – demandava adequação não contemplada pelo Poder Legislativo, mas necessária e conforme aos preceitos constitucionais.¹⁶

E foi por situações deste jaez que o Tribunal de Justiça de São Paulo propôs, em audiência pública quando da elaboração do anteprojeto do novo Código Penal Comum, a alteração ao art. 59 para autorizar a aplicação da pena aquém do menor patamar abstratamente estabelecido.¹⁷

15 MASSUD, Leonardo. *Op. cit.*, p. 197.

16 Na lição de Inocêncio Mártires Coelho: “(...) na tarefa de concretizar a Constituição (...) o aplicador do direito, para fazer justiça à complexidade e magnitude da sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles que decorram da investigação do seu âmbito normativo, elementos que também pertencem à norma, e com igual hierarquia, enquanto representam o pedaço da realidade social que o programa normativo ‘escolheu’ ou, em parte, criou para si, como espaço de regulação. Em síntese, no dizer de Müller, o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a “ponta do iceberg”; todo o resto, talvez a parte mais significativa, que o intérprete-aplicador deve levar em conta para realizar o direito, isso é constituído pela situação normada. In: Curso de Direito Constitucional. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 100-101.

Em idêntico entendimento, o voto vencido na Apelação Criminal nº 275492-5, julgada pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em 16/6/2005: “A tarefa do juiz, na sentença, é a de individualizar a pena. Mas se a pena mínima não puder ser ultrapassada (em virtude de um posicionamento doutrinário e jurisprudencial equivocados, claramente presunçoso e inconstitucional), colocar-se-á numa vala comum incontáveis condenados que contam com situações diferentes. Isso implica séria violação ao princípio da igualdade (assim como profundo desrespeito ao valor justiça, que é o valor meta do Estado Constitucional e Democrático de Direito)”.

17 O legalismo exacerbado leva, muitas vezes, juízes e tribunais a situações inusitadas nas quais, feitos são julgados com definições jurídicas diversas à do tipo incidente, para se aplicar pena mais branda. Tal prática nada mais é do que a quebra da pena mínima por vias transversas.

“Com efeito, de grande intensidade, a fixação da pena representa a transição entre todo o espectro abstrato do direito e a concretude da sua execução. É o instante no qual se materializa a sua teleologia. É quando o direito mostra o seu porquê. Como, então, o Judiciário aplicará a pena sem transformar-se num órgão autômato ou num mero apêndice do Legislativo, sem que o arbitrium regulatum confunda-se com as convicções e juízos pessoais dos magistrados, preservando, assim, a separação dos Poderes, insita ao chamado Estado Democrático de Direito? De outro lado, até onde poderá cami-

Mas, muito antes, na vanguarda do Direito, a Superior Corte Federal em Acórdão da lavra do eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, decidira:

“EMENTA: RESP - PENAL - PENA - INDIVIDUALIZAÇÃO - ATENUANTE - FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.

O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito.

A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, CP, fixar a pena “in concreto”. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie “sub judice”, a “pena base” foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d).

Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime”.¹⁸ (sem grifos no original).

Tal como colocado, imprescindível utilizar-se de norte axiológico para implantar na punição o ideal de justiça, objetivo maior do devido processo legal.¹⁹

Disso resulta que, a despeito de o Superior Tribunal de Justiça, a

nar o Legislativo na sua tarefa de fornecer diretrizes ao Judiciário sem engessá-lo ou sem avançar na tarefa deste que é a de dar a cada um o que é seu?” MASSUD, Leonardo. Op. cit. pp. 14-15.

Desta cultura judicial resulta projetar-se, o processo penal, “em duas perspectivas absolutamente opostas: ou se ganha tudo, absolvendo-se o réu, ou se perde tudo, na medida em que a condenação será sempre sinônimo de privação de liberdade. Dessa maneira, a própria postura defensiva não passa, na quase totalidade dos casos, pela busca e/ou demonstração de elementos que possam ajudar na mitigação da pena. Algumas vezes, até, há um verdadeiro conflito lógico ou estratégico em sustentar, ao mesmo tempo, as razões para a absolvição – em seu sentido lato – e os motivos para uma redução da pena em caso de condenação (...).” *Idem*. p. 181.

18 STJ - REsp 151837/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Relator para o Acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 28/5/1998, DJ 22/6/1998, p. 193.

19 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 44.

prima facie, ter pacificado a matéria no âmbito jurisprudencial ao editar a Súmula 231 do STJ²⁰, o tema remanesce controverso. Por oportuno, esclareça-se que o Direito Sumular não se sobrepõe aos postulados constitucionais, o da isonomia por excelência, cujo axioma funda-se em “tratar desigualmente os desiguais, na proporção de suas desigualdades”, uma vez que as súmulas, à exceção da vinculante, não legislam positivamente, não podendo relativizar normas e princípios magnos. A prevalência da súmula 231 na jurisdição penal ordinária tornou letra morta o art. 65 do Código Penal Comum que dispõe sobre as circunstâncias que **sempre** (*litteris*) atenuam a pena.²¹

Paulo Bonavides ressalta a necessidade de tratar-se os princípios como Direito, uma vez que “*tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal*”²².

Dúvidas não restam acerca da necessidade de se assegurar a proporcionalidade, razoabilidade, isonomia e individualização sancionatória, esta última consagrada pelo art. 5º, inciso XLVI, da CF/88 e, portanto, clausulada como *petrea*, no apenar judicial.²³

Acentue-se que individualizar no vernáculo é distinguir, particularizar, adaptar às necessidades ou circunstâncias específicas do indivíduo²⁴.

Discorrendo sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci preleciona:

20 A Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 15.10.1999, dispõe que “*incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

21 Conforme sustentou o Desembargador Aramis Nassif, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *verbis*: “*A palavra “sempre” empregada no art. 65, caput, do Código Penal (...), não é excepcionada em nenhuma passagem do direito positivo brasileiro. Assim, sempre é sempre e a interpretação não pode, com a máxima vênia, ser feita em prejuízo do acusado.*” *Apelação Crime nº 70026901249*, de 14/4/2010.

22 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994, p. 238. Acorde suas palavras: “*O princípio da proporcionalidade, abraçado [...] ao princípio da interpretação conforme a Constituição, [...] ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor*”. *Idem*, p.388. Segundo Celso Ribeiro Bastos, o princípio da proporcionalidade há de ser compreendido como um guia à atividade interpretativa, que apresenta grande liberdade de atuação, tendo em vista os fins a serem atingidos e a exigibilidade da escolha destes. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 175.

23 Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt: “*o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno.*” *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

24 HOUAISS, Antônio; e VILLAR, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, 1ª. Ed. Rio de Janeiro, Objetiva, 2009, p. 1075.

“a individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ ou ‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto”²⁵.

Acorde o Ministro Vicente Leal, a individualização da sanção hodierna esbate-se com o *jus puniendi* do passado, “quando a fixação da pena se situava no plano do puro arbítrio do juiz, evoluindo, por conseguinte, para um sistema rígido, sem qualquer consideração sobre a pessoa do apenado e as circunstâncias particulares do delito”²⁶. Hoje, não há como dissociá-la dos axiomas principiologistas insculpidos na Carta da República.

Imperiosa, então, a atuação da Judicatura, consciente de que o legislador ordinário, ao editar a norma repressiva, levou em consideração um contexto social hipotético, desvinculado da realidade vivenciada pelo agente no momento do crime.²⁷

Para ilustrar, precedente do Superior Tribunal Militar, o qual, diante do evidente rigor de gravame previsto pelo artigo incidente à lide *sub judice*, pautou-se em prol da equidade e deixou de aplicar causa de aumento de pena. *Vide*:

25 NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

26 ARAÚJO, Vicente Leal. *Princípio da individualização da pena*. Publicado em 7/12/2006. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8388>. Acesso em 13/3/2012.

27 Pontua Alberto Silva Franco: “Uma sociedade marcada por profunda exclusão social não se compatibiliza com o perfil de um juiz apegado ao texto da lei, insensível ao social, de visão compartimentada do saber, autossuficiente e corporativo. E, acima de tudo, com um juiz que ainda não teve a percepção de que sua legitimação não se apoia na vontade ou nas leis de mercado, mas substancialmente na sua função central de garantidor dos direitos que atribuem dignidade ao ser humano e dos valores axiológicos incorporados aos modelos sociais que têm a democracia como uma garantia irrenunciável”. **O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização**. In: MESSUTI, Ana; ARRUBLA, Sampetro (Org.). *La Administración de Justicia en los Albores del tercer Milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2001, p. 99.

“EMENTA: APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. PECULATO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO. APLICAÇÃO DOS FINS SOCIAIS DA LEI. CRIME CONTINUADO.

1. Sargento intendente do Exército que mediante inserção de dados falsos em Boletim Interno induz em erro a Administração Militar, possibilitando pagamentos de forma indevida a outrem e a si próprio.

2. Para que não se configure a tipicidade do crime de peculato (art. 303 do CPM) é necessário que o militar tenha se apropriado ou desviado indevidamente a res, da qual tem a posse ou detenção, em razão de seu cargo ou comissão, o que não ocorreu no caso em tela, haja vista ter o acusado desviado os valores por meio de senha que tinha a título precário, por delegação de quem detinha o cargo.

3. Continuidade delitiva. Reconhece-se a continuidade delitiva quando infrações da mesma espécie e da mesma forma de proceder forem praticadas uma após a outra, não havendo razão para impor requisitos que a lei não impõe para a concessão do benefício como a necessidade de as infrações haverem sido cometidas no intervalo mínimo de um mês entre elas.

4. Art. 5º da LICC. Ao aplicar a lei o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige. Assim, plenamente possível a não aplicação de uma causa de aumento de pena quando se percebe que a condenação será por demais rigorosa, excluindo o militar da Força. Trata-se de decisão de política criminal e de equidade.

5. Sursis com período de prova aumentado em razão do desvalor da ação do agente que, trabalhando com valores, deve ficar sob maior observação do juízo criminal”.

Rejeitada preliminar de nulidade arguida pela Defesa. Unanimidade. Apelo conhecido e provido parcialmente. Maioria.²⁸ (sem grifos no original)

A propósito, o Ministro Cezar Peluso, no julgamento da repercussão geral do RE 597270/RS, conquanto tenha reconhecido a inadmissibilidade da fixação sancionatória abaixo do mínimo legal com base em atenuante genérica, consignou ser simpático à tese de que, *“além das minorantes especiais taxativamente previstas, as circunstâncias concretas de cada caso, que não se confundem com as atenuantes*

28 *Apelação nº: 12-64.2007.7.07.0007* (2009.01.051312-4/PE). Relator: Ministro Marcos Martins Torres e Revisora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe: 08/06/2011.

genéricas, podem, [...], reduzir a pena aquém do mínimo legal. São circunstâncias excepcionais de cada caso concreto”.

Acrescentou que as “*circunstâncias particulares [...] demonstram que, se não forem consideradas, ofendem a individualização da pena e, mais do que isso, ofendem o devido processo legal, em termos substantivos, porque influi na questão de tratamento justo de cada caso*”.²⁹

Naqueles autos, o Acórdão prolatado observou os estritos termos da súmula vinculante nº 10 do STF ³⁰, acatando na literalidade o *canon* inscrito no art. 97 da Lei Maior.

Sem embargo, entendeu a Corte por bem sopesar as particularidades processuais, em prol da consonância entre conduta e reprimenda.

Não é demais frisar que:

“Quem tem contato com o caso concreto é o magistrado e não o legislador, por isso este não tem a capacidade de prever todas as possibilidades que podem ser desdobradas de todas as condutas tipificadas. Há casos em que é necessário fixar a pena abaixo do mínimo legal para adequá-la à culpabilidade do agente, sendo que a legislação não pode ser uma barreira para atingir tal objetivo, pois, se assim fosse, estaria em choque com a Constituição (...)”³¹.

Segundo Francisco de Assis Toledo:

“O legislador estabelece as sanções passíveis de serem aplicadas aos acusados de infração penal e estabelece parâmetros para a fixação judicial da pena, em concreto. Dentro desses parâmetros, goza o juiz de relativa liberdade. Todavia, nessa importantíssima tarefa de estabelecer, em cada caso, as conseqüências jurídico-penais de determinado crime, em concreto, o juiz, além das regras legais preestabelecidas, não pode deixar de observar certos princípios fundamentais, expressos ou implícitos no ordenamento jurídico.”³²

29 *Repercussão Geral por Questão de Ordem no RE 597270 QO-RG/RS*. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Cezar Peluso. DJe 5/6/2009.

30 “*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*”

31 VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. *Op.cit.* pp. 10/11.

32 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios que regem a aplicação da pena**. Disponível

À evidência não é o julgador refém de legislação que, mesmo legítima e constitucional, seja um empecilho à prolação de uma decisão justa e o force a adotar fundamento diverso de sua convicção, obstando-o a “dar a cada um o que é seu”. Obstruir a quebra da pena mínima em casos singulares, revestidos de excepcionalidade e que foram detidamente valorados pelo juiz, afronta a independência dos Poderes da República.³³

É fato o magistrado da contemporaneidade não mais restringir-se a ser “*la bouche de la loi*”, tal qual preconizado pelo pensamento liberal de Montesquieu. Antes:

“(…) o juiz hoje tem como função máxima resolver o caso concreto demandado ao Poder Judiciário, por meio da interpretação e aplicação das leis, em conformidade com o processo formal previsto. Embora o positivismo defenda que o magistrado deva ser um mero aplicador da norma, ou seja, um seguidor dos ditames descritos em regras abstratas e gerais criadas e impostas pelo Poder Legislativo, a função judicante vai muito além por ser a única capaz de analisar o caso concreto e distribuir, de fato, a justiça”³⁴.

Hodiernamente, consabido alçar à reprimenda função propedêutica e reabilitadora³⁵. Com sapiência pontua José Frederico Marques: “o condenado precisa sentir que existe um equilíbrio entre o dano que produziu e o castigo que a sociedade lhe inflige, pois de outra forma o culpado se

em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo1.htm>. Acesso em 22/8/2011.

33 Na lição de Rogério Greco, a sanção será necessária se inexistir outra forma de reprovação e, principalmente, de prevenção do delito. Daí porque, a pena deve ser, qualitativa e quantitativamente, necessária. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p.111.

34 CORTEZ, Cynthia Coelho. *A validade da Súmula 231 do STJ e as consequências de sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia de conclusão do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – CEUB, Brasília, 2012, p. 54.

35 Ainda, deve-se determiná-la conforme o grau de culpabilidade, “(...) porque deste modo se consegue a finalidade político-social de restabelecer a paz jurídica perturbada e de fortalecer a consciência jurídica da comunidade impondo ao autor do delito uma sanção que tenha ‘merecido’, vale dizer, uma sanção que corresponda à gravidade do seu crime. Mas o que é ‘merecido’ não é algo escrito com precisão no firmamento de um conceito metafísico de culpabilidade, o qual inclusivo com a ajuda de um telescópio seria difícil de interpretar; senão o resultado de um processo psicossociológico valorativo mutável, de uma valoração da comunidade desde um princípio não se pode determinar em relação à magnitude penal de um modo exato, senão que somente possui realidade empírica no âmbito de uma certa margem de liberdade.” ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, S.A, pp. 96/97.

*transformaria em vítima, e o credor em devedor.*³⁶

A apenação criteriosa possibilita a reparação do agravo como uma resposta adequada à criminalidade, ela apazigua os ânimos da sociedade e previne futuras condutas típicas por meio do exemplo, reafirmando na consciência dos cidadãos o preceito proibitivo.³⁷

Irônico, para dizer o mínimo, que o julgador possa absolver ante o princípio da insignificância ou bagatela, e não possa condenar abaixo do menor patamar. Afinal, quem pode o mais, pode o menos.

Como alertou o ilustre Desembargador mineiro Amilcar de Castro há décadas passadas: “*o legislador faz a lei, mas lei não é direito; lei é norma geral, impessoal, enquanto o direito é necessariamente pessoal, particular.*”³⁸

Decerto, escreve Cynthia Cortez:

“(..). o juiz faz parte do processo, e sua importância se dá pelo fato de ser o operador e não apenas o aplicador da lei e do direito, sendo o responsável pela tomada de decisões legais emitidas pelo poder decisório que lhe atribui o Estado. O juiz, como agente político do Estado, tem o dever de analisar a demanda judicial e defender as normas constitucionais, frente a uma evidente violação da legislação infraconstitucional, como ocorre no caso da Súmula 231 do STJ – a qual viola importantes princípios constitucionais, uma vez que não permite ao aplicador do direito quebrar a pena mínima prevista em abstrato – embora essa fosse a pena mais justa e proporcional ao dano causado.(..).”

No Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, a missão do juiz criminal, em síntese, é a de compatibilizar o Estado de Direito ao Estado Social que lhe é subjacente, respeitando os direitos do acusado e assim garantir o respeito à dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo³⁹.

36 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 1. ed. vol. 3. Campinas: Millennium, 1999, p. 152.

37 Cesare Beccaria, na obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada no ano de 1764, sabiamente pontuou que “[...] *O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais freqüente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos [...]*”. Edição Ridendo Castigat Mores Versão para eBook eBooksBrasil.com Fonte Digital www.jahr.org1995, p.61. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso 03/07/2020.

38 CASTRO, Amilcar. *Direito Internacional Privado*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968, v. 1, p. 43.

39 CORTEZ, Cynthia Coelho. *Op. cit.*, pp. 55/56.

E é por essa razão e não outra, que a Suprema Corte norte americana edificou a teoria dos poderes implícitos, a partir dos notáveis julgamentos de *McCulloch vs. Maryland* e *Myers vs. Estados Unidos*, comumente invocados pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Trata-se de doutrina basilar da hermenêutica constitucional segundo a qual, quando a Constituição Federal concede os fins, provê os meios.⁴⁰

O corolário do decisório no STM, como se antecipou no início do presente texto, foi o Relator e a Revisora reconhecerem ser a pena mínima de 4 anos imposta pelo legislador na Apelação nº 11.18-2009.7.10.0010/CE, exacerbada e, nessa medida, tida por injusta. Nesse compasso, considerando a efetivação de uma política criminal estreitamente ligada aos ditames do princípio da proporcionalidade, tendo em conta o contexto fático no qual se desenvolveu a ação delitiva, bem como as baixas consequências advindas da conduta delituosa: a ausência de dano a bens, a inexistência de lesões expressivas nas vítimas e a inocorrência de disparo de arma de fogo, deu-se parcial provimento ao Recurso defensivo para abater da pena base capitulada pelo art. 150 CPM a fração de $\frac{1}{2}$, ou seja, a metade, e condenar os réus a 2 anos e não o dobro previsto no tipo como patamar mínimo. Por óbvio, houve divergência na Corte, contudo, prevaleceu o voto médio que findou por aquebrantá-la.

Dúvidas não restam dever o *jus puniendi* estatal, no contexto contemporâneo, contemporizar a sanção às condutas concretas dos agentes. O *quantum* apenatório a ser fixado exige prolação acurada do magistrado que atrai para si o dever de tutelar a sociedade, nela incluídos os agentes criminosos, partícipes que são do Contrato Social.

A carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação criminal não deverão ser desproporcionais ao mal causado pelo delito, como advertira em tempos pretéritos Carrara. Nesse caminhar, se a condenação configurar-se mais gravosa do que a própria conduta delituosa, o juiz, em acatamento aos cânones de direitos humanos e a principiologia da Carta Política deve, serenamente, refutá-la. Até porque se a lei não serve à Justiça, desserve à sociedade.

40 *Apud*: HC 91.661-PE. Relatora Min. Ellen Gracie. DJe 3/4/2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, Raúl. *Derecho Penal: parte general*. 2ª. ed. Buenos Aires: Ediar.

ARAÚJO, Vicente Leal. *Princípio da Individualização da Pena*. Publicado em 7/12/2006. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8388>. Acesso em 13/3/2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Edição Ridendo Castigat Mores. eBooksBrasil.com Fonte Digital www.jahr.org1995, p. 61. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em 03/07/2020.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 14ª ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Amilcar. *Direito Internacional Privado*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968, v. 1.

CORTEZ, Cynthia Coelho. *A validade da Súmula 231 do STJ e as consequências de sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro*. Monografia de conclusão do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – CEUB, Brasília, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: o nascimento da prisão*. Tradução: Ligia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1977.

FUCKNER, Carla e CORRÊA, Larissa. A possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal: uma visão garantista. In: Revista de Direito Univille. Dez/2011, nº1. Joinville, Santa Catarina.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal*. Tradução: Paulo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2005.

HOUAISS, Antônio; e VILLAR, Mauro de Sales. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, 1ª. Ed. Rio de Janeiro, Objetiva, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 1ª. ed. vol. 3. Campinas: Millennium, 1999.

MASSUD, Leonardo. *Da Pena e sua Fixação: finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal*. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional* São Paulo: Saraiva, 2007.

MESSUTI, Ana; ARRUBLA, Sampetro (Org.). *La Administración de Justicia en los Albores del Tercer Milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Anabela. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*. Dissertação (Doutoramento em Ciências Jurídico-criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 1995.

ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Tradução: Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, S.A.

SICHES, Luis Recaséns. *Direcciones Contemporáneas del Pensamiento Jurídico – La filosofía del derecho en el siglo XX*. México: Ediciones Coyoacán.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios que regem a aplicação da pena*. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero7/artigo1.htm>. Acesso em 22/8/2011.

VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da. *A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ*. Acesso em 5/3/2012. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16306-16307-1-PB.pdf>, p. 9.

LEGISLAÇÃO

BRASIL – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

BRASIL – CÓDIGO PENAL - DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.

BRASIL – CÓDIGO PENAL MILITAR – DECRETO-LEI Nº 1.001, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL - SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR - *Apelação nº 11.18-2009.7.10.0010/CE* Relator: Ministro Fernando Sérgio Galvão e Revisora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe : 25/06/2013.

BRASIL – SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR - *Apelação nº: 12-64.2007.7.07.0007 (2009.01.051312-4/PE)*. Relator: Ministro Marcos Martins Torres. Revisora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. DJe:08/06/2011.

BRASIL - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - *HC 91.661-PE*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data de Publicação: 03/04/2009.

BRASIL - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - *Repercussão Geral por Questão de Ordem no RE 597270 QO-RG/RS*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Data da Publicação: 05/06/2009.

BRASIL - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - *REsp 151837/MG*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Relator para o Acórdão: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 28/5/1998, DJ 22/6/1998.

BRASIL - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ - *Apelação Crime* nº 275492-5, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 16/06/2005.

BRASIL - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Crime* nº 70026901249, Data de Publicação: 14/04/2010.

CANADÁ - SUPREMA CORTE DO CANADÁ - *Caso R. v. Smith, 1987, 1 R.C.S. 1045, 34 C.C.C. [3d] 97, R.J.P.Q. 87-318.*