

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA

**A SÚMULA N° 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
uma (re)construção principiológico-constitucional no Estado Democrático
de Direito**

Belo Horizonte
2020

CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA

<http://lattes.cnpq.br/6562840642402315>

**A SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
uma (re)construção principiológico-constitucional no Estado Democrático
de Direito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle (Direito Público).

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Belo Horizonte

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B813s Braga, Carlos Henrique Perpétuo, 1963-
A súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça: uma
(re)construção principiológico-constitucional no Estado
Democrático de Direito / Carlos Henrique Perpétuo Braga. -
Belo Horizonte, 2020.

111 f.

Orientador: Sérgio Henriques Zandona Freitas
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,
Belo Horizonte, 2020.

1. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. 2. Direito penal.
3. Direito constitucional. I. Título. II. Freitas, Sérgio Henriques
Zandona. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências
Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 342

ATA DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

Às 10h, no dia 27 de outubro de 2020, instalou-se em sala virtual na plataforma digital “zoom” a comissão examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito para avaliação final da dissertação do candidato **CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA** da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC. O trabalho apresentado corresponde ao requisito final para obtenção do Grau Acadêmico de Mestre em Direito, na área de concentração **“INTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA”**, linha de pesquisa: **“Esfera Pública, Legitimidade e Controle”**, sob o título: **“A SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: uma (re)construção principiológico-constitucional no Estado Democrático de Direito”**. O Senhor Presidente da Comissão, Orientador, Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas formalizou a abertura da sessão pública, deu conhecimento aos presentes do regulamento protocolar da sessão e em seguida passou a palavra ao mestrando para exposição oral sobre o seu trabalho. Após, ao Professor Doutor Leonardo Augusto de Almeida Aguiar que propôs questões ao candidato e dele obteve respostas. Após, ao Professor Doutor Lucas Moraes Martins que propôs questões ao candidato e dele obteve respostas. Ao término da arguição, a Comissão se reuniu sem a presença do candidato e do público, para julgamento e expedição do resultado final. O Presidente da sessão e os membros da Comissão Examinadora, deliberaram *via on line* suas avaliações, nos termos do Regulamento do Curso. O parecer conclusivo da avaliação do candidato foi comunicado publicamente pelo senhor Presidente com o seguinte resultado:

<input checked="" type="checkbox"/> Aprovado (a)
<input type="checkbox"/> Aprovado (a) sob condição
<input type="checkbox"/> Suspensão da Banca - Condicionada a nova apresentação (6 meses).
<input type="checkbox"/> Reprovado (a)

Nada mais havendo a tratar, o Senhor Presidente encerrou a sessão on line devendo ser assinada e lavrada a presente ATA, por todos os membros da Comissão Examinadora.

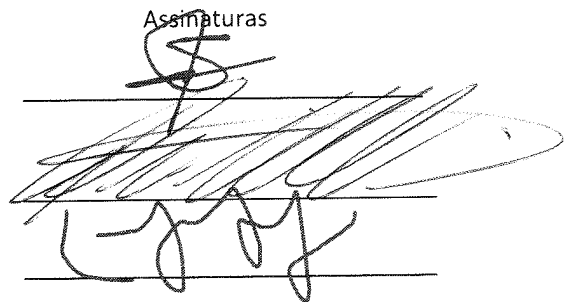
Comissão Examinadora

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas (Orientador) -
FUMEC;

Prof. Dr. Lucas Moraes Martins – FUMEC;

Prof. Dr. Leonardo Augusto de Almeida Aguiar – TRF1.

Assinaturas





UNIVERSIDADE
FUMEC

Dissertação intitulada "A SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: uma (re)construção principiológico-constitucional no Estado Democrático de Direito" autoria de **CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA**, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas – Universidade FUMEC
(Orientador)

Prof. Dr. Lucas Moraes Martins
(Examinador Interno)

Prof. Dr. Leonardo Augusto de Almeida Aguiar – TRF1
(Examinador Externo)

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
Universidade FUMEC

Belo Horizonte, 24 de outubro de 2020.

A meus pais, Paulo e Ivanilma, pela vida.

À Lídia, à Anna Lídia e à Anna Carla, por darem significado à minha existência.

Ao Alexandre Eustáquio e à Sabrina Paula, por me mostrarem o significado de um amor fraterno incondicional.

Àqueles, e eles sabem disso, que me incentivaram e ainda me incentivam aos estudos, abrindo-me os olhos para o pulsar da vida.

AGRADECIMENTOS

As páginas iniciais deste modesto trabalho acadêmico conduzem-me ao salutar exercício da gratidão.

O homem grato revela sensibilidade aos concidadãos, notadamente àqueles que o cercam. Mais, demonstra a necessidade de se demarcar a dimensão humana, reconhecendo e valorizando a importância de uma vida que não se resume a si próprio.

As conquistas, independentemente de sua natureza, não se operam no isolamento, à margem da sociedade e, mais que isso, à revelia do sopro divino.

Assim, os meus primeiros agradecimentos dirigem-se ao Criador, por me propiciar um momento de intenso significado, vivenciando-o sob os olhares vigilantes e cúmplices de meus imprescindíveis familiares e de honrados e diletos amigos. Nestes se incluem os amados colegas de jornada acadêmica.

Os amigos, invariavelmente entrincheirados no anonimato, nunca se furtam a estender a mão, jamais negam o abraço caloroso e sempre revigoram a virtude da persistência. Aparecem do nada e dão brilho à vida.

Assim ocorreu com o meu orientador, Sérgio Henriques Zandona Freitas, que empenhou suas energias e, driblando as notórias limitações de um orientando confessadamente ancião, torna realidade um sonho há muito alimentado.

O seu carinho e a sua simpatia invulgares não o impedem de corrigir, de exigir e de apontar falhas e imprecisões. Não lhe faltaram paciência, companheirismo e cumplicidade, características de um homem muito à frente de seu tempo.

Conheci-o pela indicação generosa do Professor Luiz Carlos Balbino Gambogi, igualmente sereno, leve, capaz, cativante e brilhante colega, cuja estatura moral presta-se a fortalecer o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, não apenas com votos brilhantes e vanguardistas, mas, igualmente, com postura digna de um grande magistrado.

O fato de trabalharem juntos revela a afinidade de ideias, posturas e qualidades morais e pessoais.

No banco da escola, vivenciei a experiência do reaprendizado, contando com a alegria contagiante de meus colegas, todos educadamente tolerantes com as dificuldades de quem se graduou em tempos remotos. Nesse rol, destacou-se o colega, já doutor, Adriano Ribeiro. Elegante, simples, dedicado, metódico e sempre com um sorriso a oferecer, ombreou com o Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona de Freitas na tarefa de me apontar os melhores e mais seguros caminhos.

Unidos, todos eles me estimularam, incentivaram-me e me afastaram uma máxima de Cícero muito comum nesse meio: *“Hastas abicere!”*

Valeu!

*“Para tudo há uma ocasião, e um tempo
para cada propósito debaixo do céu:
tempo de nascer e tempo de morrer,
tempo de plantar e tempo de arrancar o
que se plantou, tempo de matar e tempo
de curar, tempo de derrubar e tempo de
construir, tempo de chorar e tempo de
rir, tempo de prantear e tempo de
dançar, tempo de espalhar pedras e
tempo de ajuntá-las, tempo de abraçar e
tempo de se conter, tempo de procurar e
tempo de desistir, tempo de guardar e
tempo de lançar fora, tempo de rasgar e
tempo de costurar, tempo de calar e
tempo de falar, tempo de amar e tempo
de odiar, tempo de lutar e tempo de viver
em paz”.*

Eclesiastes 3:1-18

RESUMO

Esta pesquisa tem como temática a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, que veda a redução da pena provisória abaixo do mínimo legal. O referido verbete contraria expressa disposição legal, notadamente o art. 65 do Código Penal, e, por isso, viola vários princípios de natureza constitucional, ínsitos à aplicação da sanção penal, notadamente, a legalidade (ou reserva da lei), a pessoalidade, a individualização e limitação das penas, conferindo a situações distintas soluções idênticas. Como problema de pesquisa, indaga-se se o enunciado da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça se alinha ao devido processo constitucional e às previsões contidas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, ao art. 65, *caput*, do Código Penal. Afirma-se inicialmente, como hipótese de pesquisa, que os precedentes da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça adotam premissas incompatíveis com a garantia fundamental da jurisdição e com o devido processo constitucional, violando frontalmente os princípios mencionados, além do princípio máximo do Estado Democrático de Direito. Para o desenvolvimento da pesquisa, adotar-se-ão os conceitos de processo constitucional e de Estado Democrático de Direito, entabulados por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, e sua compreensão una de poder (exercido exclusivamente pelo povo), capazes de balizar o exercício da função jurisdicional em bases efetivamente democráticas. O objetivo geral da pesquisa é, portanto, estabelecer crítica ao enunciado da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça e sua aplicação, buscando verificar a sua compatibilidade com o devido processo constitucional. No que se refere aos demais aspectos metodológicos, a pesquisa se orienta pelo método hipotético-dedutivo, operando-se a partir e pesquisa bibliográfica, nacional e estrangeira, além da pesquisa jurisprudencial.

Palavras-chave: Súmula 231. Superior Tribunal de Justiça. Processo constitucional. Devido processo constitucional. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The theme of this research is Precedent 231 of the Brazilian Superior Court of Justice, which prohibits the reduction of the provisional penalty below the legal minimum. Said entry contradicts express legal provision, notably art. 65 of the Brazilian Penal Code, and, therefore, violates several principles of a constitutional nature, intrinsic to the application of the penal sanction, notably, the legality (or reservation of the law), the personality, the individualization, and limitation of sentences, giving different situations different identical. As a research problem, it is asked whether the statement in Precedent 231 of the Brazilian Superior Court of Justice is in line with due constitutional process and with the provisions contained in the Brazilian legal system, in particular, with art. 65 of the Brazilian Penal Code. It is initially stated, as a research hypothesis, that the precedents of Precedent 231 of the Brazilian Superior Court of Justice adopt premises incompatible with the fundamental guarantee of jurisdiction and with due constitutional process, violating the mentioned principles head-on, in addition to the maximum principle of the Democratic State right. For the development of the research, the concepts of constitutional process and Democratic Rule of Law, introduced by Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, and his unique understanding of power (exercised exclusively by the people), capable of guiding the exercise of jurisdictional function on effectively democratic bases. The general objective of the research is, therefore, to criticize the statement of Precedent 231 of the Brazilian Superior Court of Justice and its application, seeking to verify its compatibility with the due constitutional process. About the other methodological aspects, the research is guided by the hypothetical-deductive method, operating from and bibliographic research, national and foreign, in addition to jurisprudential research.

Keywords: Precedent 231. Brazilian Superior Court of Justice. Constitutional process. Due to the constitutional process. Democratic state.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal
CPPM	Código de Processo Penal Militar
DF	Distrito Federal
HC	Habeas Corpus
n°	Número
PR	Paraná
REsp	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	GÊNESE, CLASSIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO JURÍDICA DA SANÇÃO PENAL.....	17
2.1	Da finalidade da pena: considerações preliminares	22
2.2	Teoria absoluta ou retribucionista: análise e crítica	23
2.3	Teoria relativa ou de prevenção: análise e crítica	27
2.3.1	<i>Da prevenção geral: fundamento e críticas</i>	28
2.3.2	<i>Da prevenção especial: fundamento e críticas.....</i>	30
2.4	Da teoria correcionalista	32
2.5	Teoria da defesa	32
2.6	Teoria mista, eclética ou unitária	33
2.7	Da antinomia dos fins da pena.....	36
2.7.1	<i>A teoria do espaço livre.....</i>	37
2.7.2	<i>Teoria dos níveis (Stellenwetheorie ou Stufentheore)</i>	38
2.7.3	<i>Teoria da retribuição da culpabilidade.....</i>	39
2.7.4	<i>Teoria da proporcionalidade do fato</i>	39
2.7.5	<i>Teoria da proporcionalidade pelo fato baseada na prevenção geral</i>	40
2.8	Teoria da proporcionalidade pelo fato baseada na teoria expressiva da pena	41
2.9	A teoria da pena à luz do devido processo constitucional.....	41
3	A SANÇÃO PENAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	46
3.1	Os princípios constitucionais relativos à sanção penal: considerações iniciais.....	46
3.1.1	<i>Princípio da legalidade (ou da reserva legal).....</i>	48
3.1.2	<i>Princípio da pessoalidade</i>	50
3.1.3	<i>Princípio da individualização da pena.....</i>	51

3.1.4	<i>Princípio da limitação das penas</i>	52
3.1.5	<i>Princípios implícitos</i>	53
3.2	A dosimetria da sanção penal no Brasil: esboço de uma evolução histórica	56
3.3	O projeto do novo Código Penal e a dosimetria da sanção penal	61
4	FUNÇÃO JURISDICIONAL, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PRECEDENTES	66
4.1	A aplicação do direito: uma visão a partir do século XX	70
4.2	As decisões judiciais	72
4.3	A vinculação e precedentes no Brasil	73
4.3.1	<i>Conceitos correlatos aos precedentes</i>	77
4.3.2	<i>A força das decisões judiciais e a função legislativa</i>	78
4.3.3	<i>As súmulas no sistema jurídico brasileiro</i>	80
5	A SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	84
5.1	A vulnerabilidade dos motivos justificadores	85
5.1.1	<i>Limites mínimo e máximo</i>	85
5.2	Sistema de ampla indeterminação	87
5.3	Inadmissibilidade de “competição entre réus”	89
5.4	A literalidade da expressão “sempre atenuam”	91
5.5	Relevância punitiva das agravantes e das atenuantes	93
5.6	A perturbação do processo de individualização da sanção penal	94
5.7	O Enunciado 42 do Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais	95
6	CONCLUSÃO	97
	REFERÊNCIAS	100

1 INTRODUÇÃO

O cidadão está cada vez mais vigilante quanto ao exercício das funções do Estado. Se quanto à função executiva e legislativa, essa autêntica supervisão pode ser materializada diretamente pelos eleitores, permitindo a permanência, ou não, daqueles que se afinam com a maioria, em se tratando da função jurisdicional, a missão é mais delicada e sensível.

Afinal, a independência assegurada aos órgãos jurisdicionais, salutar no Estado Democrático de Direito, permite-lhes decidir de forma contramajoritária, ou seja, independentemente da vontade popular.

Todavia, o que se questiona é o desvio dessa independência resvalando em arbitrariedade. Uma súmula pode contrariar os marcos fixados expressamente por uma lei, expressão máxima do poder exercido pelo povo?

Um dos maiores desafios impostos aos operadores do direito é a garantia da segurança jurídica. Esta apresenta-se indispensável ao projeto democrático, à medida que possibilita ao povo usufruir, sem hesitação, dos princípios e regras por eles instituídos no Estado Democrático de Direito, conferindo a adequada amplitude ao texto constitucional e a restrição de conceitos vagos, imprecisos, em repulsa a qualquer tentativa de fundamentação, nos pronunciamentos jurisdicionais, despidas de regulamentação jurídica. Há que se conferir ao povo confiança e certeza na aplicação das leis, fruto de intensa reflexão no curso do processo constitucional legislativo.

Esta pesquisa tem como temática a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999), que veda a redução da pena provisória abaixo do mínimo legal. O referido verbete contraria expressa disposição legal, notadamente o art. 65 do Código Penal, e, por isso, viola vários princípios de natureza constitucional, ínsitos à aplicação da sanção penal, notadamente, a legalidade (ou reserva da lei), a pessoalidade, a individualização e limitação das penas, conferindo a situações distintas soluções idênticas. Eis o cerne do problema de pesquisa: o enunciado da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999) alinha-se ao devido processo constitucional e às previsões contidas no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, ao art. 65, *caput*, do Código Penal?

Assim, afirma-se inicialmente, como hipótese de pesquisa, que os precedentes da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999) adotam premissas incompatíveis com a garantia fundamental da jurisdição e com o devido processo constitucional, violando frontalmente os princípios da legalidade (ou reserva da lei), a

personalidade, a individualização e limitação das penas, além do princípio máximo do Estado Democrático de Direito.

Para o desenvolvimento da pesquisa, adotar-se-ão os conceitos de processo constitucional e de Estado Democrático de Direito, entabulados por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, e sua compreensão una de poder (exercido exclusivamente pelo povo), capazes de balizar o exercício da função jurisdicional em bases efetivamente democráticas (DIAS, 2018).

Como justificativa para a pesquisa, tem-se que os órgãos jurisdicionais e a garantia fundamental da jurisdição devem conferir ao povo, que não é apenas destinatário das decisões, mas seu protagonista, tratamento compatível com os ideais democráticos. Afinal, à margem de expressa determinação legal e com a aparente violação a alguns dos princípios constitucionais que regulam a imposição de uma pena no Brasil, a edição de uma súmula por um tribunal superior deve ser (re)visitada, porque leva à inquietude um confronto expresso e explícito entre aquilo que decidiram os verdadeiros representantes do povo e um grupo muito seleto de operadores do direito.

O objetivo geral da pesquisa é, portanto, estabelecer crítica ao enunciado da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999) e sua aplicação, buscando verificar a sua compatibilidade com o devido processo constitucional.

São objetivos específicos da pesquisa: (a) investigar a gênese, a classificação e a delimitação jurídica da pena e, no desdobramento dessa investigação e análise histórica, estabelecer críticas às teorias da pena, para, ao final, indicar as diretrizes adequadas à aplicação da sanção penal de acordo com o processo constitucional; (b) investigar as balizas impostas pelo texto constitucional na aplicação da sanção penal e as regras infraconstitucionais atinentes a sua dosimetria no Brasil – e eventuais propostas legislativas para seu aperfeiçoamento; (c) compreender o adequado exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito, inclusive os aspectos inconsistentes que envolvem o dito sistema de precedentes brasileiro, especialmente no que se refere à elaboração e aplicação das súmulas; (d) desenvolver, a partir da análise da fundamentação contida nos precedentes da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999), crítica à elaboração e aplicação do referido verbete e, ainda, ao Enunciado 42 do Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, demonstrando sua incompatibilidade com o devido processo constitucional.

O desenvolvimento do trabalho estrutura-se em quatro capítulos.

No capítulo dois, intitulado **Gênese, classificação e delimitação jurídica da sanção penal**, por meio de análise histórica e das teorias remotas e tradicionais da pena, entre elas, a teoria absoluta, a teoria relativa, a teoria correicionalista, a teoria da defesa a teoria mista, entre outras, são apontados os pontos mais sensíveis dessas construções. Ao final, e abrindo caminho para as críticas à Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999), apresentam-se aquelas que seriam as linhas principais do devido processo constitucional e de sua aplicação à teoria da sanção penal, considerando a concepção de processo constitucional para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (DIAS, 2018).

O capítulo três, denominado **Sanção penal e o ordenamento jurídico brasileiro**, investiga as balizas impostas pelo texto constitucional na aplicação da sanção penal, passando pelos princípios diretamente relacionados, a saber, a legalidade (ou reserva legal), a pessoalidade, a individualização e limitação das penas, além dos princípios implícitos. O capítulo analisa, também, o esboço histórico da dosimetria da pena no Brasil e, no que se refere ao problema de pesquisa, o Projeto do Novo Código Penal brasileiro.

O capítulo quatro, intitulado **Função jurisdicional, Estado Democrático de Direito e precedentes**, dedica-se ao exercício da função jurisdicional à luz do Estado Democrático de Direito, considerando a concepção de processo constitucional de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (DIAS, 2018), tendo como foco as súmulas e a vinculação dos precedente no sistema jurídico brasileiro.

O capítulo cinco, desenvolvido sob o título **A Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça**, debruça-se sobre os precedentes do referido enunciado, analisando os pontos vulneráveis e incompatíveis com o princípio do Estado Democrático de Direito. No mesmo contexto, avalia o Enunciado 42 do Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que reproduz o desacerto da Súmula nº 231 (BRASIL, 1999).

No que se refere aos demais aspectos metodológicos, a pesquisa se orienta pelo método hipotético-dedutivo, operando-se a partir e pesquisa bibliográfica, nacional e estrangeira, além da pesquisa jurisprudencial.

2 GÊNESE, CLASSIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO JURÍDICA DA SANÇÃO PENAL

O conceito de pena evoluiu com o tempo, mas sempre foi associada à ideia de castigo, de reprimenda, de censura.

Na definição de Frederico Marques, a “pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, através de processo, ao autor de um delito, como retribuição de seu ato ilícito e para evitar novos delitos” (MARQUES, 1999, p. 136).

Como acentua o mencionado penalista, “as penas e os delitos são igualmente males impostos pela agência livre dos homens”, sendo que a diferença entre ambos extrapola a natureza, “que é e pode ser a mesma” (MARQUES, 1999, p. 136). Aquelas “são abonadas pela lei, e os delitos são ilegítimos”. Para além disso, numa visão utilitarista, “a pena causa um mal da primeira ordem e um bem da segunda” à medida que faz passar “o criminoso por um padecimento” e serve para amedrontar “os homens perigosos”, vindo a ser “o único abrigo que pode manter e conservar qualquer sociedade” (BENTHAM, 2002, p. 21-22).

Roberto Lyra, debruçando-se sobre a etimologia do vocábulo, lembra que a palavra pena deriva do latim *poena* (castigo, suplício), para uns, e *pondus* (peso), para outros. Estes justificariam a opção pela necessidade de equilibrar dois pratos na balança da justiça. Não bastasse, há quem identifique na expressão grega *ponos* (trabalho, fadiga) ou na sânscrita *punya* (pureza, virtude), a sua verdadeira origem (LYRA, 1958, p. 11).

Aliás, tratando-se de origem, observa-se inexistir consenso entre os estudiosos quanto a sua gênese, exceto que se trata de algo “remotíssimo, perdendo-se na noite dos tempos, sendo tão antiga quanto à própria humanidade” (PIMENTEL, 1983, p. 115).

Essa conclusão se assenta na certeza de que todos os agrupamentos sociais, ainda que primitivos, seguiam normas e o seu descumprimento implicava apenamento. Manoel Pedro Pimentel, com as pegadas de “informações históricas contidas em relatos antropológicos, oriundos das mais diversas fontes”, anuncia que a pena, como tal, guarda um carácter sacral (PIMENTEL, 1983, p. 115-117).

A desobediência às regras totêmicas fizeram nascer os primeiros castigos, cuja execução possuía um carácter coletivo, em que pese a autoridade do chefe religioso, porque “acreditava o homem primitivo que a infração ‘totêmica’ ou a desobediência ‘tabu’ atraíam a ira da entidade sobrenatural ofendida sobre todo o grupo, caso este não punisse o infrator, para desagrar a entidade”. À luz dessas colocações, é de se registrar que a pena ostentava um carácter reparatório, abrandando “a ira da entidade ofendida, visando a que esta, satisfeita, não vingasse castigando todo o grupo” (PIMENTEL, 1983, p. 115-117).

A multiplicidade de tribos e, também, a abundância de “*totens*” ensejaram dois tipos de punição, quais sejam, a perda da paz e vingança do sangue. A primeira, que consistia na expulsão do membro da sua tribo, expondo-o, pois, aos inimigos e à morte, era reservada aos integrantes do grupo. A segunda, aplicada aos estrangeiros, ligava-se à cobrança pelo sangue da falta cometida (PIMENTEL, 1983).

Os excessos que se praticavam na execução dos castigos mencionados conduziram à vingança limitada. Restringia-se, a partir de então, a reação à retribuição do mal recebido na mesma proporção em que a ofensa se implementara (de *talis*, tal).

Por óbvio, em que pese se apresentar mais racional que a vingança ilimitada, guardando um senso de proporcionalidade, o talião acarretava inconvenientes, já que, à guisa de exemplo, poderia implicar a duplicação do número de mutilações (do agressor e do ofendido).

Optou-se, então, numa fase preliminar, pela substituição do agressor, isto é, entrava em cena um escravo, que recebia a punição. Posteriormente, essa medida evoluiu para a composição, de sorte que os delitos eram reparados patrimonialmente, evitando-se a punição corporal.

Adverte Manoel Pedro Pimentel que “até aqui encontramos formas de castigar que não se caracterizam como penas públicas [...], mas apresentadas como uma mescla de reconciliação sacral e de vingança” (PIMENTEL, 1983, p. 122). Ou seja, foram “exigências de natureza mágica ou religiosa e por fim de ordem moral, mais do que de conservação e sobrevivência” que emprestaram “sobrecarga metafísica” à concepção de pena (PIMENTEL, 1983, p. 122).

O transcorrer do tempo ¹, entretanto, atenuou aquele entendimento, fazendo sobrepor-se “a ideia de que se trata de um meio ajustado a promover a continuidade e segurança da ordem social” (FIRMO, 1976, p. 10).

Na Escola Clássica, a sanção penal não mais traduzia numa exigência de justiça, mas em imperativo de defesa social contra o crime. Chama a atenção Aníbal Bruno de Oliveira Firmo para o fato de que “o paradoxal é que a escola viria a ser o expoente das teorias absolutas”, embora tenha se apresentado, com Beccaria e os seus seguidores diretos, “como representante das teorias relativas” (FIRMO, 1976, p. 17).

¹ Mesmo na Idade Média e em séculos imediatamente posteriores, o matiz religioso se fez presente, de modo que se atribuía à pena um caráter retributivo e expiatório. As ideias de prevenção geral na aplicação da pena que brotaram àquela época baseavam-se na exemplaridade dos castigos. Somente com o surgimento das escolas penais ocorreu uma revisão nas questões relacionadas à concepção, à natureza e aos fins da pena.

De fato, a fase propriamente jurídica da escola², com Carrara, Rossi e Pessina, tornou a pena um instrumento de expiação do crime, fazendo da sanção a justa retribuição, o castigo que se faz sofrer ao delinquente pelo mal que praticou (FIRMO, 1976).

É de se reconhecer, portanto, que a sua análise acerca da origem da pena percorre, num primeiro momento, a noção de sanção. Afinal, “a pena é a sanção característica da transgressão considerada crime” (MAGGIORE, 1932, p. 345). Essa, enquanto regra secundária, pode ser compreendida como a consequência da violação de um mandamento jurídico, contemplado numa regra primária ou preceptiva.

Traduz a sanção, segundo José Frederico Marques, enquanto “medida estabelecida pelo direito como consequência da inobservância de um imperativo” (MARQUES, 1999, p. 131), de um comportamento contrário ao direito e aos preceitos da ordem jurídica, o instrumento do qual lançará mão o Estado para garantir a obediência aos mandamentos insertos no preceito primário. Ela faz nascer o direito concreto de punir do Estado (MARQUES, 1999).

Na observação de Manoel Pedro Pimentel, o Estado, ao exercitar a punição, abriga o binômio “poder-dever” (PIMENTEL, 1983). “Poder”, porque se trataria de prerrogativa que decorre da própria soberania; “dever”, porque a imposição da sanção materializaria uma exigência de “cumprir uma obrigação decorrente das suas finalidades” (PIMENTEL, 1983, p. 177).

Opera-se, com a pena, uma invasão coativa na esfera dos direitos do réu. E essa intervenção chancela uma sobreposição do interesse coletivo em reagir à violação da norma e, via de consequência, de conservar uma sociedade juridicamente organizada, sobre o interesse individual. Nesse diapasão, acentua Aníbal Bruno de Oliveira Firmo que se funda “a legitimidade da pena na imprescindibilidade da sua existência para que o agregado social possa subsistir. A razão que a impõe é a necessidade” (FIRMO, 1976, p. 11).

Enfatizando esse papel, adverte Ataliba Nogueira:

[...] o fim supremo do direito penal é o bem comum; mas, o característico de sua natureza específica, o fim próprio seu é a garantia da ordem social. Daí a necessidade do castigo para o reto governo da sociedade. A expiação e a retribuição são manifestações da pena, são meios e não fim da pena. Como meios hão de subordinar-se ao fim de regular-se pelo fim. (NOGUEIRA, 1956, p. 12).

Pontuando a importância desse remédio, observa Fernando Galvão da Rocha:

² O movimento de renovação partiu da filosofia, não sendo considerada a obra de Beccaria jurídica no sentido estrito. O mesmo fenômeno se verificou com Feuerbach, a quem se atribui a condição de fundador da ciência alemã do Direito Penal. Anteriormente ao projeto do que se tornou o Código Penal da Baviera, foi filósofo Kantiano.

[...] a ameaça que a pena representa ao indivíduo constitui o ponto de partida para as considerações a respeito da missão social do Direito Penal, bem como da justificação de sua própria existência. A graduação concreta da pena deve estabelecer uma justa proporção entre o mal do crime e o mal da pena. O mal da pena, entretanto, deve sempre levar em conta o indivíduo que efetivamente o sofre. (ROCHA, 1995, p. 23).

Ora, a preconizada justa proporção realça a premissa de ser a pena uma categoria racional, tanto pela sua natureza, como pelas suas finalidades. Assim:

Quer se opte por uma concepção naturalística da pena, subordinando-a ao problema da periculosidade do delinquente, quer se funde a sua compreensão na ideia ética de um castigo ou sofrimento infligido ao transgressor, «malum passionis, propter malum actionis», o certo é que o conceito de pena implica um processo de racionalização da experiência, pondo-se a *consequência jurídica* como resultado de uma determinada forma de valoração do ilícito penal, resultado esse que sempre corresponde a uma correlação de meio a fim, segundo a perspectiva ou enfoque teórico preferido. (REALE, 1967, p. 44).

Essa resposta estatal assume várias facetas, que obrigam a sua classificação de acordo com os fins, efeitos e qualidade do bem jurídico atingido.

Quanto aos fins, identificam-se as penas intimidativas, destinadas àqueles que não enveredaram pela prática criminosa; de correção, voltadas ao infrator que ainda se encontra em condições de absorver nova orientação; e de eliminação ou segurança, cabíveis apenas nas hipóteses de delinquente incorrigível e perigoso, a fim de evitar que causem danos aos demais.

No que tange aos efeitos, as penas acomodam-se numa classificação de eliminatórias, que, como o próprio nome sugere, importam em banimento definitivo da sociedade³; de semi-eliminatória, operando-se temporariamente a eliminação do indivíduo; e de correção, voltadas à recuperação do cidadão, por vezes diminuindo o seu patrimônio ou mesmo restringindo a sua capacidade jurídica.

Quanto à qualidade do bem jurídico atingido, classificam-se as penas em capitais, porque suprimem a vida⁴; corporais⁵, em virtude de alcançarem a integridade física; infamantes, tendo em vista que prejudicam a honra; privativas ou restritivas da liberdade pessoal, já que voltavam à redução da capacidade de locomoção e da liberdade de domicílio; restritivas da capacidade jurídica individual, alcançando a esfera política, cívica ou civil; e, finalmente, pecuniárias, que recaíam sobre o patrimônio.

³ Vedada pela Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, XLVII, “d” (BRASIL, 2020a).

⁴ Vedadas pela Constituição da República de 1988, exceto no caso de guerra declarada, nos termos do art. 5º, XLVII, “a” (BRASIL, 2020a).

⁵ As penas corporais recebem também a denominação de aflitivas, atuando direta ou indiretamente sobre o físico, restringindo, sem impedir a liberdade de locomoção. Quando aplicadas sobre o corpo, as penas aflitivas classificavam-se em indeléveis ou deléveis, dependendo da constatação de deixarem ou não marcas. Cf. Lyra, 1958, p. 56-57.

Em função de sua importância, podem as penas ser rotuladas de principais, quando impostas isoladamente e incidirem sobre importantes bens jurídicos dos delinquentes – a vida, o patrimônio e a liberdade –, e de acessórias, para as hipóteses de serem aplicadas apenas ao lado de uma pena principal, ou quando a sua existência esteja subordinada “a uma pena principal, durante a execução desta ou depois de executada” (NÁUFEL, 1969, p. 216).

Impõe-se frisar que a expressão punir, que se liga à ideia de sanção, encontra sustentação apenas no terreno do Direito Penal. As demais sanções jurídicas, *v.g.*, dano, nulidade, decadência, restituição etc., não integram o universo das penas.

Sob outra frente, a pena se vincula ao processo, que se presta a lhe conferir legitimidade. Segundo o pensamento de Frederico Marques, é o controle jurisdicional que regulará o conflito que se instaura entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do réu, possibilitando a efetividade da sanção imposta (MARQUES, 1999).

Essa exigência pode ser sintetizada na máxima *nulla poena sine judicio*, que vem inserida no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e reflete postulado fundamental do Estado de Direito, o de que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2009, p. 7).

Urge assinalar que o instituto da pena pode ser esquadrihado sob vários pontos de vista. De fato, os seus fundamentos e fins interessam à Filosofia, que investiga o porquê de sua existência e de sua serventia; à Sociologia, que enfrenta o tema enquanto fenômeno de formação histórica e de conservação da ordem social; e à moral, à medida que se tem a pena como objeto de avaliação das ideias e dos sentimentos que têm condicionado a ordem moral (LYRA, 1958, p. 50).

Finalmente, no campo jurídico, do qual se ocupa este trabalho, a pena é analisada enquanto resposta à violação da lei penal em vigor. Ou, segundo Aníbal Bruno de Oliveira Firmo, “no seu sentido propriamente jurídico, a pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da estrutura e, assim, é definido na lei como crime” (FIRMO, 1976, p.10).

Também oportuna a lição de Juarez Cirino dos Santos, para quem:

As medidas repressivas são a razão da existência do Direito Penal: sem a pena criminal (e as medidas de segurança), as teorias da lei penal, do crime e da pena seriam desnecessárias. Por isso, afirma-se que a teoria do crime representa o conjunto dos pressupostos da pena (e dos substitutivos penais). A pena criminal, como seus regimes de execução e substitutivos, é a origem da teoria do Direito Penal, também chamada dogmática penal: o crime, como realidade concreta da

estrutura social, seria o produtor das leis e instituições penais (e respectivos substitutivos e complementos), na superestrutura de controle social). (SANTOS, 1985, p. 221).

Verifica-se, portanto, a importância de se identificar a gênese da pena como pressuposto para outras incursões, notadamente naquilo que diz respeito ao enfrentamento dos seus limites, bem como de se esquadriñar a sua classificação.

2.1 Da finalidade da pena: considerações preliminares

A análise do fundamento das penas fomentou candentes debates que desaguaram na formação de teorias. Estas, segundo a visão cética de Roberto Lyra,

somente são classificáveis para fins didáticos, tantas as sutilezas das opiniões e dos pontos de vista. [...] Os professores foram forçados a classificar as teorias sobre o fundamento e o fim do direito penal. Assim, distribuíram-nas, com mais ou menos arbítrio, porém a contento dos tratadistas e monografistas, que, indefectivelmente, repetem a sua divisão em absolutas, relativas e mistas. (LYRA, 1958, p. 25-26).

No mesmo sentido, acentua Euzébio Gómez que se a defesa social reclama o emprego de medidas coercitivas, a legitimidade destas não reclama demonstração (GOMES, 1931, p. 354).

Apesar das objeções que se interpõem, não se pode desprezar a leitura dessas correntes e teorias num trabalho que enfoca uma das facetas da resposta estatal. Afinal, desprezá-las implicaria ignorar o esforço desenvolvido ao longo dos anos para entender um fenômeno de capital importância para o Direito Penal: por que punir?

Ademais, oportuna se afigura a ponderação de Bitencourt, apoiado no magistério de Bustos Ramirez e Hormazabal Malarée, no sentido de que “pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si”, de sorte que “o desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena”. Daí a certeza de que a análise da pena, em sua amplitude, há que levar em consideração “o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve esse sistema sancionador” (BITENCOURT, 1993, p. 99).

Para além disso, como bem destacou Jorge de Figueiredo Dias, o problema dos fins – *rectius* das penas “constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal”. Acrescenta o autor que “o sentido, o fundamento e as finalidades da pena criminal são determinações indispensáveis para decidir de que forma deve aquela atuar para cumprir a função do direito penal” (DIAS, 1999, p. 89-90).

O certo é que o momento de aplicação da pena não pode traduzir em mera atividade mecânica, tampouco ser considerado secundário relativamente ao caminho que leva à condenação.

2.2 Teoria absoluta ou retribucionista: análise e crítica

À partida, não se deve perder de vista a relação que se estabelece entre a pena e a sua natureza de retribuição. Por mais que se identifique abrandamento na imposição da pena, Néelson Hungria assevera que não há como abandonar os vestígios da pena de talião:

*O modus faciendi da punição tem evoluído no sentido da brandura e da proporção, mas a ideia da retorsão do mal pelo mal continua inscrita e viva na razão humana, tal como o tempo do olho por olho, dente por dente. Surgiu com os primeiros homens e há de ser a pedagogia de todos os tempos, a correspondência entre o mal e o castigo, entre o bem e o prêmio. A pena como sofrimento aos que delinquem ou como contragolpe do crime (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*) traduz, primacialmente, um princípio humano por excelência, que é o da justa recompensa: cada um deve ter o que merece. (HUNGRIA, 1945, p. 131, grifos do autor).*

Merece registro a admoestação de Husman e de Celis quanto ao fato de que “a história e a antropologia” descartam a ideia de que sejam “a duração ou o horror do sofrimento infligido que apaziguam aqueles que eventualmente clamam por vingança, mas sim a dimensão simbólica da pena, ou seja, o sentido de reprovação social do fato que lhe é atribuído” (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 120).

Rememoram Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida que a questão relativa à retribuição mereceu análise de Platão. De acordo com os autores,

[...] nos textos do Górgias, das Leis, da República, a retribuição aparece como a forma providencial de justiça cósmica. Nas Leis, sobretudo, a ordem do mundo é dada pela justiça retributiva (Leis, 903). Esta é infalível. O melhor à alma que se separa do corpo é nada dever a ninguém, pois aquele que algo dever, ainda que se esconda (Leis, 905) sob a justiça encaminhada pela providência divina, haverá de sucumbir. De fato, a retribuição é o modo de justiça metafísica (República, 613), que ocorre desde o aqui e também no além. (BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 85).

A resposta do Estado ao infrator penal, para a teoria absoluta ou retribucionista, vai ao encontro de pretensa aspiração coletiva, no sentido de preservar as condições mínimas para o desenvolvimento pautado na ordem e na preservação daqueles valores sufragados como indispensáveis à tranquilidade e à perpetuação da espécie. Não bastariam sanções extrapenais, porquanto insuficientes à reparação do mal praticado.

Para além disso, à luz da teoria absoluta ou retribucionista, se se deve assegurar a cada um o direito que lhe toca, nada mais sensato do que punir, em nome desse mesmo raciocínio, aquele que descumpre o ordenamento. A retribuição, como caráter substantivo da pena, restabeleceria o equilíbrio e a proporcionalidade desejada pelos cidadãos.

Portanto, quando se cogita do caráter de retribuição da pena, a teoria retribucionista orienta-se pelo critério do bem comum e pela preservação do tecido social, o que justificaria a supressão do exercício momentâneo de direitos e de bens jurídicos disponíveis.

Por razões óbvias, a imposição da pena, embora signifique o sacrifício dos direitos individuais, não instrumentaliza o Estado de poderes absolutos, a ponto de ignorar que o infrator reúne também os atributos da pessoa humana. Sempre lhe deverá ser dispensado tratamento minimamente digno, mesmo porque o princípio retributivo engloba a visão de pena justa, de sorte a impedir que o Estado desfigure a sanção, retirando a força ética da punição, transformando-a em violência bruta e pura.

Assim, “a teoria absoluta encontra na retribuição justa, não só a justificativa para a pena, mas também a garantia de sua existência e o esgotamento de seu conteúdo” (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 1995, p. 38). Ou, na observação de Welzel, que reforça o raciocínio anterior: “Essas teorias afirmam que uma necessidade ética de punição também garante sua realidade, seja em virtude da identidade da razão e da realidade (Hegel), seja de um imperativo categórico (Kant) ou por causa de uma necessidade religiosa (Stahl).” (WELZEL, 1970, p. 328, tradução nossa).⁶

Adverte Cezar Roberto Bittencourt que a análise da pena em seu caráter absoluto percorre, necessariamente, a apreciação do próprio Estado que lhe confere vida. Desse modo, a visão da pena retratava um “castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, revelava-se também, no sentido mais que figurado, contra o próprio Deus” (BITENCOURT, 1997, p. 95). Ou seja, o crime traduzia uma infração de preceito divino; a pena, a imposição da divindade e a repressão exercida por delegação de Deus.

Porque o Estado absolutista é reconhecido como período de transição entre a sociedade da baixa Idade Média e a sociedade liberal, era necessária a implantação de meios que protegessem o capital, de sorte que à pena incidiram feições capitalistas (BITENCOURT, 1997).

Interessante observar que a ascensão burguesia joga por terra a identidade entre o Estado e a religião, dimensionando aquele como expressão da vontade do povo. O novo contrato social, que passa regular a vida em sociedade, transfere o eixo da retribuição: se antes era atendida a expectativa divina, passou-se a considerar o interesse do Estado e, portanto, apenas do homem como razão para a imposição da pena. Ela exauria a sua finalidade à medida que servia como retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens, de modo que a razão divina deu lugar à razão do Estado.

⁶ Texto original: “Estas teorías afirman que na necesidad ética de la pena garantiza también su realidad, sea em virtud de la identidad de razón y realidad (Hegel), o de um imperativo categórico (Kant) o a causa de uma necesidad religiosa (Stahl)”.

Apoiado nesse raciocínio, o indivíduo era punido quando descumpria o compromisso de preservar a organização social, fruto da liberdade natural que os seus componentes exerceram ao instituí-la. Sob essa ótica, à pena se atribui a tarefa de fazer justiça, sendo que “a culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena” (BITENCOURT, 1997, p. 112), e o fundamento da sanção estatal reside “no questionável livre arbítrio para distinguir entre o justo e o injusto” (BITENCOURT, 1997, p. 98). Essa guinada consistente na substituição do divino pelo humano deu ensejo à implantação do positivismo jurídico (BUSTOS RAMIREZ; HORMAZABAL MALARÉE, 1982, p. 120).

Kant, destacado representante das teorias absolutas da pena, advogava a premissa de que a cidadania é atributo que se deve conferir a quem observa a lei, que traduz um imperativo categórico (KANT, 1978). A ideia kantiana pode ser sintetizada na observação de Rodrigues Paniagua, quando assinalou que a lei universal ou geral a que se refere o imperativo categórico não se traduz na universalidade ou generalidade dos motivos das ações (PANIAGUA, 2013).

Para Kant, a imposição da pena, que há de corresponder ao mal cometido, numa autêntica chancela ao *ius talionis*, impescinde da violação à lei. A pena basta como instrumento da justiça, não encerrando qualquer função preventiva, mesmo porque “quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser na Terra” (KANT, 1978, p. 167).

Kant, negando toda e qualquer função preventiva da pena, quer para ele, acusado, quer para os integrantes da sociedade, considera, pois, que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido (BITENCOURT, 1993, p. 106).

Por sua vez, Hegel, outro expoente dentre os adeptos da teoria absoluta⁷, anuncia que a pena é a negação da negação do direito. Assim, o castigo, materializado na pena, permite que se negue ao delinqüente o direito de se rebelar contra a vontade geral. A pena recoloca a vontade geral num patamar superior ao interesse do infrator, que se insurgiu contra a ordem jurídica estabelecida (BITENCOURT, 1993).

Ou seja, “ocorrida a vontade irreal ou nula – vontade particular ou especial – que é a do delinqüente, o delito é aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena, que desse modo restabelece o direito lesado” (BITENCOURT, 1993, p. 87).

⁷ Além de Kant e Hegel, outros penalistas também se filiaram à teoria retribucionista. Carrara, em *seu Programa de Direito Criminal* (CARRARA, 1877) muito se aproximava de Hegel, defendendo que o fim primário da pena é justamente o restabelecimento da ordem externa da sociedade. Mezger preconizava que a pena é a irrogação de um mal que se adapta à gravidade do fato cometido contra a ordem jurídica. Welzel, por seu turno, tratava a pena como um postulado da retribuição justa, sofrendo cada um o que valem os seus atos.

Para além disso, “somente através da aplicação da pena trata-se o delinquente como ser racional e livre. Só assim ele será honrado dando-lhe não apenas algo justo em si, mas lhe dando o seu direito (BITENCOURT, 1997, p. 101).

Em comum, Hegel e Kant atribuíam um conteúdo talional à pena, sendo que aquele percebia a sanção como uma forma de compensar o delito e de recuperar o equilíbrio. Assim:

Seriam absolutas as teorias que situam o fundamento e o fim da pena na natureza absoluta desta, sem indagar sua justiça ou sua utilidade. Pune-se quia peccatum est, porque a pena é justa em si. O crime, mais do que o pressuposto, seria o fundamento da pena, e esta, pura e simplesmente, a consequência jurídica, necessária e infalível do crime. (LYRA, 1956, p. 26).

Não passa despercebida também a ideia difundida por Stahl, que coloca a pena como retribuição divina. Essa visão parte da premissa de que Estado não representa uma criação humana, mas uma realização temporal de vontade divina. A pena, portanto, apresenta-se como um “instrumento pelo qual o Estado pretende vencer a vontade que deu causa ao delito que violou a lei que materializa a vontade do divino criador” (ROCHA, 1995, p. 26).

Duas outras correntes são identificadas no capítulo das teorias absolutas.

A primeira, encabeçada por Herbart e Geyer, justifica a pena como necessidade estética, de sorte que “a pena, por meio de retribuição, estabelece a justiça no lugar da injustiça”, ao passo que a outra, liderada por Kohler, sustenta que o “fundamento da pena é a força da purificação e da justificação emanada da dor, que purga, repara e faz expiar” (LYRA, 1958, p. 28).

Na síntese de Sérgio Shecaira e de Alceu Corrêa Júnior, a grande qualidade da teoria está em difundir a ideia da medição da pena, “o que nós podemos chamar de princípio da proporcionalidade” (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 1995, p. 100).

Realmente, adverte Jescheck que a retribuição não se confunde

[...] com a vingança, com obscuros sentimentos de ódio ou com reprimidos instintos agressivos da sociedade; a retribuição é um princípio proporcional. De acordo com a ideia de retribuição, o delito cometido é causa e medida da pena que, por sua vez, é a resposta ao delito e deve adaptar-se ao grau do injusto e de culpabilidade, quer dizer, adequar-se à sua natureza e gravidade. (JESCHECK, 1981, p. 93).

A reboque desse entendimento de que pena e vingança traduzem expressões inconfundíveis, esclarece Ataliba Nogueira que a primeira tem origem “mesquinha e baixa”, enquanto aquela se pauta numa “uma necessidade vital para o grupo” (NOGUEIRA, 1956, p. 16).

A explicação para a utilização inadequada dos termos, segundo o autor, se assenta a influência da linguagem teológica, que “identifica a justiça divina e a vingança divina: *Deus enim vindicans vindicabit*” (NOGUEIRA, 1956, p. 16).

Em sua conclusão, mesmo os fatos de vingança privada não podem ser tidos como pena, mas, quando muito, um substitutivo da pena (NOGUEIRA, 1956). É que eles eram aplicados em épocas caracterizadas por “desorganização social, com eclipse ou desfalecimento da autoridade” (NOGUEIRA, 1956, p. 18). Ainda na visão de Ataliba Nogueira, nem mesmo o emprego do talião externaria a vingança. É que, num primeiro momento, não se pode olvidar que não dispendo o grupo social de força pública, “a autoridade permitia (permissão originária do próprio costume) o emprego do talião. Ao mesmo tempo, aí estava a medida da pena: com o talião a vingança não levaria a excessos” (NOGUEIRA, 1956, p. 18).

Não bastasse o mérito da proporcionalidade que a teoria retributiva semeou, destaca Figueiredo Dias que ela erigiu “[...] o princípio da culpabilidade em princípio absoluto de toda a aplicação da pena”, apondo, ainda, um “veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa humana” (DIAS, 1999, p. 93).

A tese retribucionista, entretanto, é alvo de duras e pesadas censuras. Com efeito, ela não se ocupa da proteção aos bens jurídicos, mas apenas e tão somente da expiação do mal do crime, o que se revela inconcebível para um “Estado democrático, pluralista e laico, que não pode ser arvorar em entidade sancionadora do pecado e do vício” (DIAS, 1999, p. 94).

Além disso, ao colocá-la como algo independente dos fins (*ab soluta*, que significa desligada), ignora-se que a pena produz “efeitos relevantes *na e para* a vida comunitária, não devendo a questão ser desvalorizada como questão meramente terminológica” (DIAS, 1999, p. 94).

Ainda na listagem de críticas tecidas por Jorge de Figueiredo Dias (1999), observa-se que as dimensões que se procuram emprestar à sanção, isto é, o mal pelo mal, desprestigia a ressocialização do indivíduo e passa ao largo do propósito de repor a paz social, contrária, nos dizeres do autor, da atuação preventiva e da pretensão de controle da criminalidade.

2.3 Teoria relativa ou de prevenção: análise e crítica

A par da dimensão individual que o caráter retributivo confere às penas, há, também, o espaço social que inspira a medida sancionadora. Evitar a prática delituosa constituiria a verdadeira finalidade da pena, de acordo com as teorias relativas.

Em outras palavras, se de acordo com as teorias absolutas, a punição se justificava apenas pelo ato de delinquir, baseando-se na ideia de efetivar a justiça, a preocupação das teorias relativas voltava-se a inibir a prática de novos crimes. Daí o seu caráter intimidatório.

Na observação de Bentham, a pena constitui o mecanismo apropriado para prevenir os crimes.

O castigo em que o réu padece é um painel em que todo homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido, se infelizmente incorresse no mesmo crime”, pelo que “o modo geral de prevenir os crimes é declarar a pena que lhe corresponde, e fazê-la executar, o que, na acepção geral e verdadeira serve de exemplo (BENTHAM, 2002, p. 23).

É atribuída a Sêneca a mais antiga formulação das teorias relativas. Utilizando-se de Protágoras e de Platão, anunciou que “nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar” (BITENCOURT, 1997, p. 104).

Essa prevenção se desdobra em duas frentes, uma voltando para a sociedade – prevenção geral, e a outra para o próprio delinquente – prevenção especial. Em ambas, é de se frisar, persiste a ideia central de intimidação. As modalidades ora mencionadas decorrem de classificação baseada nos meios empregados e na amplitude dos fins a que se propõe.

2.3.1 Da prevenção geral: fundamento e críticas

Na prevenção geral, o principal efeito seria o desestímulo que a pena propicia à generalidade dos cidadãos, de sorte a admoestá-los a manter suas condutas nos limites da legalidade. Em outras palavras: “Pune-se *‘ut ne peccetur’*, adotando-se a pena, porque é útil, apreciando-se os seus resultados prováveis, como instrumento das conveniências sociais, como meio tutelar da segurança e da conservação coletivas.” (LYRA, 1958, p. 26).

A intimidação e o medo funcionariam como ingredientes aptos a desestimular a prática delituosa e a proteger a sociedade. Esses objetivos, entretanto, seriam alcançados mediante “o agravamento das cominações legais e a execução exemplar da sanção penal” (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 1995, p. 39).

Essa conjugação de fatores vem explicitada na teoria da coação psicológica, havida como uma das primeiras formulações jurídico-científicas da prevenção geral (SHECAIRA, 1995). A pena definiria a ameaça da lei aos cidadãos para que estes não a descumpram, comportando-se em conformidade com o ordenamento jurídico. Trata-se, pois, da própria coação psicológica. Assim, sempre poderiam os homens sopesar vantagens e desvantagens anteriormente à prática de qualquer conduta tida como penalmente relevante.

Aliás, a racionalidade do homem para mensurar as suas ações, com a intimidação ou a utilização do medo, resumem as ideias que sustentaram a prevenção geral.

Cumprir destacar que a imposição da pena no caso concreto, num primeiro momento, reafirmaria a ameaça anteriormente anunciada. Ou seja, tratar-se-ia de algo passível de ser

cumprida. Ao depois, inviabilizaria a vingança privada à medida que impediria que se alegasse, em função de um precedente impunido, o direito de ser perdoado, ao menos uma vez.

Bustos Ramirez e Hormazabal Malarée lembram que essas ideias fluíram a partir do iluminismo, de modo que estiveram presentes na passagem do Estado absoluto ao Estado liberal (BUSTOS RAMIREZ; HORMAZABAL MALARÉE, 1982, p. 122).

É de se patentear que a teoria da prevenção geral não recorre ao fim de retribuição pela culpabilidade do agente, mas na motivação do agrupamento social para que se paute nos limites da legalidade.

Os grandes méritos dessa teoria consistem na preocupação de se perseguir a pacificação social, ainda que tal conceito soe um tanto quanto fluido, e no reconhecimento de que a impunidade fomenta a prática de outros delitos.

A vulnerabilidade dessa tese, por outro lado, afigura-se à medida que se verifica a presença dos delinquentes profissionais, os habituais e mesmo os impulsivos ocasionais. Tanto o é que Roxin advertiu: “Cada crime constitui, aliás, pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral” (ROXIN, 1986, p. 24).

Não bastasse, a pena aplicada por magistrados, ou mesmo aquela prevista pelo legislador, se inspirada na finalidade de advertir os demais cidadãos, nem sempre traduzirá a medida da culpabilidade, podendo, por vezes, superá-la (SAUER, 1956, p. 19).

Sob outro enfoque, tem-se que o êxito dessa teoria, necessariamente, dever-se-ia basear na premissa de que todos detêm o conhecimento da norma e de suas consequências. À evidência, trata-se de mera especulação, porque a regra é o desconhecimento da lei. Igualmente, nem todos conseguem empreender a correta proporcionalidade entre as vantagens e as desvantagens quanto à prática de se cometer um delito, a ponto de alguns asseverarem que esse modelo de “*homo oeconomicus*” simplesmente inexistente.

Não bastasse, nunca se saberá, efetivamente, se a opção por não delinquir decorre da motivação pela possibilidade de ser punido, ou se outros fatores, *v. g.*, educacionais e religiosos concorreram para a inibição.

Finalmente, fosse verdadeira a premissa nuclear da teoria da prevenção geral, o incremento das penas corporais teria propiciado a diminuição nos índices de criminalidade, o que efetivamente não ocorreu.

Esse cenário, além de expor as fragilidades da prevenção geral, demonstra a impossibilidade de o Estado, baseando-se exclusivamente nessa proposição, aplicar sanções e estabelecer limites. Na conclusão de Bettiol, “uma pena ligada ao perigo dum crime futuro ou

não tem sentido ou é expressão duma concepção política totalitária” (BETTIOL, 1966, p. 28-29).

A reboque dessa colocação, lembra Balestra que a prevenção geral refletiu o modo de pensar de uma época, quando as penas cruéis e a propagação do temor resumiam os mecanismos à disposição do Direito Penal (BALESTRA, 1953, p. 89).

No Brasil, ao que rememora Luiz Flávio Gomes, quando do descobrimento, estavam em vigor as Ordenações Afonsinas. Segundo o autor:

As penas eram impostas como forma de intimidação pelo terror. A finalidade da pena (preventiva geral, na forma de intimidação) não era observada e, tampouco, a sua proporção com a gravidade do delito. As penas eram severas e cruéis. Aos nobres sempre eram impostas penas menos graves do que aos plebeus. (GOMES, 2006, p. 262).

De qualquer forma, a prevenção geral, enquanto fundamento para aplicação da pena, opera-se de modo incerto, buscando evitar aquilo que sequer sabe se acontecerá.

2.3.2 *Da prevenção especial: fundamento e críticas.*

No tocante à prevenção especial, pautam-se seus adeptos a impedir a prática delituosa por meio de uma atuação voltada ao criminoso, quer intimidando aquele delinquente ocasional, quer reeducando os que podem ser corrigidos, quer, finalmente, tornando inofensivos os que demonstram ser incorrigíveis (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 1995, p. 39).

O objetivo da prevenção, portanto, é perseguido com base “na possibilidade de internalização da reprimenda”, que intimida o autor do crime, bem como pela “possibilidade de ressocialização desse indivíduo” (ROCHA, 1995, p. 31).

Com efeito, Von Liszt,⁸ ao elaborar o Programa de Marburgo, preconizava que a imposição de uma pena percorre os propósitos de ressocialização e de reeducação do infrator, sem prejuízo da intimidação imposta àqueles que não necessitam ressocializar e da neutralização dos incorrigíveis (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009).

Na versão de Fernando Galvão da Rocha, o tratadista alemão também se valeu da teoria da coação psicológica de Fuerbach. Assim, porque os delitos derivam de impulsos do desejo destinados à obtenção de prazer, esses impulsos podem ser contidos se estiver ciente o autor da possibilidade da aplicação da pena (ROCHA, 1995, p. 31).

⁸ Outras correntes também se identificam com a postura preventivo-especial, como a teoria da defesa social, de Marc Ancel, na França, e a teoria correcionalista, de inspiração Krausista, na Espanha. Cf. Bianchini; Molina; Gomes, 2009

Verifica-se que a teoria encontrou na crise do Estado Liberal terreno fértil para o seu desenvolvimento, já que as condições de exploração e de miséria que assolavam a sociedade implicaram um perigo potencial para a nova ordem estabelecida. Desse modo, a pena deveria instrumentalizar a defesa da nova ordem, já que o delito passou a ser considerado um dano social e o infrator, um perigo social capaz de colocar em risco a nova ordem.

A teoria da prevenção especial resgata a função social para a pena, rejeitando, pois, os castigos desnecessários para combater a criminalidade.

A objeção à tese reside na constatação de que os fins da prevenção especial não cumpririam o seu papel diante daquele delinquentes que não necessitasse de reeducação ou intimidação, como, por exemplo, na hipótese de não se vislumbrar a possibilidade de voltar a cometer novos crimes. Nesse caso, o autor do delito estaria impune (BITENCOURT, 1997, p. 70).

Em contrapartida, mas calcado na mesma premissa, patrocinaria imensa injustiça, se mantivesse o autor de um crime de menor expressão por longo período, se fosse esse o tempo previsto para desestimulá-lo a novas aventuras delituosas.

Essa solução, à evidência, chancelaria um estado policial, sem prejuízo de desrespeitar as liberdades individuais. Em outras palavras, o particular permaneceria “ilimitadamente à mercê da intervenção estatal” (ROXIN, 1976, p. 21).

Ainda no terreno das críticas, é forçoso reconhecer que a punição se lastrearia no pressuposto da periculosidade e não mais da culpabilidade.

Jeschek questiona a eficácia da prevenção especial como instrumento de educação e de ressocialização, propondo uma reflexão sobre a possibilidade de renúncia do Estado ao direito de punir e a canalização de maiores recursos para a assistência social (JESCHECK, 1981, p. 95-103).

Implementando sua censura à proposta de que a pena, especificamente a de prisão, se prestaria como meio ressocializador, Ataliba Nogueira ressalta, apoiado em estatísticas, que 2/3 dos criminosos de São Paulo, nos idos de 1940, “são apenas criminosos”, de sorte que nada mais errado do que supor que “todos os criminosos carecem de regeneração”. Em verdade, são “gente para em quem o crime foi um mero episódio isolado da vida. O que necessitam eles, portanto, é de castigo” (NOGUEIRA, 1956, p. 79).

O certo é que punir pela perspectiva de cometimento de novos delitos pelo infrator não se afigura razoável e definitivo.

2.4 Da teoria correcionalista

A teoria correcionalista, também conhecida como teoria da reforma ou da emenda, apresenta-se como “uma variante da teoria da prevenção especial”⁹, dela diferindo porque não se trabalha com “a ideia de temor ou de coação da pena sobre a pessoa do delinquente” (ROCHA, 1995, p. 35).

Todavia, a teoria correcionalista considera a possibilidade de evitar o crime por meio do melhoramento da pessoa do infrator. A reeducação do delinquente para que não cometa novos crimes há de ser a tônica da atuação do Estado. Em assim ocorrendo, a pena irá ao encontro dos interesses do indivíduo e da sociedade.

Lembra Fernando Galvão da Rocha que o grande expoente dessa corrente, na Espanha, foi Pedro Dorado Montero, ao lançar o *Direito Protetor dos Criminosos*, em 1915. Nessa obra, parte o autor do pressuposto de que o crime representa uma criação humana, cabendo ao Estado estabelecer a valoração de cada comportamento. Cumpriria ao Estado corrigir o indivíduo, no sentido de que absorva a necessidade de pautar a sua vida num contexto de legalidade (ROCHA, 1995, p. 35).

Essa teoria, a exemplo do que se verifica na teoria da defesa, merece abordagem, mas sem a preocupação dedicada às demais, considerando os objetivos deste trabalho, priorizando o estudo da pena no Brasil.

2.5 Teoria da defesa

A teoria da defesa apresenta-se sob três subdivisões, alimentadas pelo enfoque que se confere às penas.

Na primeira vertente, nominada teoria da defesa indireta, considera-se que o delito produz efeito em toda a sociedade, de sorte que se reserva ao Direito Penal um papel de reestruturação desse direito de defesa. Afigura-se legítimo, pois, que a pena suceda ao delito, porque essa solução se insere num contexto de proteção da coletividade e da própria vítima. Para a obtenção desse desiderato, a pena há que visar o futuro delinquente, desestimulando-o da prática criminosa.

Numa segunda frente, emerge a defesa justa, cujas bases foram expostas por Francesco Carrara (ROCHA, 1995, p. 37). Preconiza-se que a aplicação da pena se sustenta apenas

⁹ O eixo de desenvolvimento de ambas as teorias ainda reside na preocupação com a pessoa do infrator.

quando colocada a serviço da defesa da humanidade. Nas palavras de Fernando Galvão Rocha: “Dessa forma, a defesa realizada contra o delito somente se concebe dentro dos limites do que seja considerado como justo” (ROCHA, 1995, p. 37).

Finalmente, tem-se a teoria da defesa social. Nela, segundo Ferri, a responsabilidade penal é social e não moral (FERRI, 1930, p. 150). Isso porque a teoria se baseia numa visão conjuntural da sociedade, reconhecendo o seu direito de opor-se às agressões que se lhe dirigirem. Nessa teoria, a imposição da pena traduz resposta que não se volta à ação infracional, mas à repercussão dessa ofensa.

2.6 Teoria mista, eclética ou unitária

As críticas lançadas contra as teorias abordadas deram azo ao surgimento das teorias ecléticas, também conhecidas como mistas ou unificadoras. Nelas, a preocupação era a de reunir os propósitos preventivos e retributivos, isto é, os aspectos positivos das teorias anteriores, o que não traduziu tarefa simples. Isso porque:

[...] o que se busca é a realidade por trás da ação coercitiva do Estado, suas razões e intenções para com a sociedade que constitui em Estado Democrático de Direito. Só assim se poderá encontrar a legitimidade da sanção penal aplicada, de formas diferentes em épocas distintas, de acordo com as vicissitudes da política criminal de um Estado. (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 1995, p. 39).

De qualquer forma, a nova ordem propunha que as abordagens anteriores acerca da finalidade da pena, porque essenciais, não poderiam ser compartimentadas, já que eram aspectos distintos de um mesmo fenômeno.

Nessa linha de raciocínio, seria impróprio acolher as soluções fechadas adotadas pelas teorias absoluta e relativa. A pena se justificaria, a um só tempo, pela análise e conjugação dos fatores relativos à culpabilidade, à necessidade de promover a sua reinserção social e à prevenção geral. Na visão de Toledo y Ubieto, “a unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem” (TOLEDO Y UBIETO, 1981, p. 217).

Assim, relativamente ao fundamento da pena¹⁰, apenas o fato praticado deve orientar a imposição da sanção. Descartam-se, por consequência, a intimidação da sociedade preconizada pela prevenção geral e a fundamentação preventivo-especial da pena, “que tem como base aquilo que o delinquente pode vir a realizar se não receber o tratamento a tempo, e

¹⁰ Para os adeptos dessa teoria, fundamento e finalidade não se confundem.

não o que já foi realizado, sendo um critério ofensivo à dignidade do homem ao reduzi-lo à categoria de doente biológico ou social” (BITENCOURT, 1997, p. 112).

Mir Puig reconhece que essas teorias conferiram ao Direito Penal uma função de proteção à sociedade e a partir delas se identificaram duas correntes, quais sejam, a conservadora e a progressista (BITENCOURT, 1997).

A primeira abarca o entendimento daqueles que acreditam que a defesa da sociedade passa pela retribuição justa, sendo que, na determinação da pena, os fins preventivos assumem um papel complementar; a segunda, ao contrário, coloca a defesa social como fundamento da pena: “À retribuição corresponde a função apenas de estabelecer o limite máximo de exigências de prevenção, impedindo que tais exigências elevem a pena para além do merecido pelo fato praticado.” (BITENCOURT, 1997, p. 112).

Todavia, não permaneceu imune a críticas essa nova proposta, pois a denunciava Roxin ao anunciar que a justaposição de concepções diferentes propiciava a destruição da “lógica imanente à concepção”, sem embargo de aumentar “a qual se converte assim num meio de reação apto para qualquer realização. Os efeitos de cada teoria não se suprimem em absoluto entre si, antes se multiplicam” (ROXIN, 1986, p. 26).

O insucesso das teorias unificadoras, decorrente das contradições que afloravam, fomentou novas pesquisas, que desaguaram na formalização da teoria da prevenção geral positiva. Esta, por sua vez, apresentou ramificações.

A primeira diz respeito à prevenção geral positiva fundamentadora, cujos expoentes são Welzel e Jakobs.

Aquele sustentava que a função ético-social conferida ao Direito Penal, para além da proteção dos bens jurídicos, importa garantir a vigência real dos valores éticos de ação da atitude jurídica. Ou seja, “ao proscrever e castigar a violação de valores fundamentais, o Direito Penal expressa, da forma mais eloquente de que dispõe o Estado, a vigência de ditos valores, conforme o juízo ético-social do cidadão, e fortalece sua atitude permanente de fidelidade ao Direito.” (BITENCOURT, 1997, p. 112).

Jakobs, por seu turno, conferia ao Direito Penal uma função orientadora das normas jurídicas. Estas estabilizam aquilo que já se encontra arraigado no meio social. Desse modo, “a pena serve para destacar com seriedade, e de forma ‘cara’ para o infrator, que a sua conduta não impede a manutenção da norma.” (JAKOBS, 1995, p. 15).

Nesse diapasão, a infração é negativa, porque viola a norma e, por consequência, o preceito primário implícito, ao passo que a pena é positiva, porque reflete a própria vigência da lei frente àquele comportamento negativo.

Sucederam vários argumentos no sentido de arrostar a nova tese.

A bateria de ataques iniciou com Mir Puig ao questionar a necessidade de impor penas, se o que efetivamente se pretendia era a reafirmação da vigência da norma violada (BITENCOURT, 1997, p. 115).

Por outro lado, Baratta apontou a omissão da teoria em explicar necessidade do remédio drástico da pena para garantir a estabilização de expectativas sociais, quando outras soluções poderiam ser utilizadas de maneira menos dolorosa. Assim, a teoria aumentava a presença da pena como instrumento a serviço da solução dos problemas sociais (BARATTA, 1985, p. 16).

Finalmente, censura-se também a sua pretensão de impor padrões éticos coativamente, algo incompatível com o princípio do Estado Democrático de Direito, e de suprimir limites do *jus puniendi* formal e material, “[...] fato que conduz a legitimação e o desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática.” (BITENCOURT, 1997, p. 117).

A outra subdivisão consiste na prevenção geral positiva limitadora.

Nela, há que se buscar a limitação do poder punitivo do Estado, quer quanto à imposição da pena, quer quanto à necessária observância dos procedimentos que preencham todas as garantias jurídico-penais. Para além dessa constatação, o Direito Penal atuaria como mais um mecanismo de controle social. Na visão de Hassemer,

[...] através da pena estatal não só se realiza a luta contra o delito, como também se garante a juridicidade, a formalização do modo social de sancionar o delito. Não faz parte o caráter da pena a função de resposta ao desvio (o Direito Penal não é somente uma parte do controle social). A juridicidade desta resposta (o Direito Penal caracteriza-se por sua formalização) também pertence ao caráter da pena (HASSAMER, 1982, p. 137).

O ímpeto de punir do Estado não pode ser desenvolvido à margem dos princípios atinentes à intervenção mínima, à proporcionalidade, à ressocialização e à culpabilidade. Os freios e limites mencionados visam resguardar os direitos fundamentais do homem, porque somente em situação excepcional e concreta, admite-se a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo.

A pena encerra uma finalidade de prevenção geral positiva. Ocorre, entretanto, que além de traduzir resposta estatal aos fatos puníveis, resguarda a consciência social da norma. Ainda na versão de Hassemer, essa

[...] proteção efetiva deve significar duas coisas: a ajuda que obrigatoriamente se dá ao delincente, dentro do possível, e a limitação desta ajuda imposta por critérios de proporcionalidade e consideração à vítima. A ressocialização e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos da realização do fim geral da pena: a prevenção geral positiva. No fim secundário da ressocialização fica destacado que a sociedade corresponsável e atenta aos fins da pena não tem nenhuma legitimidade para a simples imposição de um mal. No conceito limitador da responsabilidade pelo fato,

destaca-se que a persecução de um fim preventivo tem um limite intransponível nos direitos do condenado. (HASSAMER, 1982, p. 137).

Assim, a principal finalidade da pena reside na prevenção geral, em seu duplo sentido – intimidatório e limitador. Porém, não olvida as necessidades de prevenção especial, consistentes na ressocialização do delinquente.

É de se registrar que o próprio Roxin, que vislumbrou num primeiro momento a impossibilidade de se reunirem, num mesmo universo, polos antagônicos, preconizou a teoria unificadora dialética.

Nela, em oposição à tradicional teoria unificadora aditiva, “a prevenção geral encontra-se reduzida à justa medida pelos princípios da subsidiariedade e da culpa, e a prevenção especial se apresenta vinculada ao desenvolvimento da personalidade do agente.” (ROCHA, 1995, p. 39).

Jeschek, na mesma direção, descartou a simples adição de pensamentos antagônicos, reconhecendo que a pena sempre desenvolveu uma multiplicidade de funções, especialmente se se considerarem o condenado e o seu mundo circundante (JESCHECK, 1981, p. 103).

A leitura do art. 59 do Código Penal (BRASIL, 2019a) autoriza reconhecer que o legislador brasileiro adotou a teoria unitária, pois recomenda que o juiz, ao trabalhar a pena concreta, busque encontrar um valor que se baste para a reprovação e a prevenção do crime.

É interessante anotar que os abolicionistas Louk Hulsman e Jaqueline Bernart de Celis, criticando o sistema de punição, anotam que são raros os códigos penais que não dizem que a pena tenha por fim a reinserção social do condenado. Porém, “infelizmente, esta é uma promessa piedosa; na prática, o sistema, enquanto tal, se manteve integralmente repressivo” (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 94), advertem.

2.7 Da antinomia dos fins da pena

Vários autores, ao identificarem contradições entre as finalidades da pena, entregaram-se ao seu estudo científico, especialmente na Alemanha, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, pois, segundo anota Adriano Teixeira, era preciso “[...] eleger uma maneira de conciliar o influxo desses fins da pena no momento de sua aplicação com o anseio de um tratamento justo e proporcional ao condenado, ou seja, com os limites impostos pela culpabilidade do agente.” (TEIXEIRA, 2015, p. 35).

São estudados, então, três modelos normativos, quais sejam, a teoria do espaço livre, a teoria dos níveis e a teoria da retribuição da culpabilidade.

A teoria do ponto exato ou teoria do ponto fixo (*theorie der punktstrafe*), idealizada por Arthur Kaufmann, que parte da premissa de que para todo delito existe uma exata sanção correspondente à culpabilidade, embora a capacidade epistemológica não seja suficiente para reconhecê-la, não se insere nessa divisão, porque

[...] ninguém mais afirma que para cada delito haja um número exato de anos, meses ou dias de pena que corresponda de modo perfeito à culpabilidade ou à gravidade do fato. É igualmente incontestado que a aplicação da pena não está dissociada de um ato valorativo do magistrado, ao que não cabe meramente, num ato de clarividência, reconhecer a pena ideal – o que não significa por outro lado, que ele é livre para determinar a pena ao seu alvedrio. O que de fato se discute, repise-se, é com quais critérios pode e deve o magistrado trabalhar para impor a sanção definitiva ao condenado. (TEIXEIRA, 2015, p. 36)

Esses esclarecimentos autorizam, então, que se percorram as três teorias, identificando seus pontos mais destacados e os vulneráveis.

2.7.1 A teoria do espaço livre

A teoria remonta ao ano de 1845, tocando a Albert Berner as suas primeiras linhas. De acordo com seus estudos, a medida da pena não pode ser fixada de forma absoluta, mas deve ser um ponto entre os limites mínimo e máximo fixados. Assim, qualquer intervenção do legislador e do próprio magistrado não poderia extrapolar aqueles marcos, porque, somente assim, estar-se-iam satisfazendo as exigências de justiça (BITENCOURT, 1997).

Nessa ordem de ideias, existiriam duas margens, uma larga, afeta ao legislador, que fixaria as penas mínima e máxima abstratas, e uma restrita, entregue ao juiz, que se inspiraria nos ideais de intimidação e de ressocialização.

Essa teoria foi abraçada pelo Tribunal Federal da Alemanha. Reconheceu-se que a pena abstrata mínima “já” era adequada à culpabilidade, ao passo que a pena máxima “ainda” era apropriada à culpabilidade. Ou seja, ao juiz caberia escolher o ponto entre as margens fixadas (TEIXEIRA, 2015). Segundo Adriano Teixeira:

Essa teoria não deve ser entendida como um simples método, um mero procedimento técnico de aferição da medida da pena concreta, mas sim como um enunciado dogmático sobre a relação entre culpabilidade e prevenção, que promete uma solução para o mencionado problema da antinomia dos fins da pena no plano da aplicação da sanção. Nos moldes originais da teoria, como se viu, o princípio retributivo tem proeminência, ao passo que prevenção geral e especial afiguram-se como secundários ou acessórios, que apenas dentro da chamada margem de culpabilidade encontram seu local legítimo de aplicação. Nesse contexto, fala-se em prevenção no marco da culpabilidade ou prevenção no marco da repressão. (TEIXEIRA, 2015, p. 39)

A solução do problema da fixação da pena não encontra uma base empírica clara, pelo que propõe a teoria do espaço livre assimétrica que o juiz sempre se oriente ao limite inferior da margem da culpabilidade.

A teoria é alvo de críticas, quer porque ela somente identifica um erro grosseiro da sentença, quer porque, no modelo alemão, a jurisprudência aceita que o magistrado defina um número final condizente com os ideais de prevenção geral e especial, sem que ele tenha que fornecer novos limites. Ou seja, dificulta e restringe o controle da decisão judicial no que toca à aplicação da pena.

Ademais, não retira do magistrado o arbítrio na escolha da pena, insista-se, ligado à alta carga de subjetividade.

2.7.2 Teoria dos níveis (*Stellenwerttheorie* ou *Stufentheorie*)

Registre-se que a tradução sugere vários nomes, v. g., teoria do valor posicional, teoria do valor de emprego, teoria do valor concreto, teoria do valor relativo etc. Ela, formulada por Henkel, surge em contraposição à teoria do espaço livre. Exploraram-na, aprimorando-a, Horn e Schoch (TEIXEIRA, 2015).

Em síntese, os fins da pena variam de acordo com os níveis de sua aplicação. Assim, a quantidade da pena se basearia no demérito social, inserto no próprio delito. As questões atinentes à prevenção geral ou especial seriam tratadas no capítulo relativo à espécie de pena e à própria necessidade de sua execução. Nesse caso, porque a pena deve representar o menor risco possível de dessocialização do condenado, não se pode descuidar da análise das consequências da pena para a sua vida, numa autêntica prevenção especial passiva.

Schoch, em seus estudos, assinala a importância de se divisarem os âmbitos de influência da ideia de compensação da culpabilidade ou retribuição e de prevenção, devendo esta ser usada apenas no momento da escolha ou da substituição da pena (TEIXEIRA, 2015).

As objeções à teoria centram-se na constatação de que as esperadas consequências da pena na vida futura do réu, encampadas na chamada cláusula social, devem ser ponderadas no montante da pena privativa de liberdade. Roxin, adepto da teoria do espaço livre, chega a propor a teoria dos níveis modificada pela prevenção especial, especialmente para que não seja preterida a situação do réu. Horn, em contraposição, sugere que isso seja levado em consideração ao tempo da execução da pena, podendo antecipá-la, naquilo que se assemelha no Brasil ao livramento condicional (TEIXEIRA, 2015).

Por último, critica-se a possibilidade de analisarem, com exclusividade, os aspectos da prevenção para a escolha ou a substituição da sanção. Essa operação não poderia olvidar aspectos como a conduta social e a personalidade do autor.

2.7.3 Teoria da retribuição da culpabilidade

A teoria, defendida por Michael Kohler e E. A. Wolf, questiona o papel da prevenção para a escolha da pena, assinalando que o indivíduo, ao ser punido, não poderia ser tratado como objeto do crime. Por conseguinte, não poderia a prevenção ser utilizada como norte à aplicação da pena (TEIXEIRA, 2005).

Para Adriano Teixeira, “o juiz teria uma margem de discricionariedade apenas do ponto de vista externo, pois a ele cabe apenas determinar a pena justa. A compensação ou retribuição da culpa seria a razão e ao mesmo tempo o parâmetro da medida da pena” (TEIXEIRA, 2005, p. 55).

As objeções a essa teoria limitam-se a reconhecer a impossibilidade de se impor uma pena inspirada apenas na ideia de retribuição, ou seja, é insuficiente a teoria retributiva para se estabelecer a sanção.

2.7.4 Teoria da proporcionalidade do fato

O nascimento desta teoria coincide com o declínio da prevenção especial e o renascimento das teorias retributivas nos sistemas de tradição da *common law*. Ou seja, abriu-se espaço para a fixação da pena que atendessem à gravidade do delito, mesmo num ambiente de Direito Penal preventivo.

Coube a Andrew Von Hirsch, em 1976, em sua obra *Doing Justice*, a proposta de uma pena proporcional à gravidade do delito. Segundo o estudioso, a pena deve refletir a gravidade do crime e não mais as necessidades de correção do autor dos fatos ou a sua periculosidade (HIRSCH, 1976).

Essa proposta subdivide-se em teoria da proporcionalidade pelo fato extrema ou positiva e teoria da proporcionalidade pelo fato restrita ou negativa.

Na primeira, a severidade da pena deve orientar-se apenas pela gravidade do delito praticado. Abandona-se, assim, o interesse pela forma como a pena poderia influenciar o comportamento futuro do condenado e de outras pessoas – prevenção especial e prevenção

geral. O estudo dessa modalidade conduz ao reconhecimento da chamada proporcionalidade relativa ou ordinal e proporcionalidade absoluta ou cardinal.

A primeira recomenda que os crimes sejam punidos em atenção às respectivas gravidades, de sorte que crimes similares ensejam penas parecidas. Na segunda, tem-se a necessidade de não se emprestar qualquer relevância a considerações de prevenção na determinação da pena individual, evitando, assim, que pessoas que cometeram o mesmo delito recebam tratamentos desiguais.

Na teoria da proporcionalidade pelo fato negativa, o fato funciona como parâmetro da medição da pena, sem, entretanto, impedir que critérios como a prevenção autorizem desvios. É dizer, o princípio da culpabilidade ou do merecimento cumpre uma função negativa à medida que limita a punição, sem determinar a sua determinação. Segundo Adriano Teixeira:

Pode-se perceber que essa abordagem, em última análise, não difere substancialmente da teoria do espaço livre. Lá como cá, a gravidade do injusto culpável é o ponto de partida para a quantificação da pena, ao passo que se permitem ajustes preventivos dentro dos limites delimitados pela culpabilidade. (TEIXEIRA, 2005, p. 62).

De qualquer forma, a culpabilidade conduz à determinação da pena, que, entretanto, pode sofrer a influência, em determinadas hipóteses, para tê-la como ideal e justa.

2.7.5 Teoria da proporcionalidade pelo fato baseada na prevenção geral

Idealizada por Schunemann, a teoria propõe que a pena seja fixada de forma proporcional ao fato, pelo que a culpabilidade apenas desempenharia o papel de limitar a pena, mas jamais poderia fundamentá-la (TEIXEIRA, 2005).

A sanção penal, nessa ordem de ideais, cumpriria a finalidade de prevenção geral intimidadora e de prevenção de integração. Essas finalidades deveriam se afinar aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, indispensáveis a lhe conferir legitimidade frente ao condenado, que teve cerceado o seu direito fundamental à liberdade.

Dessa forma, haveria um controle maior pelas instâncias recursais, posto que seriam eliminados outros aspectos de determinação judicial da pena, tidos como irracionais, garantindo uma maior aceitação pelo condenado e pela população. Ou, em outras palavras, a base de determinação da pena seria apenas a culpabilidade, delineada e limitada pela intensidade da agressão ao bem jurídico.

2.8 Teoria da proporcionalidade pelo fato baseada na teoria expressiva da pena

Andrew Von Hirsch e Tatjana Hörnle são apontados como os principais representantes de uma teoria proporcional ao fato e tomam como base uma teoria expressiva da pena. Esta, por sua vez, parte da premissa de que a pena representa a aplicação de um mal físico e incorpora um juízo de desvalor, necessário à sua legitimação (TEIXEIRA, 2005).

Quando essa censura é comunicada à vítima (que terá ciência de que o fato mereceu reprovação), à sociedade (certa da reprovação feita pela ordem jurídica, estimulando os cidadãos a se afastarem da conduta proibida) e ao autor do fato (que saberá da antijuridicidade da sua conduta), a pena cumprirá a sua real finalidade.

Enfim, Hörnle sustenta que o montante da pena deve ser fixado de acordo com a gravidade do delito, que, por sua vez, orienta-se no desvalor do resultado, no desvalor da ação e na culpabilidade em sentido estrito (TEIXEIRA, 2005).

A consequência é que o autor somente poderia ser censurado apenas em razão de sua conduta, que também orientaria a extensão dessa pena.

As críticas à teoria passam pelo reconhecimento de que a reprovação bastaria à essência da pena e não para a sua finalidade.

Além disso, argumenta-se que a escolha de eventuais padrões rígidos para a pena teria como consequência a imposição de sanções mais elevadas e severas. Por fim, pondera-se que a redução da pena baseada na prevenção especial, especialmente no caso de réu primário e bem integrado à sociedade, é salutar e recomendável.

2.9 A teoria da pena à luz do devido processo constitucional

Após as incursões nas principais teorias ligadas à gênese e à delimitação jurídica da pena, é importante analisar, para o adequado alinhamento teórico e enfrentamento do problema de pesquisa, de que modo o princípio do Estado Democrático de Direito, basilar para o processo constitucional, na concepção de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (DIAS, 2018), reflete na teoria da sanção penal.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias estrutura seu pensamento a partir do exercício do poder pelo Estado. Para o autor, amparado na doutrina de Carré de Malberg e de José Alfredo de Oliveira Baracho, mostra-se inconcebível falar em separação, distinção ou divisão de poderes já que o “[...] poder político, nos sistemas democráticos, é sempre exercido, direta ou indiretamente, em nome do povo [...]” (DIAS, 2018, p. 41).

Desse modo, o mais adequado, para o autor, seria a indicação das três funções jurídicas fundamentais do Estado, a saber: a função legislativa, que “[...] consiste na edição de normas obrigatórias de caráter geral e abstrato, as quais compõem o ordenamento jurídico vigente, criando [...] o direito positivo, com o objetivo de ordenar as suas próprias atividades e condutas das pessoas na vida em sociedade”; a função governamental, administrativa ou executiva, ligada às manifestações em concreto das atividades exercidas pelo Estado, com vistas à concretização de interesse e necessidades coletivas prescritas no ordenamento; e a função jurisdicional, que permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de modo imperativo e imparcial, “tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas.” (DIAS, 2018, p. 28).

Todas essas funções, obviamente, são desempenhadas tendo como esteio a Constituição e amparadas pelo princípio do Estado Democrático de Direito.¹¹ Não há que se admitir, como se deflui do reconhecimento da instância única do poder do Estado, qualquer lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional que se desvie da vontade popular, sob pena de retirar-lhes a legitimidade.

No que toca ao enfrentamento do problema de pesquisa, merece atenção a função jurisdicional e o que o autor chamou de princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito (DIAS, 2018).

Inicialmente, convém compreender o que o Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias denomina de jurisdição. Para ele, a recorrente menção, nos textos doutrinários, da jurisdição como direito-garantia fundamental é errônea. Isso porque a “[...] jurisdição é direito fundamental de qualquer pessoa, por força de declaração normativa expressa no texto da Constituição [...]” (DIAS, 2018, p. 90). E a fruição desse direito é que se dá pela garantia fundamental do processo constitucional. Ancorado em premissas teóricas de José Alfredo de Oliveira Baracho, o processo constitucional, para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, afigura-se como metodologia que garante os direitos fundamentais (DIAS, 2018). E conclui:

Portanto, na concretização da função jurisdicional pelo Estado, os pronunciamentos decisórios, quaisquer que sejam, pouco importando suas qualificações doutrinárias

¹¹ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, inicialmente, rejeita a utilização do termo paradigma na área científica do Direito, herdado do pensamento de Thomas Kuhn, por não compreender que sejam conjuntos compartimentados de “hipóteses científicas teóricas”. Contudo, assinala que, “[...] pela quantidade de vezes em que o termo paradigma ultimamente aparece empregado nos textos jurídicos”, passou a admitir “[...] a utilização das locuções paradigma do Estado de Direito e paradigma do Estado Democrático de Direito entendidas com o sentido de sistemas [...]”. (DIAS, 2018, p. 64-65).

ou legislativas como provimentos, acórdãos, provimentos mandamentais, provimentos judiciais, sentenças, pronunciamentos do juiz ou decisões interlocutórias, emanados dos órgãos prestadores da jurisdição, são atos estatais imperativos, que refletem manifestação do poder político do Estado, sempre exercido em nome do povo. **Daí por que este poder jamais poderá ser arbitrário ou exercido sob a referência hermenêutica inconstitucional do prudente critério ou do prudente arbítrio do órgão estatal julgador, ou fundado em considerações subjetivas dos agentes públicos decisores**, mas poder constitucionalmente organizado, delimitado e controlado conforme as diretrizes preponderantes do Estado Democrático de Direito, que visualizamos como princípio constitucional [...]. (DIAS, 2018, p. 91, grifos nossos).

Assim, só “[...] é possível falar em concretização de direitos pelo devido processo constitucional, permitindo às partes o devido exercício do contraditório, da ampla defesa, do acesso à jurisdição, da fundamentação das decisões” (FREITAS, 2013, p. 73), o que só se opera com a supremacia da Constituição.

Iniciando a análise dos denominados princípios diretivos da jurisdição no Estado Democrático de Direito, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias dedica-se a indicar aquelas que seriam as funções dos princípios jurídicos (DIAS, 2018).

A primeira, a função interpretativa (ou descritiva, ou, ainda, informativa), indica a noção de que os princípios não seriam fonte formal do direito. O propósito, alinhado à concepção clássica, seria “[...] a de permitir diretriz auxiliar e segura na revelação e compreensão do direito.” (DIAS, 2018, p. 148).

Já a função supletiva, revela-se na atuação do princípio “[...] como fonte normativa subsidiária, em situações de lacuna ou omissão na regra de direito”, incidindo no caso concreto (DIAS, 2018, p. 149).

A terceira e última função dos princípios denomina-se, para o autor, função normativa própria (ou normogenética), “[...] compreendida como informadora ou de fundamentação do ordenamento jurídico em toda sua extensão.” (DIAS, 2018, p. 150).

Contudo, destaca o autor:

[...] para que os princípios possam atuar eficazmente na elaboração do direito, como enunciados-síntese das ideias fundamentais que a comunidade política do Estado (o povo) projetou sobre seu sistema jurídico-constitucional, orientando toda e qualquer atividade desenvolvida pelos órgãos estatais, é necessário que os operadores do sistema ou práticos do direito (advogados privados e públicos, membros do Ministério Público e juízes) evidem esforços para que os princípios jurídicos cumpram suas funções interpretativa, supletiva e normativa, esta última principalmente, **aplicando-os de forma integrada**, o que exige operacionalização por intermédio do processo na concepção de procedimento em contraditório. (DIAS, 2018, p. 153, grifos nossos).

Na sequência, o autor indica o rol dos princípios ditos diretivos da jurisdição no Estado Democrático de Direito, compreendidos a partir de visão normativa própria.

O primeiro desses princípios é o do juízo constitucional ou do juízo natural, nos dizeres do autor, verdadeira “[...] antítese do juízo pós-constituído ou juízo de exceção” (DIAS, 2018, p. 159), ou seja, um juízo determinado a partir dos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico.

O segundo princípio é o da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, decorrência lógica do sistema constitucional e de “uma ordem normativa jurídico-fundamental resultante da conexão interna entre democracia e Estado de Direito” (DIAS, 2018, p. 160).

Avançando, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias enumera o terceiro princípio – o “princípio da supremacia da Constituição Federal” que, mais do que reproduzir a disposição piramidal de Hans Kelsen (KELSEN, 1998), expressa a exigência de “[...] postura de lealdade política ao texto da Constituição [...]” (DIAS, 2018, p. 164).

O quarto princípio diretivo da jurisdição no Estado Democrático de Direito, segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, é o da reserva legal ou da prevalência da lei. Nesta acepção, o termo lei deve ser compreendido, segundo o autor, como ordenamento jurídico, composto por regras e princípios, constitucionais e infraconstitucionais (DIAS, 2018). Esse princípio implica a mais irrestrita observância das previsões legais – o que não se vê no enunciado da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999), como se exporá adiante –, sem se desprezar, por óbvio, a supremacia da Constituição. Por essas razões, conclui o autor,

[...] devem ser energicamente descartados quaisquer doutrinas e precedentes jurisprudenciais que surgiram aos órgãos estatais decisores (juízes e tribunais) exercício da função jurisdicional sobre critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, porém, ao revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pela sensibilidade, pelas individualidades carismáticas [...]. (DIAS, 2018, p. 167).

O quinto princípio diretivo da jurisdição é o do devido processo constitucional. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias assevera que não basta a observância do princípio da reserva da lei para o exercício da função jurisdicional dentro das balizas constitucionais e democráticas. Para o autor, “[...] as decisões ou pronunciamentos jurisdicionais [...] não são atos solitários do órgão jurisdicional, pois somente obtidos sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional) [...]”, tendo o devido processo legal como estrutura normativa metodológica, capaz de permitir a construção dos argumentos em contraditório (DIAS, 2018, p. 171), desvinculando-se, portanto, dos elementos subjetivos do julgador, sem olvidar a vinculação máxima ao ordenamento jurídico e, principalmente, às

garantias insculpidas no texto constitucional, este entendido, destaque-se novamente, como produto do poder que emana do povo.

Por fim, destaca o autor o sexto e último princípio diretivo da jurisdição, ou seja, o princípio da fundamentação das decisões judiciais. Nota-se, aqui, um desdobramento dos demais princípios, pois esse impõe aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever de motivar todos os pronunciamentos decisórios, afastando, assim, o arbítrio judicial, “[...] caracterizado por anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões, de forma incompatível com os princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito.” (DIAS, 2018, p. 174).

Pavimentado, assim, o caminho teórico em que se deve estruturar a teoria democrática da sanção penal, cabe ressaltar a inadmissão, em qualquer hipótese, à luz do devido processo constitucional, de penas de cunho místico-religioso, expiatórias, degradantes, infamantes, de banimento ou de trabalho forçado, ou em sentido contrário ao da vida humana e suas especificidades, e, ainda, imorais ou amorais, nos termos previstos no art. 5º da Constituição da República (BRASIL, 2020a). Toda e qualquer imposição de sanção penal deriva, exclusivamente, dos princípios e regras previstos no ordenamento jurídico, por força do princípio da reserva da lei, expressão máxima do poder que o povo exerce. Não se toleram, por isso, arbitrariedades ou desvios no curso imposto pela lei. Todos os pronunciamentos decisórios e, mais, todos os precedentes que envolvem a imposição de sanção penal por meio da função jurisdicional, devem seguir as balizas claramente previstas no ordenamento infraconstitucional e constitucional. O processo, meio dialógico, e o exercício da função jurisdicional, atividade-dever do Estado, não podem se dissociar da concepção estruturante do princípio do Estado Democrático de Direito, ferindo o adequado exercício do contraditório, da ampla defesa, limitando o acesso à jurisdição e distorcendo o princípio da fundamentação das decisões.

3 A SANÇÃO PENAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para o enfrentamento do problema de pesquisa há que se investigar, ainda, as balizas impostas pelo texto constitucional na aplicação da sanção penal e as regras infraconstitucionais atinentes a sua dosimetria no Brasil – e eventuais propostas legislativas para seu aperfeiçoamento.

Esse percurso, naturalmente indicado pelo marco teórico adotado, a saber, o processo constitucional, na acepção de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, alicerça-se no Estado Democrático de Direito, vetor principiológico determinante para que, “dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo” (DIAS, 2018, p. 43), a função jurisdicional se concretize.

3.1 Os princípios constitucionais relativos à sanção penal: considerações iniciais

A imposição de uma sanção penal ostenta como pano de fundo imediato o ordenamento ordinário. A este se confiam papéis relevantes, que vão desde a catalogação das condutas ilícitas ao balizamento da pena, passando pela sua forma de execução.

Todavia, os princípios diretores que orientam a atuação do legislador ordinário estão insertos na Constituição da República (BRASIL, 2020a). É a Constituição da República o local adequado para listar os valores indispensáveis à ordem jurídica, capitaneando as atividades inerentes desenvolvidas não apenas pelo juiz e pelo intérprete, mas também pelo próprio legislador infraconstitucional.

Na visão de René Ariel Dotti:

A subordinação do direito penal à Constituição vai além dos princípios destinados a regular as linhas político-criminais. Em consequência e na medida em que as sanções penais pressupõem a ilicitude – a qual emerge da totalidade das normas jurídicas – ‘todas as valorações constitucionais que contribuem para a definição de bens jurídicos, de direitos subjetivos e de regras de comportamento se refletem no Direito Penal (DOTTI, 1998, p. 198).

No mesmo sentido é a advertência de Sérgio Henrique Zandona Freitas e Carla Clark:

No Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional é poder-dever do Estado, que por provocação dos interessados age através dos seus órgãos estaduais, cumprindo e fazendo cumprir as normas do Direito Positivo, com observância dos direitos fundamentais e garantia do devido processo constitucional. O Estado de Direito teve suas bases na vontade racional e geral e na preservação da vida em comum e da liberdade das pessoas, além da segurança na administração da justiça (exercício da função jurisdicional), o atendimento às normas legais e a representação do povo junto à atividade legislativa do Estado, assegurando três funções (legislativa, executiva e judiciária). (FREITAS; COSTA, 2008, p. 748-749).

De qualquer forma, é preciso atenção a esses princípios constitucionais, nas diferentes esferas, especialmente para o fim de identificar se estão em sintonia com os ideais democráticos.

Afinal, como adverte Leonardo Avritzer, vários juspositivistas afirmam que:

[...] mesmo a Constituição (conjunto de normas jurídicas que constitui o fundamento de validade de normas contidas em outras espécies normativas, como as leis e os decretos, e que é o fundamento jurídico da organização do poder estatal) pode ter sua validade revogada por normas sociais, mais precisamente por aquilo que se chama de costumes jurídicos. (AVRITZER, 2013, p. 85).

Os princípios insertos no texto constitucional brasileiro não se limitam à questão das medidas punitivas. Todavia, neste trabalho, apenas estas merecerão análise.

De início, encontram-se expressamente previstos na Constituição da República os princípios da legalidade, da pessoalidade, da individualização e da humanização. Esses formam os chamados princípios explícitos (BRASIL, 2020a).

Para além deles, a estrutura normativa da Constituição da República (BRASIL, 2020a) autoriza reconhecer, implicitamente, os princípios da necessidade, da utilidade, da proporcionalidade e da função ressocializadora da sanção penal. Inserem-se estes no elenco dos princípios implícitos (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 1995, p. 27). Todos, sem exceção, devem ser observados, sob pena de se desvirtuarem os valores da democracia.

Nesse sentido:

O Estado de Direito deve combater o delito seguindo regras morais escrupulosas, sob pena de igualar-se aos delinquentes e de perder toda autoridade e credibilidade. E as garantias que a Constituição assegura ao acusado não são simplesmente postas como tutela de seus direitos individuais, mas são, antes de mais nada, garantias do justo processo, assegurado o interesse geral à regularidade do procedimento e à justiça das decisões (GRINOVER, 1985, p. 1).

No mesmo sentido é a lição de Canotilho, que reforça a importância do estudo para conferir legitimidade e legitimação às normas penais:

O princípio democrático, nas suas dimensões material e organizativo-procedimental, procura responder normativamente aos problemas da legitimidade-legitimação da ordem jurídico constitucional em termos substanciais e em termos procedimentais, normativo-substanciais, porque a Constituição condiciona a legitimidade do poder à prossecução de determinados fins e à realização de determinados valores e princípios, normativo-processualmente, porque vincula a legitimação do poder à observância de determinadas regras e processos. (CANOTILHO, 1995, p. 414).

Também oportuna a síntese de Alice Bianchini, Antônio García-Pablos e Luiz Flávio Gomes:

O que é certo é que só o Estado pode exercer o ‘ius puniendi’ (limite subjetivo); que o Estado se autolimita e só exerce seu poder no marco do ordenamento jurídico (limite objetivo); e que o ‘ius puniendi’ não se realiza diretamente, senão por intermédio do processo (limite funcional). Apesar de todas as controvérsias em torno do ‘ius puniendi’, não há dúvida de que o seu exercício conta com múltiplos limites. [...] O poder punitivo do Estado (seu ‘ius puniendi’) não pode ser exercido de modo

abusivo, ou seja, de forma ilegal ou inconstitucional. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 209).

Urge reconhecer, portanto, a indispensabilidade da abordagem dos princípios para o enfrentamento do problema de pesquisa e verificação da hipótese apresentados inicialmente. Afinal, não se afigura constitucionalmente aceita qualquer interpretação que agrida os princípios regentes inseridos na Constituição da República (BRASIL, 2020a), especialmente quando esses estão inseridos no capítulo dos direitos e garantias individuais. Num Estado que se quer denominar constitucional e democrático, não há espaço para poder absoluto, sem limites.

3.1.1 Princípio da legalidade (ou da reserva legal)

A inclusão do princípio da legalidade em textos legislativos ocorreu, num primeiro momento, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789 (FRANÇA, 199-). Observa Rogério Greco, também, que “alguns autores atribuem a origem desse princípio à Magna Carta Inglesa, de 1.215, editada ao tempo do Rei João Sem Terra” (GRECO, 2006, p. 99).

Trata-se a legalidade, segundo Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Júnior, de máxima que brotou no ideário iluminista, recebendo a chancela de Beccaria e mesmo de partidários do absolutismo, como Thomas Hobbes (SHECAIRA; ALCEU JÚNIOR, 1995).

No Brasil, onde se identifica o princípio também com a designação “reserva legal” ou “anterioridade da lei penal”, todas as Constituições o reconheceram. E o fizeram, porque, segundo Paulo Bonavides, esse princípio visa:

[...] estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa ‘legibus solutus’ e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas. (BONAVIDES, 1994, p. 112).

No mesmo sentido se posicionam Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, quando advertem que:

O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a uma regime de direito, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado (STRECK; MORAIS, 2000, p. 83-84).

O preceito também foi reproduzido em todos os códigos penais, desde o criminal do império, de 1.830, até a reforma geral, em 1.984. No texto atual, reproduz-se o enunciado de Fuerbach, “*nullum crimem, nulla poena sine praevia legem*”¹².

O dispositivo, na forma como se o redigiu, mereceu críticas contundentes da doutrina. O fundamento nuclear da censura se baseia na certeza de que se revela insuficiente a simples previsão de lei anterior à conduta. Com efeito, deveria a Constituição impor ao legislador ordinário a obrigação de descrever, concretamente, as infrações penais, abandonando a formulação genérica (CERNICHIARO, 1995). Evitar-se-ia, segundo os patrocinadores dessa tese, a criação de crimes imprecisos.

O princípio alcança toda sorte de infrações penais, sejam crimes ou contravenções, não apenas quanto ao conteúdo, mas, igualmente, no tocante à sanção. Destarte, a previsão legislativa da pena abstrata constitui corolário do princípio em questão. Nesse particular, lembra René Ariel Dotti que:

[...] a fixação dos limites mínimo e máximo para cada tipo de ilícito constitui uma consequência lógica do princípio da anterioridade da lei penal e uma das garantias fundamentais do cidadão. A pena deve ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, daí a exigência constitucional e legal da individualização, no que toca à quantidade, ‘dentro dos limites previstos (DOTTI, 2001, p. 514).

Insta salientar que, apesar da voracidade do Poder Executivo brasileiro de extrapolar as funções típicas que lhe são afetas, lançando mão da medida provisória, e mesmo a redação do art. 22, I, da Constituição da República (BRASIL, 2020a), que assegura à União, privativamente, legislar sobre Direito Penal, somente a lei em sentido estritamente formal se prestará ao fim de definir as atividades aptas a caracterizar um ilícito penal e de estabelecer as sanções correspondentes. É o que observa Alberto Silva Franco:

Se a CF/88 agasalhou, no campo penal, o princípio da legalidade; se tal princípio tem, entre outros significados, o de reserva absoluta de lei; se, portanto, só a lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, mediante o procedimento adequado, poderá criar tipos e impor penas, é inquestionável que a medida provisória – ‘Não é lei porque não nasce no Legislativo. Tem força de lei, embora emane de uma única pessoa, é unipessoal, não é fruto de representação popular, estabelecida no art. 1º, §1º (todo poder emana do povo). Medida Provisória não é lei’ (TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional, 1989, p. 153-154), que procede do Poder Executivo, representa não apenas um agravo ao princípio do ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’, mas também uma insuportável invasão em matéria reservada, pela Constituição Federal, a outro poder. Enfim, uma dupla ofensa à Constituição que inquina o ato do Poder Executivo de flagrante inconstitucionalidade. (FRANCO, 1997, p. 28).

¹² Cf. art. 5º, XXXIX, da Constituição da República – “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 2020a) – e art. 1º do Código Penal – “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 2019a).

Esse princípio cumpre funções específicas, à medida que proíbe a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu; reserva à lei o papel de criador de delitos, arredando a possibilidade de que os costumes e a analogia o façam; e veda incriminações vagas e indeterminadas.

Contudo, esses papéis, hoje tidos como inquestionáveis, não o foram no passado. Como adverte Francisco de Assis Toledo, “a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou agravação da pena” não se verificava “no direito romano e medieval” (TOLEDO, 1994, p. 25).

O princípio da legalidade, para atender às exigências do Estado Democrático de Direito, somente estará plenamente satisfeito a partir do momento em que se observarem aspectos de natureza técnica para a formação da regra e os de cunho material, ou seja, com fórmulas e proibições que garantam de forma inquestionável os direitos fundamentais. Para Ferrajoli:

O sistema das normas sobre a produção de normas – habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com fundamento constitucional – não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis. Inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo, excluindo ou lhe impondo determinados conteúdos. Assim, uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade – por mais que tenha existência formal ou vigência, pode muito bem ser inválida e como tal suscetível de anulação por contraste com uma norma substancial sobre sua produção. (FERRAJOLI, 2002, p. 66).

Em contrapartida, a observância do princípio da legalidade deve ocorrer, pelo magistrado, à luz de uma nova ideia de processo. Como afirma Rosemiro Pereira Leal:

Não há mais, com efeito, lugar para os que apregoam potestatividade, faculdade, poder, arbítrio ou discricionariedade para o órgão jurisdicional (judicacional), já que este tem de atuar com rigorosa vinculação à principiologia do processo que lhe impõe o dever de prestar a tutela legal, sem qualquer mensagem de arbítrio ou discricionariedade. [...] Assim, não se pode conceber que o magistrado, que recebe do Estado, mesmo no paradigma liberal, a ordem-dever de aplicar direitos, possa ter faculdades ou poderes de ditar o direito ao seu alvedrio ou sentimento se, como ressaltado, sequer o Estado tem, nos sistemas democráticos atuais, arbítrio ou discricionariedade no cumprimento de sua função jurisdicional (LEAL, 2012, p. 24-25).

Portanto, o princípio da legalidade é imprescindível à definição da pena, que, corretamente definida, consolida o ideal do Estado Democrático de Direito.

3.1.2 Princípio da pessoalidade

Por sua vez, pelo do princípio da pessoalidade (ou da responsabilidade pessoal), inserto no art. 5º, XLV, da Constituição da República (BRASIL, 2020a), a pena imposta

deverá ser dirigida à pessoa do condenado, sendo defeso que alguém responda por um ilícito para o qual não concorreu.

O dispositivo inviabiliza a possibilidade de se ter a responsabilidade objetiva no campo penal, posto que a imposição da pena exige a demonstração da culpabilidade e esta é personalíssima, intransferível.

Segundo Zaffaroni, “a pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado” (ZAFFARONI, 1996, p. 138).

Não obstante a importância da regra, especialmente no que diz respeito às penas privativas de liberdade, “nada nos garante, com relação à pena de multa, que esta seja efetivamente paga pelo condenado” (GRECO, 2006, p. 85), pelo que Ferrajoli a adjetiva de “aberrante sob vários pontos de vista. Sobretudo porque é uma pena impessoal, que qualquer um pode saldar” (FERRAJOLI, 2002, p. 334).

Mais agudos e críticos relativamente ao princípio, Nilo Batista, Eugênio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar afirmam que:

Essa transcendência do poder punitivo na direção de terceiros é, de fato, inevitável: a comunicação, o conhecimento, a estigmatização, a queda dos rendimentos etc. são todos efeitos que inevitavelmente alcança a família do simples acusado e mesmo outras pessoas (BATISTA; ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 232).

Trata-se, à margem de qualquer dúvida, de avanço da cidadania, já que não mais se tolera a penalização de toda a família do condenado, apenas em função dos vínculos biológicos com o infrator.

3.1.3 Princípio da individualização da pena

A individualização da pena, gravada no art. 5º, XLVI, da Constituição da República (BRASIL, 2020a), permite estabelecer uma exata dimensão da sanção estatal à luz do caso concreto. Esse princípio justifica a existência de penas determinadas, explícitas e precisas, porém nunca fixas em sua quantidade.

Sérgio Shecaira e Alceu Corrêa Júnior apontam que “o princípio da individualização encontra eficácia em dois momentos distintos, quais sejam, o legislativo (quando a pena é cominada) e o executivo (quando o condenado é tratado de forma diferente, de acordo com o crime que cometeu).” (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 1995, p. 30).

Na fase da cominação, “cabe ao legislador, de acordo com um critério político, valorar os bens que estão sendo objeto de proteção pelo Direito Penal, individualizando as penas de cada infração penal de acordo com a sua importância e gravidade” (GRECO, 2006, p. 76).

Outra fase, igualmente relevante, não destacada pelos autores, refere-se à judicial, em que a pena abstrata ganha números definitivos. Nesse momento, a individualização sai do plano abstrato e vai ao concreto, observando, num primeiro momento, os parâmetros apontados em lei. Diz-se no primeiro momento, porque está reconhecido na doutrina e na jurisprudência que, ao tempo das causas de aumento e de diminuição de pena – terceira fase da dosimetria¹³, o juiz poderá alcançar valores que extrapolem os marcos mínimo e máximo fixados pelo legislador.

Por fim, tem-se a individualização na fase de execução penal, na forma do art. 5º da Lei nº 7.210/84 (BRASIL, 2019c), pelo qual se reconhece que o cumprimento da pena deve observar as particularidades do caso, especialmente as características do condenado.

Segundo Mirabete:

A execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, [...]. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e elementos necessários para lograr a sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. (MIRABETE, 1990, p. 60-61).

Afinal, solução em contrário comprometeria o princípio da individualização da pena, porque situações com nuances diferentes receberiam idêntico tratamento.

3.1.4 Princípio da limitação das penas

A Constituição da República, atendendo a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, consistente na dignidade da pessoa humana – art. 1º, III – e também com vistas a evitar retrocessos, estabeleceu as chamadas penas proscritas, listando-as no art. 5º, XLVII (BRASIL, 2020a).

Ferrajoli, debruçando-se sobre a questão da legitimidade democrática do Estado, aponta que: “um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes” (FERRAJOLI, 2002, p. 318).

¹³ Segundo o art. 68 do Código Penal (BRASIL, 2019a), o juiz, no primeiro momento, identifica a pena-base, à luz das circunstâncias judiciais (art. 59); na sequência, em busca da pena provisória, debruça-se sobre as circunstâncias agravantes e atenuantes; por fim, para identificar a pena concreta, levará em consideração as causas de aumento e de diminuição de pena, quer estejam previstas na parte geral, quer estejam listadas na especial.

Esse princípio, indispensável ao ideário democrático, valoriza a dignidade da pessoa humana, funcionando como uma cláusula de barreira à qualidade e à quantidade das penas, novamente, como corolário do princípio do Estado Democrático de Direito.

3.1.5 Princípios implícitos

Para além dos princípios explicitamente expostos, outros também são identificados, ainda que implicitamente, todos derivados da leitura e da interpretação dos diversos dispositivos que compõem a estrutura formal da Constituição da República (BRASIL, 2020a).

Assim, no princípio da limitação das penas se identifica o princípio da humanização da pena. O Estado, que se organiza em função da pessoa humana, não pode olvidar o atributo da dignidade de seu componente.

A perda da liberdade individual, enquanto uma das expressões da resposta estatal, não implica a perda do decoro e da decência que devem ser dispensados ao homem. Ao condenado, por sua vez, há de serem assegurados todos os direitos não alcançados pela resposta estatal.¹⁴

Aliás, observa-se que:

É através da forma de punir que se verifica o avanço moral e espiritual de uma sociedade, não se admitindo, pois, em pleno limiar do séc. XX, qualquer castigo que fira a dignidade e a própria condição do homem, sujeito de direitos fundamentais invioláveis. Também não se transige com a observação deste princípio no momento de elaboração da norma instituidora da sanção penal. (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 1995, p. 32).

A Constituição da República proclamou a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil – art. 1º, III, mas previu esse princípio na redação do art. 5º, XLIX (BRASIL, 2020a). Tal modelo seguiu o exemplo de outros países, a exemplo da Constituição de Portugal, em seu art. 24, 1 e 2 (PORTUGAL, 2015), e da Constituição da Itália, 27, nº 2 (ITÁLIA, 2018), que também encampam esse entendimento. Na Constituição portuguesa considera-se a vida humana inviolável; na italiana, inadmite-se tratamento contrário ao senso de humanidade.

Também no elenco de direitos e garantias insertos no art. 5º, encontram-se preceitos que vão ao encontro da humanização. Assim, o inciso III anuncia que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; já o inciso L garante “às

¹⁴ A Lei de Execução Penal, em seu art. 3º, estabelece que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (BRASIL, 2019c).

presidiárias” condições “para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (BRASIL, 2020a).

Ainda nesse terreno, registra-se que o legislador ordinário, fiel ao mandamento maior e na ânsia de consumir a orientação normativa superior, editou as Leis nºs 8.653/93 (BRASIL, 1993) e 9.460/97 (BRASIL, 1997). A primeira proibiu o transporte de presos em compartimentos de proporções reduzidas, ventilados precariamente e com baixa luminosidade, ao passo que a segunda garantiu aos sexagenários o direito de serem recolhidos em um estabelecimento próprio e adequado à sua condição social. Ou seja, são formas inequívocas de resguardar a dignidade humana.

As mencionadas normas são exemplificativas, porque muitos outros dispositivos previstos no Código Penal – art. 38, 39 e 40 (BRASIL, 2019a), e na Lei de Execução Penal (assistência à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; direito ao trabalho e sua remuneração, dentre outros) (BRASIL, 2019c), concorrem para a consecução desse objetivo.

No que se refere à proporcionalidade, é de se frisar que ela “revela, por um lado, a força do interesse da defesa social e, por outro, o direito do condenado em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito” (DOTTI, 1998, p. 140).

Consequentemente, o equilíbrio perseguido leva em consideração as variáveis atinentes ao bem jurídico agredido, às condições e às qualidades pessoais do autor, expresso na máxima *poena debet commensurari delicto*, segundo Ferrajoli, um corolário da legalidade e da retributividade (FERRAJOLI, 2002).

De qualquer forma, a exata correlação entre a culpabilidade do infrator e a pena é que permite delinear a verdadeira dimensão do princípio relativo à proporcionalidade.¹⁵

Assim, a pena, enquanto efeito de uma causa, deve ser mensurada de acordo com o mal do ilícito e o mal da ação ou da omissão. Essa preocupação com o equilíbrio que deve presidir a imposição da pena inspirou Melo Freire em seu projeto do Código Criminal do Império, datado de 1789 (BRASIL, 1830).

De acordo com o projeto, “a pena a ser infligida deve ser inteiramente proporcionada à quantidade e à gravidade do delito e à maldade do delinquente” (DOTTI, 1998, p. 69). Não se pode perder de vista que a proporcionalidade remete, obrigatoriamente, à ideia de retribuição à medida que procura compensar a ofensa provocada pelo crime.

¹⁵ É de se registrar que a proporcionalidade não é fenômeno que se enraíza apenas no campo do Direito Penal. No Direito Civil, por exemplo, é um dos elementos que norteia a justa retribuição ao contragolpe da lesão.

Ostentando a condição de desdobramento lógico do princípio da proporcionalidade surge o princípio da suficiência. Por intermédio deste, a pena há que representar um valor que se mostre capaz de reprová-lo e de prevenir o crime.

Quanto ao princípio da necessidade, cumpre percorrer, num primeiro momento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que balizou uma importante transformação nos sistemas penais. De acordo com o art. 8º, a lei deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias (FRANÇA, 199-).

O reconhecimento do atributo atinente à necessidade ocorre a partir do momento em que as sanções se transformam em instrumentos efetivos de “proteção dos bens jurídicos sem os quais a sociedade se dissolve e os seus membros se eliminam” (DOTTI, 1998, p. 69).

O Código Penal brasileiro alude à necessidade como um dos fatores para a fixação da pena, conforme redação de seu artigo 59 (BRASIL, 2019a).

Também a considera como um componente a justificar a concessão do perdão judicial para as hipóteses de homicídio e lesão corporal culposos, de “referência primária” para punir com mais intensidade algumas formas “de criminalidade violenta ou astuciosa ou certas expressões mais reprováveis de ilícito, como o tráfico de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos”, e, finalmente, como um elemento decisivo na aplicação da medida de segurança (DOTTI, 1998, p. 70).

Quanto ao princípio da utilidade, é de se ter em mente a ideia de que o Direito Penal, enquanto ciência finalista, deve ser colocada a serviço da comunidade. Conseqüentemente, a imposição das penas não pode se desenvolver à margem desse ideal.

Assim, a resposta estatal deve ser útil também à sociedade, sob pena de comprometer aquele ideal. Aliás, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, inserida da carta magna francesa de 1793, anunciou, em seu art. 15, que “a lei apenas deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias: as penas devem ser proporcionais aos delitos e úteis à sociedade” (FRANÇA, 199-).

A abordagem dos princípios constitucionais é peça importante no enfrentamento do problema de pesquisa, mesmo porque há que se exigir, não apenas da lei, mas também de quem a interpreta e se propõe estabelecer o alcance da norma, a estrita observância desses fundamentos.

3.2 A dosimetria da sanção penal no Brasil: esboço de uma evolução histórica

O Código Criminal do Império, que substituiu as Ordenações Filipinas, estabelecia a necessidade de observância das penas estipuladas em lei. Estabelecia que: “Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbitrio.” (BRASIL, 1830).

Não havia, pois, um mecanismo fechado que indicasse ao magistrado o caminho a ser percorrido. Exigia-se uma estrita atenção aos limites, podendo o juiz, quando a lei o permitisse, atuar com arbítrio controlado, sem qualquer explicação ou balizamento do que este pudesse vir a ser.

Com a proclamação da República, veio o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, em 1890, sendo a dosimetria da pena prevista nos arts. 61 e 62:

Art. 61. Nenhum crime será punido com penas superiores ou inferiores às que a lei impõe para a repressão do mesmo, nem por meio diverso do estabelecido nella, salvo o caso em que ao juiz se deixar arbitrio.

Art. 62. Nos casos em que este código não impõe pena determinada e somente fixa o Maximo e o minimo, considerar-se-hão tres grãos na pena, sendo o gráo médio comprehendido entre os extremos, com attenção ás circumstancias aggravantes e attenuantes, as quaes serão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes:

§ 1º No concurso de circumstancias aggravantes e attenuantes que se compensem, ou na ausencia de umas e outras, a pena será applicada no gráo médio.

§ 2º Na preponderancia das aggravantes a pena será applicada entre os grãos médio e maximo, e na das attenuantes entre o médio e o minimo.

§ 3º Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circumstancias aggravantes sem alguma attenuante, a pena será applicada no Maximo, e no minimo si for acompanhada de uma ou mais circumstancias attenuantes sem nenhuma aggravante. (BRASIL, 1890).

Em síntese, estabeleciam que a pena deveria se limitar aos patamares mínimo e máximo previstos no código, salvo nas situações em que se franqueasse ao juiz a possibilidade de aplicar solução diversa.

Até então, portanto, ainda que não estivesse pormenorizadamente esmiuçado o caminho para a escolha da pena, o legislador tratava de oferecer diretrizes para essa tarefa.

O Código Penal de 1940 também traçou diretrizes básicas para que o julgador estabelecesse a pena, mas não cuidou de apontar, com precisão, os caminhos a serem percorridos na escolha da reprimenda (BRASIL, 2019a).

A imprecisão do texto legal, a evolução da academia com novos estudos e a relevância que passou a ter a jurisprudência, fomentaram a elaboração de duas correntes que cuidavam

do tema e dividiam a doutrina e os tribunais. De um lado, havia Roberto Lyra, adepto do sistema bifásico; de outro, Nélon Hungria, que defendia o método trifásico (HUNGRIA, 1945; LYRA, 1958).

Para o primeiro, o juiz escolheria a pena-base à luz das circunstâncias judiciais e legais. Num segundo momento, apreciaria as causas de aumento e de diminuição da pena, encontrando o valor final. Segundo José Antônio Paganella Boschi, o próprio Roberto Lyra sintetiza seu entendimento, nos termos seguintes:

Apreciando em conjunto a realidade, segundo os critérios gerais do artigo 42 e atendidas sempre as situações dos arts. 44 e 48 (no caso de concurso de pessoas), atua, também, o art. 45, estabelecerá a pena-base, sobre a qual incidirá o aumento ou a diminuição especificados, quer na parte geral, quer na parte especial (art. 50 e seus parágrafos) e a diminuição prevista no art. 6º [...] Quando não ocorrem causas de aumento e de diminuição, que são inconfundíveis com as circunstâncias agravantes e atenuantes explícitas e peremptórias e com as decorrentes do art. 42, a quantidade da pena resulta, exclusivamente, do uso da faculdade do art. 42 e do cumprimento obrigatório dos preceitos dos arts. 44 a 48, atendido sempre o art. 49. (BOSCHI, 2014, p. 151).

Nélon Hungria, mais didático, propôs o método trifásico, permitindo que, num primeiro momento, ocorresse o enfrentamento das circunstâncias judiciais, para, na sequência, serem analisadas as circunstâncias legais – agravantes e atenuantes. Ou seja, aquilo que Roberto Lyra realizava em um único momento era dividido em etapas distintas por Nélon Hungria. Somente depois dessas duas primeiras fases, deveriam ser apreciadas as causas gerais e especiais de aumento e de diminuição de pena (HUNGRIA, 1945).

As vantagens eram inúmeras.

Com efeito, era possível divisar as circunstâncias judiciais, sempre presentes no caso concreto, das legais, nem sempre verificadas no caso. Mais, as circunstâncias legais teriam um referencial para incidência, ou seja, a própria pena-base. Finalmente, era conferida maior transparência na atividade de fixação da pena.

Percebida a superioridade do método trifásico, contemplou-o o Decreto-lei nº 1.004/1969, que instituía novo Código Penal, nos art. 52, 59 e 62.

Art. 52. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão (sic) do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.

.....

Art. 59. Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime.

.....

Art. 62. Quando a lei prevê causas especiais de aumento ou diminuição da pena, não fica o juiz adstrito aos limites da pena cominada ao crime, senão apenas aos da espécie de pena aplicável.

Parágrafo único. No concurso dessas causas especiais, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (BRASIL, 1969).

Esse Código, contudo, embora sancionado, jamais entrou em vigor, sendo revogado no período de sua *vacatio legis*.

A Lei nº 7.209, de 1984 (BRASIL, 1984), que contempla a parte geral do novo e atual Código Penal (BRASIL, 2019a), também chancelou o sistema trifásico de aplicação da pena, espancando dúvidas e incertezas, especialmente na jurisprudência.

No ponto, destacam-se vetustos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, confirmando a consolidação do entendimento:

HABEAS CORPUS – CAUSA DE PEDIR – PEDIDO – LIBERDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. [...] PENA – MÉTODO TRIFÁSICO. A teor da jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal, o método trifásico foi introduzido pela reforma do Código Penal levada a efeito com a Lei 7.209/84. O artigo 68 tomou nova redação, impondo-se a fixação da pena-base mediante o atendimento das circunstâncias judiciais de que cuida o artigo 59, para, a seguir, serem consideradas as atenuantes e agravantes e, numa terceira fase, as causas de diminuição e aumento da pena. [...] (BRASIL, 1992).

PENAL. Pena. Individualização. Critério trifásico. Roubo qualificado. Duas circunstâncias qualificadoras. Dosimetria. Fundamentação. - O processo de individualização da pena, de previsão constitucional, tem o seu rigoroso disciplinamento no art. 59 do Código Penal, que se completa com as disposições do art. 68, do mesmo Estatuto, que preconiza o sistema trifásico: (a) é fixada, na primeira fase, a pena-base, atendidas as circunstâncias judiciais, no quantum necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; (b) em sequência, são consideradas as circunstâncias legais que agravam ou atenuam a pena, inscrita nos arts. 61 e 65, do Código Penal; e(c) por último, incidem e completam o processo de dosimetria as causas de diminuição e de aumento, classicamente conhecidas por circunstâncias majorantes ou minorantes, fixadas em níveis percentuais. [...] (BRASIL, 2000).

Sacramentada a adoção do sistema trifásico para a escolha da resposta punitiva do Estado, não se pode olvidar que a aplicação da pena, atividade que toca ao juiz, é um “[...] processo de discricionariedade juridicamente vinculada, através do qual o juiz, visando a suficiência para reprovação do delito praticado e prevenção de novas infrações penais, estabelece a pena cabível, dentro dos patamares determinados previamente pela lei.” (NUCCI, 2005, p. 167-168).

O Código Penal brasileiro adota a culpa como o fundamento para a escolha e para a quantificação da pena, ao passo que a periculosidade orienta a aplicação da medida de segurança. É que o que se extrai dos arts. 59 e 92 do Código Penal (BRASIL, 2019a).

Nesse sentido, andou bem o legislador pátrio, porque “[...] nos regimes inspirados pela democracia efetiva, a culpa pelo ato concreto deve ser a base sobre a qual incidirão a

qualidade e a quantidade da pena adequada. O generoso princípio da culpa é extraído da dignidade da pessoa humana e do seu direito à liberdade” (DOTTI, 1998, p. 140). De fato,

[...] a culpa pressupõe a consciência ética e a liberdade do agente, sem admissão das quais não se respeita a pessoa nem se entende o seu direito à liberdade. Implica que não há pena sem culpa, excluindo-se a responsabilidade penal objetiva, nem medida de pena que exceda a da culpa. (BRITO, 1978, p. 200).

A dosimetria da pena no Brasil, que está disciplinada no art. 68 do Código Penal, reflete o princípio da individualização, indo ao encontro das aspirações de um Estado Social e Democrático de Direito, que reclama, sempre, a motivação das sentenças. Na advertência de Jair Leonardo Lopes, a dosimetria da reprimenda traduz

[...] um dos momentos mais graves do poder de julgar, que é o da aplicação da pena, pois esta constitui, sempre, perda ou restrição de direitos fundamentais da pessoa humana. Por isso, o juiz não pode, ao aplicá-la, deixar de observar os critérios instituídos pela Constituição (art. 5º, XLVI) e pela Lei (art. 59 e ss do CP), a fim de não limitar direitos além do permitido pelo ordenamento jurídico do país.

O chamado “arbítrio judicial na aplicação da pena” não é a faculdade de fazer “conta de chegar”, para atingir aquela quantidade de pena que o Juiz já havia, a seu talento, previamente, resolvido que importaria ao réu. Realmente, o poder do magistrado é muito grande, mas não é absoluto, porque é um poder jurídico e, como tal, sujeito aos parâmetros legais. (LOPES, 2005, p. 229).

Assim, estabelecido o caminho a ser percorrido para se alcançarem os números finais, não é dado ao juiz preterir as etapas apontadas no dispositivo, ou mesmo inverter a sua ordem, porque isso conduziria a um resultado incompatível com as expectativas legais e, também, tornaria imprestável o comando jurisdicional. Pondere-se, por oportuno e em preliminar, que:

Não existem critérios absolutos para a dosagem entre o grau da materialidade do delito, bem como os diversos aspectos inerentes ao seu responsável, em consideração à natureza, à qualidade e à quantidade da resposta. Mas é a Política Criminal que, orientando a atividade legiferante, comina as sanções respectivas para cada tipo de ilícito e fornece critérios normativos para que a proporcionalidade possa ser aferida, como se verifica nos arts. 59 e 60 do CP. (DOTTI, 2001, p. 441).

Na trilha do art. 68, o juiz deverá, num primeiro momento, mergulhar nas circunstâncias judiciais, que se encontram listadas no corpo do art. 59 do Código Penal (BRASIL, 2019a). Diante das variáveis, deverá encontrar o que se nominou “pena-base”.

Observa-se que, nesta fase, ainda que totalmente favoráveis os dados levantados pelo magistrado, não poderá desrespeitar os limites abstratos previstos na moldura penal. Com efeito, é expresso o Código Penal, em seu art. 59, I, que, ao enfrentar aquelas variáveis que compõem as circunstâncias judiciais, o juiz fixará “a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos” (BRASIL, 2019a).

Num segundo momento, o julgador voltará suas atenções às chamadas circunstâncias legais, que se desdobram em agravantes e atenuantes, elencadas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do Código Penal (BRASIL, 2019a).¹⁶

Embora não exista qualquer disposição expressa a referendar o entendimento, a doutrina e a própria jurisprudência¹⁷ escravizam o juiz, impondo-lhe a estrita observância dos marcos da pena abstrata. Ou seja, é defeso exasperá-los.

Surge neste momento a grande questão a expor a vulnerabilidade do sistema à luz dos preceitos constitucionais e da aspiração maior de um perfeito equilíbrio entre a sanção e o delito.

Com efeito, verificando o juiz serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais, deverá definir a pena-base em seu mínimo, homenageando o princípio da proporcionalidade.

Ora, se se identificarem circunstâncias atenuantes favoráveis, em seguindo o caminho apontado pela doutrina e pela jurisprudência, o juiz deverá simplesmente desprezá-las, já que não lhe será permitido reduzir, para além do mínimo legal, a pena-base.

Tem-se, pois, o problema que se busca questionar, e que ensejou a edição da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999). Ou seja, pode o magistrado escolher, a despeito do comando legal, os fatores a ponderar numa dosimetria da pena?

Na terceira etapa, o juiz verificará as causas gerais e especiais de aumento e de diminuição de pena, todas previamente consignadas no texto legal, podendo, então, ao aplicar os coeficientes indicados, encontrar valores finais que exorbitam o piso e o teto da lei.¹⁸

Esse sistema trifásico alcança a totalidade dos delitos previstos no Código Penal brasileiro (BRASIL, 2019a), eis que estão sempre previstas penas mínima e máxima.

Assim, mesmo quando o legislador se refere à sanção pecuniária por meio da expressão genérica “multa”, seus parâmetros encontram-se no art. 49 do Código Penal (BRASIL, 2019a). Ou seja, oscilará a pena entre dez e trezentos e sessenta dias-multa.

Esse percurso oferecido pelo legislador vai ao encontro do princípio da constitucional da motivação da sentença – art. 93, IX (BRASIL, 2020a), à medida que permite “o

¹⁶ Os dois primeiros dispositivos dizem respeito às circunstâncias agravantes; os dois últimos, às atenuantes. Merece destaque a oportunidade criada pelo legislador para as circunstâncias inominadas. Como sugere o próprio nome, elas escapam do rol mencionado no art. 65, facultando-se ao juiz reconhecê-las, quando efetivamente constatar dados relevantes, ainda que supervenientes ao crime, capazes de minimizar os efeitos da sanção penal (BRASIL, 2019a).

¹⁷ Não há registro de acórdãos desafiando essa orientação.

¹⁸ Em se tratando de causas gerais ou especiais de aumento de pena, a lei penal prevê a aplicação de percentuais a incidir sobre o resultado alcançado na segunda fase. Daí a possibilidade de se distinguirem, sob o aspecto prático, as causas de aumento e as qualificadoras, pois estas sempre se apresentam com seus limites.

acompanhamento do raciocínio do Juiz no processo de aplicação da pena, para verificar se houve observância aos critérios estabelecidos pelas normas jurídico-penais” (LOPES, 2005, p. 229).

O Código Eleitoral – Lei nº 4.737/65, rompendo com essa tradição, poderia constituir uma exceção à regra, porque prevê, em alguns preceitos sancionadores, somente a pena máxima, valendo-se da locução “...até”. Assim, por exemplo, no primeiro dos delitos tipificados naquela lei, tem-se: “Art. 289. Inscrever-se fraudulentamente o eleitor: Pena – Reclusão até cinco anos e pagamento de cinco a 15 dias-multa” (BRASIL, 2020a).

Todavia, o art. 284, suprimindo o que poderia traduzir uma omissão legislativa, estabelece a regra geral de que, no silêncio da lei quanto ao grau mínimo da pena, “será ele de até quinze dias para a pena de detenção e de um ano para a de reclusão.” (BRASIL, 2020c).

Essa mesma particularidade pode ser encontrada no Código Penal Militar. Em seu art. 84, estão consignados os limites mínimo e máximo para as penas de reclusão e de detenção: “Art. 58. O mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias, e o máximo de dez anos.” (BRASIL, 2017a).

Esse detalhe não afasta a observância do sistema trifásico à minguada de regra expressa no Código Penal Militar que informasse a adoção de outro sistema. Ou seja, “[...] o cálculo da pena segue o método trifásico, aplicando-se nesse sentido a norma do art. 68 do Código Penal Comum [...], diante da lacuna sobre o tema no Código Penal Militar [...]” (ROTH, 2007, p. 10).

Portanto, tem-se como consenso que a observância do sistema trifásico também alcança o sistema castrense.

3.3 O projeto do novo Código Penal e a dosimetria da sanção penal

Está tramitando no Senado Federal o Projeto de Lei nº 236, de 2012, que trata do novo Código Penal. Segundo movimentação datada de 7 de fevereiro de 2020, o projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, sob relatoria do Senador Rodrigo Pacheco (BRASIL, 2012).

O texto, no ponto, entrega-se a disciplinar a matéria atinente à dosimetria da pena, encampando as orientações cristalizadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, notadamente quanto à pena mínima. A dosimetria da pena está disciplinada no art. 84 do projeto, *in verbis*:

Art. 84 – A pena-base será fixada atendendo-se ao critério das circunstâncias judiciais deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, observados os limites legais cominados; por último, as causas de diminuição e de aumento.

§1º Na análise das circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, o juiz deve fundamentar cada circunstância, indicando o *quantum* respectivo.

§2º No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

§3º Quando a pena-base for fixada no mínimo cominado e sofrer o acréscimo em consequência de exclusiva causa de aumento, o juiz poderá reconhecer atenuante até então desprezada, limitada a redução ao mínimo legalmente cominado.

§4º Embora aplicada no mínimo, o juiz poderá, excepcionalmente, diminuir a pena de um doze avos até um sexto, em virtude das circunstâncias do fato e consequências para o réu.

§5º Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena poderá ser reduzida de um terço à metade.

§6º Ocorrida a confissão voluntária convergente com a prova produzida na instrução criminal, a pena poderá ser reduzida de um doze avos até um sexto.

§7º No caso de delação premiada não se aplica o § 6º. (BRASIL, 2012)

O Projeto de Lei nº 236/2012 segue o sistema trifásico, com as mesmas etapas e sequências descritas no atual Código Penal. Ou seja, determina o enfrentamento das circunstâncias judiciais, todas enumeradas no art. 75 – são também oito a exemplo do que se verifica com o atual art. 59 do Código Penal –, permitindo a identificação da pena-base (BRASIL, 2012, 2019a).

O art. 75 do Projeto de Lei nº 236/2012 fideliza-se ao art. 59 do Código Penal, inclusive para cancelar as finalidades da pena – reprovação e prevenção –, e para demarcar que o enfrentamento das circunstâncias judiciais não pode levar à escolha de uma pena-base que extrapole os limites mínimo e máximo previstos nos preceito secundário da norma penal incriminadora (BRASIL, 2012, 2019a).

Em outras palavras, a discricionariedade do julgador nesta primeira etapa da definição da reprimenda é limitada aos marcos fixados por lei. Está no projeto:

Art. 75. O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos motivos e fins, aos meios e modo de execução, às circunstâncias e consequências do crime, bem como à contribuição da vítima para o fato, estabelecerá, conforma seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena de prisão;

IV – a substituição da pena de prisão aplicada por outra espécie de pena, se cabível.

§1º - Na análise das consequências do crime, o juiz observará especialmente os danos suportados pela vítima e seus familiares, se previsíveis.

§2º - Não serão consideradas circunstâncias judiciais as elementares do crime ou as circunstâncias que devam incidir nas demais etapas da dosimetria da pena. (BRASIL, 2012).

O Projeto nº 236/2102 inova ao determinar que se quantifiquem as circunstâncias judiciais, fundamentando-as, o que não contempla o atual código. Aliás, a jurisprudência consolidada exige apenas que se explicitem as circunstâncias judiciais, justificando-as, se a pena-base não coincidir com os valores mínimos previstos no tipo penal. Em outras palavras, se a pena-base corresponder ao menor montante previsto no preceito sancionador, dispensa-se qualquer comentário, porque se presumem favoráveis todas aquelas circunstâncias, não havendo qualquer prejuízo ao réu.

Identificado o valor da pena-base, avança-se para o enfrentamento das circunstâncias que levam à definição da pena provisória. As agravantes estão listadas no art. 77, ao passo que as atenuantes, nos art. 81 e 82, sendo que este disciplina as atenuantes inominadas, reproduzindo o texto do art. 66 do Código Penal (BRASIL, 2012, 2019a).

No que se refere às circunstâncias legais, tem-se também que as alcança a determinação para que sejam anunciados os seus valores – art. 84, § 1º (BRASIL, 2012).

A inovação mais importante, especialmente para a análise levada a efeito neste trabalho, diz respeito aos limites. Assim, no Projeto de Lei nº 236/2012, ao contrário do que se tem no vigente Código Penal, consignou-se expressa determinação para que, também na segunda fase, o julgador não extrapole “os limites legais cominados” (BRASIL, 2012, 2019a).

Essa inovação, se por um lado reafirma a orientação jurisprudencial cristalizada na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999), por outro expõe a vulnerabilidade dos argumentos que alimentaram a sua edição. Afinal, ter-se-á, agora, uma opção legislativa, debatida e discutida por quem efetivamente tem legitimidade constitucional para fixar limites às sanções penais.

Não bastasse, prevê o § 3º do art. 84 do Projeto de Lei nº 236/2012 que, caso a pena provisória tenha sido fixada no mínimo, porque favoráveis as circunstâncias judiciais, e tenha havido um aumento de pena em razão de uma causa geral ou especial, pode o julgador, ao tempo da terceira fase da escolha da reprimenda, retornar ao momento anterior, reconhecendo “atenuante até então desprezada” (BRASIL, 2012).

No ponto, apesar das idas e vindas no mecanismo de escolha da pena, são mais claras as regras que autorizam o reconhecimento de atenuante até então desprezada e, mais que isso, o limite para o seu valor, isto é, a sua aplicação não poderá implicar a definição de um montante que seja aquém do “mínimo legalmente cominado” (BRASIL, 2012).

Enaltece-se, também que, ao contrário da redação do art. 65 do Código Penal vigente (BRASIL, 2019a), o art. 81 do Projeto de Lei nº 236/2012, ao enumerar as circunstâncias atenuantes não contempla o advérbio “sempre”: “Art. 81 São circunstâncias atenuantes, quando não constituam, privilegiem ou diminuam especialmente a pena do crime” (BRASIL, 2012)

Portanto, a correção demonstra a vulnerabilidade da orientação sumular atual – Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999) –, que preteriu o advérbio “sempre”, em contraposição ao mandamento legal. E, em lei, como exige a Constituição da República (BRASIL, 2020a), o projeto fixa um limite para a atenuante, não dependendo de construção jurisprudencial.

Enfim, o Projeto de Lei nº 236/2012 avança nessa área, tornando inaplicável a orientação inserta na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999), embora contemple outros problemas, não inseridos no recorte metodológico proposto no presente trabalho. Assim, por exemplo, embora a confissão espontânea tenha sido listada como atenuante genérica – art. 81, II, “d” – a sua redução é quantificada em percentual – art. 84, §6º –, sugerindo uma causa geral de diminuição de pena: “§6º Ocorrida a confissão voluntária convergente com a prova produzida na instrução criminal, a pena poderá ser reduzida de um doze avos até um sexto.” (BRASIL, 2012).

O certo é que o Projeto de Lei nº 236/2012 busca corrigir o desacerto atual, afastando qualquer dúvida sobre a redução da pena abaixo do mínimo, em se tratando uma circunstância atenuante (BRASIL, 2012). A proposta de redação suprime o advérbio “sempre” inserido no art. 65 do Código Penal vigente (BRASIL, 2019a), espancando as dúvidas sobre o alcance da expressão, e estabeleceu que as atenuantes deverão observar os “limites legais cominados”, exceto em se tratando de “confissão voluntária convergente com a prova produzida na instrução criminal”, que comportará uma redução maior – de “um doze avos a um sexto”, sem as amarras do *caput*, quais sejam, respeitando-se os marcos legais (BRASIL, 2012).

É de se registrar também, que o Projeto de Lei nº 236/2012, no que se refere à pena de multa, abandona o modelo atual, estabelecendo apenas duas fases:

Art. 85. A pena de multa será fixada em duas fases. Na primeira, o juiz observará as circunstâncias judiciais para a fixação da quantidade de dias-multa. Na segunda, o valor do dia-multa será determinado observando-se a situação econômica do réu.

Parágrafo único. O juiz poderá desconsiderar a reincidência, quando o condenado já tiver cumprido a pena pelo crime anterior e as atuais condições pessoais sejam favoráveis à ressocialização. (BRASIL, 2012).

Assim, somente as circunstâncias judiciais orientarão o magistrado na escolha dos dias-multa, sendo desnecessária qualquer consideração sobre as agravantes e atenuantes,

causas de aumento ou de diminuição de pena, solução que, à evidência, pode gerar um descompasso entre os valores definidos a título de pena privativa de liberdade e aqueles da multa.

4 FUNÇÃO JURISDICIONAL, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PRECEDENTES

Inicialmente, é preciso destacar que o exercício da função jurisdicional se altera, a depender da qualidade do Estado ao qual se vincula, se democrático ou autoritário. Nesse sentido, cada Estado exige de seus órgãos jurisdicionais papéis e responsabilidades compatíveis com as necessidades específicas.

No Brasil, com o alargamento dos direitos individuais e coletivos inseridos na Constituição de 1988 (BRASIL, 2020a), o exercício da função jurisdicional assumiu protagonismo acentuado, desenvolvendo papéis historicamente reservados e ligados às funções legislativa e executiva. E o Estado Democrático de Direito, com a nova Constituição, proporcionou abertura à jurisdição, esta compreendida, “[...] na concepção estruturante do Estado Democrático de Direito, [...] atividade-dever do Estado” (DIAS, 2018, p. 37)

Nesse contexto, se por um lado, ampliaram-se os horizontes da cidadania, motivo pelo qual houve o incremento do número de demandas¹⁹, por outro, conduziu os órgãos jurisdicionais à situação de usurpadores de funções que não lhes eram constitucionalmente afetas.

Por consequência, a função jurisdicional passou por significativas alterações em sua formatação, alçando a condição de concretizador dos direitos constitucionalmente tutelados à medida que abandona a de mero aplicador das leis. E, de fato, o cumprimento dos mandamentos constitucionais exigiu maior valorização do processo. Desse modo:

[...] a jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais baseada na reserva legal, com o objetivo de realizar imperativa e parcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico. (DIAS, 2018, p. 37-38).

Ou seja, “o justo processo é o que se compõe de garantias fundamentais de justiça” (COMOGLIO, 1998), isto é, aquelas materializadas na Constituição.

De acordo com Darci Guimarães Ribeiro, essas políticas do Estado Democrático de Direito aproximaram processo e direito:

Modernamente, os processualistas, preocupados com o fenômeno da efetividade do processo, estão recorrendo ao caminho inverso daquele utilizado pela doutrina processual do início do século, pois enquanto estes perseguiram o afastamento do processo a respeito do direito material, aqueles perseguem uma aproximação entre o

¹⁹ Sobre os dados estatísticos de demandas e do Poder Judiciário, vide pesquisa *Justiça em Números*, realizada anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020b).

processo e direito. Esta aproximação se deve, basicamente, a dois fatores: de um lado, o florescimento de novos direitos, nascidos, como é sabido, a partir da revolução tecnológica e de outro lado, a origem do Estado Democrático de Direito, ou *Welfare State*, que cria uma nova ordem de pensamento e concebe o acesso à justiça a partir da percepção dos justificáveis, ou seja, esta nova ordem de pensamento está comprometida com um processo de resultados, onde os consumidores do direito buscam instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar-se praticamente a utilidade das decisões judiciais, seja no âmbito repressivo ou preventivo. Assim, a efetividade compõe um dos elementos integrantes dessa concepção de Estado, na medida em que contribui para a construção de uma sociedade mais justa (art. 3º, inc. I, da CF), baseada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. II, da CF). (RIBEIRO, 2010, p. 78).

Voltando ao magistrado e à importância conferida ao processo constitucional, exige-se que se analise a sua postura, pois, valendo-se do processo e manejando regras e princípios de modo distorcido, pode afastar-se da lei, criando o direito de forma idiossincrática. Tem-se aí um completo divórcio da função jurisdicional em relação ao processo constitucional, desviando do “espaço procedimental cognitivo-argumentativo informado pelo contraditório e pela ampla defesa” (DIAS, 2018, p. 39) e da reconstrução dialética do caso concreto.

Essa discricionariedade tem a capacidade de invadir o terreno impróprio da parcialidade. Nesta, as convicções e predileções pessoais assumem primazia relativamente aos elementos produzidos – novamente, destaque-se – dialeticamente pelas partes no processo.

Tratando da questão atinente à imparcialidade, lembra Ronaldo Souza Borges:

É imprescindível que o juiz, no exercício da atividade jurisdicional, seja imparcial. Em uma sociedade democrática, é necessário que os juízes inspirem confiança nos jurisdicionados. Para tanto, exige-se que eles tenham uma imparcialidade absoluta.

Somente há imparcialidade com um Judiciário independente. Em vários ordenamentos, a imparcialidade e a independência são afirmadas conjuntamente, reforçando a conexão entre uma com a outra.

A imparcialidade se manifesta em todo o processo, sendo apreciada (i) segundo um aspecto subjetivo, no sentido de que o juiz, internamente, não traga elementos predeterminadores de sua decisão – p. ex., lide – e (ii) segundo um aspecto objetivo, no sentido de que o juiz não tenha ideias preconcebidas em relação ao caso.” (BORGES, 2016, p. 139)

Não é demais assinalar que, sobretudo no modelo enraizado no Estado Liberal, o juiz era apenas a “boca da lei”, com função meramente declarativa, intervindo minimamente nas questões de Estado, especialmente no que se refere às funções políticas legislativas.

Assim, no contexto do Estado Liberal, observa-se a legalidade puramente formal, pelo que o juiz era visto como um mero aplicador de lei (autocrática e não dialógica), sendo-lhe vedado criar o direito, mas apenas fazê-lo efetivo. O papel central era da função legislativa, de modo que a lei era o foco do Estado, tocando à função jurisdicional um papel neutro e inatingível pelo ambiente extra-autos e pelas variações políticas, econômicas e sociais (CAMPILONGO, 2011, p. 27).

São marcos desse período as revoluções americana e francesa, levantando a bandeira da igualdade, da liberdade e da fraternidade.

Com o colapso do Estado Liberal, sobressaindo o Poder Executivo, “há um incremento dos poderes do juiz, atingindo o condão de alcançar o sucesso político das finalidades impostas pelas exigências do Estado Social. Ou seja, de mero expectador do processo, o juiz passa a ser protagonista” (RITTER, 2016, p. 74). Tem-se, assim, uma acentuada intervenção, com vistas a atender as necessidades existenciais dos cidadãos, nem sempre satisfeitas. Incrementam-se as lutas pelos direitos coletivos e sociais, buscando a promoção social e a organização econômica.

Em ambos os paradigmas – liberal e social, a primazia no sistema jurídico era conferida às funções executivas e legislativas.

Essa guinada para o Estado Social coincide com o surgimento das ideais socialistas derivadas do fim da Primeira Guerra Mundial. Assinala Letícia Mousquer Ritter que:

O Estado social é, desta forma, um Estado intervencionista que busca prover certas necessidades existenciais mínimas dos cidadãos que, por fatores alheios a sua vontade, veem-se na impossibilidade de, por si próprios, proverem essas necessidades e, portanto, têm no Estado, mediante sua ação política, o elo de garantia dessa proteção. Surgiram, então, questões emblemáticas como a positivação de princípios jurídicos e de direitos fundamentais nas constituições modernas, ampliando os limites de interpretação jurídica direcionada a um imaginário do ético e do justo e, também, a massificação da tutela jurídica nos conflitos, transformando o Judiciário em uma alternativa para o exercício do jogo político. A Constituição, enquanto texto jurídico normativo, passou, mais do que nunca, a exigir uma interpretação que submeta o texto às relações de contexto. (RITTER, 2016, p. 74).

Já na transformação do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional assumiu um papel proeminente. É que o fim da Segunda Guerra Mundial ampliou o interesse pelas constituições, notadamente pelos direitos fundamentais e sociais, abarcados no ideal da dignidade da pessoa humana.

Lenio Streck aborda que:

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir da segunda pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário (STRECK, 2011, p. 190).

Portanto, se até a Segunda Guerra à função jurisdicional era reservado apenas aplicar a norma preestabelecida pelo legislador, a partir daquele momento ela assumiu a condição de um dos responsáveis pela preservação dos direitos fundamentais, pois “[...] a aferição da

constitucionalidade [passou] a ter um prisma de concreção de direitos e garantias fundamentais.” (BERNARDES; LIMA, 2018, p. 14).

Segundo Gervasoni,

O Estado Democrático de Direito é marcado pela instrumentalidade e pela normatividade (força normativa) da Constituição, já que oferece aos cidadãos mecanismos jurídico-legais (constitucionais) para exigir o cumprimento dos direitos (agora também ampliados) previstos desde o modelo anterior. (GERVASONI, 2011, p. 45).

No Brasil, frisa-se, esse momento coincide com a promulgação da Constituição da República, em 1988 (BRASIL, 1988). Essa evolução do Estado, iniciando com um viés individualista até a sua postura mais intervencionista, mostra também a transformação da própria noção de jurisdição, pois se lhe atribui caráter social e político.

No campo do *jus puniendi*, percebeu-se nitidamente essa evolução, como esquadrinham Alice Bianchini, Antônio García-Pablos Molina e Luiz Flávio Gomes:

O Estado liberal, ao propor o debate sobre a legitimidade e limites do poder político frente ao povo, suscitou uma questão que não tinha sentido algum no tempo do Estado absoluto: a que título pode o Estado privar de seus direitos o cidadão, como se justifica a intervenção penal, isto é, o castigo etc.

Beccaria fundamentou o “*ius puniendi*” na doutrina do contrato social e o Direito penal construído sobre essas bases foi concedido como Direito a serviço das garantias não como instrumento para a prevenção e luta contra o delito.

Na segunda metade do sec. XIX deu-se a passagem para o Estado liberal, mero depositário, administrador e custodiador das liberdades individuais, para o Estado social, que intervém ativamente como gestor dos processos sociais. O “*ius puniendi*” transformou-se então em um poderoso instrumento de política criminal em função da prevenção do delito. A introdução (no direito penal) das medidas de segurança, ao lado da pena, é fiel expoente da mudança operada.

.....

F. VON Liszt encarnou, com sua Política criminal, os postulados do Estado social de Direito. Um estado intervencionista, que pretendeu reagir frente à ineficácia do Direito penal clássico e liberal, respeitando, não obstante, as garantias individuais.

.....

A experiência do Estado totalitário (nazista, fascista etc.), depois da Primeira Guerra mundial, evidenciou os perigos que o intervencionismo penal pode representar para as garantias individuais. Desde então percebeu-se que se faz necessário impor limites ao “*ius puniendi*”; e que não se pode nunca renunciar às garantias sob o pretexto de uma luta mais eficaz contra o delito.

O Estado “social” e “democrático”, como afirma Mir Puig, há de ser uma síntese que complemente e aperfeiçoe o Estado “clássico” e “liberal”, não uma alternativa a ele. O “*ius puniendi*” estatal terá que respeitar sempre escrupulosamente os limites próprios de uma concepção garantista do Estado, da sociedade e do Direito. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 210).

O temor é que isso recaia na discricionariedade ou, no pior dos quadros, na arbitrariedade. Com efeito, poderá o juiz fazer prevalecer sua opção política, invadindo uma seara própria de outra função e, o que é pior, escapando de qualquer controle constitucionalmente previsto.

De qualquer forma, o importante é que, como lembram Sérgio Henriques Zandoná Freitas e Carla Regina Clark da Costa:

No Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional é poder-dever do Estado, que por provocação dos interessados age através dos seus órgãos estaduais, cumprindo e fazendo cumprir as normas do Direito Positivo, com observância dos direitos fundamentais e garantia do devido processo constitucional. O Estado de Direito teve suas bases na vontade racional e geral e na preservação da vida em comum e da liberdade das pessoas, além da segurança na administração da justiça (exercício da função jurisdicional), o atendimento às normas legais e a representação do povo junto à atividade legislativa do Estado, assegurando três funções (legislativa, executiva e judiciária) (FREITAS; COSTA, 2008, p. 748-749).

Ou, ainda, na advertência de Rosemiro Pereira Leal:

Não há mais, com efeito, lugar para os que apregoam potestatividade, faculdade, poder, arbítrio ou discricionariedade para o órgão jurisdicional (judicial), já que este tem de atuar com rigorosa vinculação à principiologia do processo que lhe impõe o dever de prestar a tutela legal, sem qualquer mensagem de arbítrio ou discricionariedade. [...] Assim, não se pode conceber que o magistrado, que recebe do Estado, mesmo no paradigma liberal, a ordem-dever de aplicar direitos, possa ter faculdades ou poderes de ditar o direito ao seu alvedrio ou sentimento se, como ressaltado, sequer o Estado tem, nos sistemas democráticos atuais, arbítrio ou discricionariedade no cumprimento de sua função jurisdicional. (LEAL, 2012, p. 24-25).

Assim, nessa ordem de ideias, é indispensável que o juiz tenha sua liberdade de decidir preservada, não podendo, entretanto, fazer opções à margem das balizas constitucionais, que contemplam em sua mais íntima essência a natureza dialógica do processo constitucional.

4.1 A aplicação do direito: uma visão a partir do século XX

No curso do século XX, notadamente em razão do positivismo jurídico, a aplicação do direito pelos tribunais limitava-se à discricionariedade judicial, ou seja, o juiz escolhia, entre as opções oferecidas pela lei, aquela que julgasse mais conveniente e apropriada.

Segundo Pugliese:

A interpretação e a fundamentação judicial que explicasse a interpretação era, de certo modo, algo secundário, a ser tratado apenas à luz do critério da validade. Apesar de a decisão judicial ser o ato “autêntico” que aplicaria o Direito, sua justificação não era o ponto central das obras positivistas. (PUGLIESE, 2017, p. 2).

Interessante observar que a codificação se mostrou igualmente importante para relegar a um segundo plano o papel do juiz. Isso porque:

[...] a ideia dos Códigos era a de se antecipar a todas as situações jurídicas e estabelecer regras claras para sanar qualquer problema com o respaldo do Poder Legislativo. Não havia por que o juiz fazer parte dessa interlocução: seu papel era apenas o de avaliar os fatos de um caso, depreender as regras válidas e aplicáveis àquela determinada situação e, com isso, apresentar solução às partes. (PUGLIESE, 2017, p. 2).

O raciocínio simples e direto que sugeria a mera aplicação da lei ganha contornos mais inquietantes, a partir do momento em que surgem os conceitos vagos e as cláusulas gerais, que reclamam uma atividade mais intensa do intérprete, e que não podem ser utilizadas como porta de entrada para arbitrariedades ou desvios constitucionais.

Com efeito, as constituições, ao preverem direitos fundamentais, não equacionam casos individuais, pelo que “parte da doutrina passa a observar que o Direito não se restringe a um aspecto de aplicação de normas, mas também contém um elemento de intencionalidade pelo qual ele será interpretado” (PUGLIESE, 2017, p. 2).

Essa guinada fez com que passassem a importar os fundamentos da decisão, destacando a importância de não só entender ou compreender a forma como os órgãos jurisdicionais decidiam os casos, mas efetivamente participar da fundamentação dos seus pronunciamentos.

No Brasil, constata-se um movimento em prol da vinculação às decisões. Isso decorre, dentre outros fatores, pelo fato de se ter uma sociedade eminentemente demandista, que abarrota os tribunais de recursos, e, mais que isso, da exposição das instâncias superiores, que, surpreendentemente, não são absolutamente fiéis aos seus próprios julgados.²⁰

Essa última constatação agride, de maneira inquestionável, o art. 926 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2019b), que impõe aos tribunais movimentos que permitam a uniformização de sua jurisprudência, tornando-a integral, estável e coerente. Cita-se: “Art. 926. Os tribunais devem uniformar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2019b).

É necessário, pois, no âmbito dos tribunais, fomentar a consciência quanto à importância das decisões judiciais, porque ela não leva ao engessamento do direito, mas, ao contrário, permite a sua mutação, desde que fundada em bases processuais democráticas, com destaque para o componente dialógico.

É de se frisar que a judicialização decorre da previsão constitucional ao direito de ação, não sendo uma opção política da função jurisdicional. Afinal, não é dado aos órgãos jurisdicionais furtar-se ao pronunciamento sobre as diversas questões que lhe são submetidas.

²⁰ Como exemplo, cite-se o caso da presunção de inocência, afastado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2016, no Habeas Corpus 126292/SP, e ignorado pelo Ministro Celso de Mello em junho daquele ano, em decisão monocrática, lançada no Habeas Corpus 135100/MG (BRASIL, 2016, 2017).

4.2 As decisões judiciais

Revela-se a decisão judicial como sendo “a declaração judicial que determina uma consequência jurídica” (JAUENIG, 2002, p. 301).

Nessa ordem de ideias, o Código de Processo Civil, na seção relativa aos pronunciamentos do juiz, aponta assumirem as decisões os contornos de sentença, que põem fim à fase cognitiva do procedimento comum e extinguem a execução, de decisões interlocutórias, que apesar de sua carga de comando, não se amoldam à sentença, e os despachos, que encampam tudo aquilo que não seja sentença ou decisão interlocutória.

Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos art. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte.

§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário. (BRASIL, 2019b).

Dentre os pronunciamentos destacados no artigo citado, a mais importante é a sentença, pela qual se encerra o processo e se definem as consequências jurídicas.

A sua validação exige a presença de três elementos estruturantes, que se resumem no relatório, na fundamentação e na parte dispositiva, sendo certo, ainda, que a segunda parte não pode tangenciar qualquer dos incisos do art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, consoante abaixo colacionado:

Art. 489. [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2019b).

Essa disposição, em verdade, vai ao encontro do art. 93, IX, da Constituição da República, que exige a fundamentação de todas as decisões judiciais.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

.....

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 2020a).

Limita o Código de Processo Civil o ato decisório do juiz às balizas apresentadas pelas partes, pelo que não se tolera qualquer manifestação que não coincida com o que querem as partes, consoante art. 492, abaixo transcrito: “Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (BRASIL, 2019a).

Impede, ainda, o referido Código, que o prolator da decisão a altere, após publicação, salvo nas situações previamente listadas no art. 494. Cita-se:

Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo;

II - por meio de embargos de declaração (BRASIL, 2019b).

No que tange ao segundo grau, anunciou o Código de Processo Civil ser o acórdão “o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”, consoante art. 204 (BRASIL, 2019b).

Essa constatação é relevante, porque, efetivamente, apenas os atos decisórios de segunda instância podem fomentar a vinculação às diversas instâncias dos órgãos jurisdicionais.

4.3 A vinculação e precedentes no Brasil

Embora o sistema processual brasileiro indique a necessidade de vinculação aos atos decisórios, parece não ter sido fiel à noção de precedentes. Esse conceito, oriundo da tradição jurídica da *common law*, tem em sua raiz primitiva a *doctrine of precedents*, produto de

grande evolução histórica e que “implica tanto restrição como criatividade” (DUXBURY, 2008, p. 27, tradução nossa).²¹

Contudo, sem adentrar no debate circunscrito à aproximação (e até incursão) do sistema jurídico brasileiro na tradição da *common law*, parece que o Código de Processo Civil tentou estabelecer um conjunto de decisões de vinculação obrigatória.²² É o que se vê do art. 927 do Código de Processo Civil e seu rol dos ditos precedentes vinculantes, que assim dispõe:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (BRASIL, 2019b).

Com isso, não apenas a lei, mas também essas decisões anteriores passaram a orientar o processo de forma cogente. Há que se frisar, também, que não será tida como motivada a decisão que não seguir precedente ou jurisprudência invocada pela parte, nos termos do art. 489, § 1º, VI, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2019b).

Essa exigência remete à conclusão de que se mostra inadequada a aceitação de decisões que não sejam coerentes e íntegras. De fato, não parece razoável que haja distorção entre decisões que envolvam o mesmo tema e as mesmas circunstâncias. É o que se pretendeu com o art. 926 do Código de Processo Civil:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

²¹ Texto original: “*The doctrine of precedent entails both constraint and creativity*”.

²² Não se busca enfrentar a discussão sobre a adoção da teoria do precedente judicial no Brasil, assinalando, entretanto, a existência de três grupos que divisam a respeito. No primeiro, tem-se que não se pode falar em precedente judicial no Brasil, porque a eficácia das decisões decorre da lei, ao passo que no *common law*, ela é histórico-concreta. No segundo, aceita-se a adoção de precedente, tendo em vista que a própria lei, em sentido amplo, dá eficácia a determinadas decisões e à própria súmula vinculante. No terceiro, entende-se que o precedente é fruto da atividade jurisdicional, de maneira que é natural a produção de decisões que possam se tornar modelos.

No ponto, é salutar a menção ao art. 79 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça (MINAS GERAIS, 2018) que, na tentativa de minimizar a ocorrência de decisões conflitantes e com vistas a emprestar coerência e integridade aos seus acórdãos e às decisões monocráticas, avança no fenômeno da prevenção, estabelecendo a vinculação de desembargador que tenha conhecido da matéria anteriormente.

Nota-se que esses dispositivos se inspiraram em Ronald Dworkin, no que o autor chamou de *romance em cadeia*. Nessa linha, as decisões judiciais devem ser entendidas como capítulos de um romance de modo que o capítulo seguinte deve guardar relação estreita com o anterior, sem que possam ser interpretados isoladamente ou dele desvinculados. Assim o fazendo, assinala Dworkin, o juiz será fiel ao seu dever de integridade:

Podemos comparar o juiz que decide sobre o que é direito em alguma questão judicial, não apenas com os cidadãos da comunidade hipotética que analisa a cortesia que decidem o que essa tradição exige, mas com o crítico literário que destrinça as várias dimensões de valor em uma peça ou um poema complexo. Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos.

.....

Em tal projeto [romance em cadeia], um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 2003, p. 275).

Ainda segundo Dworkin, é imprescindível uma linha de argumentos densos para justificar o rompimento na similaridade das decisões. Não sem razão, recomenda que os órgãos jurisdicionais estudem não apenas os repertórios jurídicos, mas, igualmente, as anotações parlamentares, identificando as razões e as decisões tomadas pela função legislativa. Trata-se de exigência do que denominou convencionalismo (DWORKIN, 2003). Por outro lado, o pragmatismo exige que esses identifiquem as regras adequadas para o futuro.

Francis Ted Fernandes, lembra, ainda, com o apoio em Dworkin, que “o direito como integridade é diferente: deve partir da concepção atual, considerado o passado – como adequação linear – mas com vistas a produzir a melhor decisão no futuro. Deve imprimir um caráter de continuidade ao direito” (FERNANDES, 2016).

Essa questão assume relevância, especialmente quando se trata de interpretação, pois se veda ao juiz seguir apenas a sua opinião, de forma arbitrária, preterindo aquilo que vinha sendo decidido. Afinal, a decisão precisa guardar sintonia com o direito em vigor.

No Estado Democrático deve-se prestigiar também a segurança, e ambas somente poderão ser alcançadas com uma interpretação coerente. Portanto, ao determinar que os

precedentes sejam observados – art. 489, §1º, VI, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2019b), a integridade deve prevalecer nas decisões judiciais, especialmente quando o precedente for invocado pela parte e levar ao acolhimento de sua tese.

Observam Marinoni, Arenhart e Midiero que:

Existindo precedente constitucional ou precedente federal sobre o caso debatido em juízo, a fidelidade ao direito constitui fidelidade ao precedente. Daí que a ausência de efetivo enfrentamento – mediante a demonstração da distinção – pelo juízo de precedente invocado pela parte constitui omissão relevante na redação da fundamentação. Existindo precedente invocado pela parte, esse deve ser analisado pelo juízo. Se disser efetivamente respeito à controvérsia examinada em juízo, deve ser adotado como razão de decidir. Se não, a distinção entre o caso precedente e o caso concreto deve ser declinada na fundamentação. A ausência de efetivo enfrentamento do precedente constitui violação do dever de fundamentação (art. 489, § 1º VI, CPC). (MARINONI; ARENHART; MIDIERO, 2015, p. 114).

A inobservância do precedente afigura-se intolerável à medida que implicaria a violação do princípio da “supremacia do legislativo”, tão cara a Dworkin, traduzindo uma violação do pacto democrático: as regras existem e devem ser cumpridas no Estado Democrático de Direito:

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com a importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada. Na segunda maneira de considerar o problema, um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios. Esses padrões incluem a doutrina da “supremacia do Poder Legislativo”, um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo. Eles incluem também a doutrina do precedente, outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência. As doutrinas da supremacia do Poder Legislativo e do precedente inclinam em favor do *status quo*, cada uma delas na sua própria esfera, mas não o impõe. Os juízes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória. (DWORKIN, 2002, p. 60).

Assim, é salutar que as decisões também se orientem nos precedentes, permitindo a estabilização do enfrentamento das questões levadas aos órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, por força de lei, têm esses órgãos jurisdicionais o dever de seguir o precedente, especialmente quando invocado pela parte em abono a sua tese, somente se admitindo que não o façam se identificarem razões relevantes, aferidas em contexto de preservação das garantias do contraditório e da ampla defesa.

4.3.1 Conceitos correlatos aos precedentes

A menção aos precedentes reclama a demarcação do que efetivamente pode vincular os órgãos jurisdicionais e as partes no processo. Explica Elpídio Donizetti Nunes que:

É importante esclarecer que o que forma o precedente é apenas a razão de decidir do julgado, a sua *ratio decidendi*. Em outras palavras, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores. As circunstâncias de fato que deram embasamento à controvérsia e que fazem parte do julgado não têm o condão de tornar obrigatória ou persuasiva a norma criada para o caso concreto. Além disso, os argumentos acessórios elaborados para o deslinde da causa (*obiter dictum*) não podem ser utilizados com força vinculativa por não terem sido determinantes para a decisão. (NUNES, 2015).

Adverte, ainda, Elpídio Donizetti Nunes, que os precedentes não podem ser aplicados de qualquer maneira pelos magistrados (NUNES, 2015).

Recorrendo ao magistério de Cruz e Tucci, assinala a necessidade de se empreender o *distinguishing*, ou seja, a distinção, no caso em exame, dos pressupostos fáticos e de direito do precedente aparentemente aplicável, já que estes não podem ser invocados indiscriminadamente, forjando semelhanças fáticas e jurídicas inexistentes. Assim:

Os precedentes vinculantes não devem ser aplicados de qualquer maneira pelos magistrados. Há necessidade de que seja realizada uma comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática. É, preciso, em poucas palavras, considerar as particularidades de cada situação submetida à apreciação judicial e, assim, verificar se o caso paradigma possui alguma semelhança com aquele que será analisado. Essa comparação leva o nome de *distinguishing*, que, segundo Cruz e Tucci (2004, p. 174), é o método de confronto “*pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma*”. Se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o magistrado poderá se ater a hipótese *sub judice* sem se vincular ao julgamento anterior. (NUNES, 2015).

De qualquer forma, arremata, “o mais importante nessa distinção é que haja motivação”, pois na fundamentação das decisões judiciais, “o juiz deve identificar exatamente as questões que reputou essenciais ao deslinde da causa”, garantindo ao ato decisório a indispensável legitimidade e dialogicidade, mesmo porque “a fundamentação será a norma geral, um modelo de conduta para a sociedade, principalmente para os indivíduos que nunca participaram daquele processo, e para os demais órgãos do Judiciário” (NUNES, 2015).

O *distinguishing* não se confunde com o *overruling*, que consiste na superação da tese veiculada no precedente. Ainda segundo Elpídio Donizetti Nunes, “essa técnica impescinde da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação.” (NUNES, 2015).

Questão de relevo diz respeito à aplicabilidade desse fenômeno no tempo, porque, havendo a superação de um precedente, com a respectiva construção de uma nova tese jurídica, ela passará a reger as relações ocorridas antes da decisão revogadora, mas que ainda estejam sujeitas ao crivo judicial, ensejando o fenômeno da retroatividade plena.

Contudo, “[...] a distinção e a superação ganham contornos de dramaticidade no sistema de precedentes do Código de Processo Civil [...], engendrado de modo a inviabilizar qualquer discussão em torno de suas teses” (BERNARDES, 2019, p. 50-51) e “[...] imbuída de um cerne efficientista de viés quantitativo pela busca de celeridade, máxima produtividade, simplificação procedimental, busca de resultados e alcance de metas” (MUNDIM, 2020, p. 132). Por essa razão é que se torna imperiosa a discussão em torno do limite das decisões judiciais e a função legislativa, e sua importância ante o dito sistema de precedentes brasileiro.

4.3.2 A força das decisões judiciais e a função legislativa

Há que se pontuar que a aprovação do Código de Processo Civil (BRASIL, 2019b), em março de 2015, destacou sobremaneira os precedentes. Evidentemente, essa nova guinada exige uma consistência para a utilização dos novos dispositivos legais, sob pena de se materializar uma invasão da função jurisdicional na esfera de atribuições da função legislativa.

Os precedentes, utilizados sem o cuidado que o devido processo constitucional impõe, podem implicar manifesta contraposição ao que estabelece a lei, “[...] conjunto de normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais (regras e princípios) vigentes no sistema jurídico brasileiro” (DIAS, 2018, p. 165), e produto de intensa discussão na sociedade pelo parlamento. E, nessa linha, merece ênfase a afirmação de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

A legitimidade democrática das decisões judiciais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, **está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional.** (DIAS, 2018, p. 166, grifos nossos).

O tema mereceu a preocupação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade (NERY JR.; NERY, 2015). Segundo os referidos autores, o art. 927 do Código de Processo Civil traduz “um comando que considera esses preceitos abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características de lei” (NERY JR.; NERY, 2015, p. 1837).

É preciso conciliar o efeito vinculante conferido pelo Código de Processo Civil (BRASIL, 2019b) a algumas decisões judiciais e a função do legislador, tão cara à democracia.

Chiovenda, que se preocupava com os limites de atuação do Judiciário, mesmo porque sua obra pauta-se na ideia do Estado Liberal, divisando as funções jurisdicionais daquelas afetas aos demais poderes, conceituava a jurisdição como sendo a:

[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órfãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (CHIOVENDA, 1969, p. 3).

Já para Carnelutti, ao juiz cabia compor a lide, pelo que ele, o juiz, cria a norma aplicável ao caso concreto (CARNELUTTI, 1958).

Ambos, portanto, conferiam à lei um papel de supremacia, pelo que o juiz, de forma mecânica, sem nada criar, constatava os fatos, repetia a norma geral, resolvendo questões que lhe eram submetidas.

Esses conceitos clássicos de jurisdição foram se amoldando no tempo, de sorte que suas alterações se apegavam aos contextos culturais e históricos, sem embargo de se ater ao próprio modelo de Estado.

Em apanhado sintético, enumera Pugliese outras razões dadas pelos estudiosos brasileiros para a evolução do conceito de jurisdição:

Fredie Didier Jr., por sua vez, aponta as transformações na Teoria do Direito como a responsável pela mudança dos conceitos da Teoria do Processo. Já Rosemiro Pereira Leal justifica a mudança de perspectiva como decurso de uma atualização da Teoria do Estado, que não é mais a figura hobbesiana do Leviatã, mas um Estado marcado pelas características de ser “Democrático de Direito”. (PUGLIESE, 2017, p. 12).

Já para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, no processo constitucional, a função jurisdicional, ou, apenas, jurisdição, “[...] é atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional” (DIAS, 2018, p. 37).

O órgão jurisdicional, portanto, deve preservar e fazer valer a vontade da Constituição, diretamente extraída da vontade do povo, garantindo a igualdade e a proteção dos direitos fundamentais. Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar, compreender a lei à luz dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. (MARINONI, 2005, p. 26).

As diversas formas de se conceituar a jurisdição remetem ao ponto comum de se respeitar a esfera de atuação do legislador. Afinal, não é dado à função jurisdicional a criação de normas, mas apenas a aplicação irrestrita dos direitos individuais e coletivos, valendo-se, mesmo diante da imprevisão legal, dos princípios que alimentam a Constituição.

4.3.3 As súmulas no sistema jurídico brasileiro

A ideia de súmula liga-se a outro conceito, que é o de jurisprudência. A jurisprudência ora representa um conjunto de decisões de um tribunal ou de tribunais a respeito de determinada matéria, ora a própria ciência do direito, estudada como tal especialmente nos países de tradição da *common law*.

O fortalecimento dos conceitos de súmula, de jurisprudência e de precedente coincide com o incremento das demandas e o interesse despertado por aquilo que têm decidido os órgãos jurisdicionais. É, em outras palavras, o fenômeno da judicialização, pela qual, segundo Luís Roberto Barroso:

[...] questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instâncias judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia do estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. (BARROSO, 2018, p. 44-45).

Quando se aborda a jurisprudência como um acervo de decisões, parte-se da premissa que elas ostentam conclusões semelhantes ou, mais precisamente, convergentes. Descarta-se, por óbvio, o emprego da expressão em se identificando apenas uma decisão do tribunal.

A reiteração no mesmo sentido permite a elaboração de súmulas, que traduzem a cristalização do entendimento do tribunal acerca da matéria. A edição das súmulas permite, em tese, uma orientação segura sobre determinado tema. De fato, a súmula agiliza o julgamento dos processos que trazem como tema central aquele assunto, conferindo segurança às instâncias inferiores para decidirem casos similares.

No Brasil, pode-se afirmar a existência de duas importantes categorias de súmulas.

Na primeira, têm-se as súmulas persuasivas, que consolidam o entendimento de determinado tribunal sobre um tema específico, permitindo a orientação dos órgãos jurisdicionais, que, entretanto, não estão vinculados ao seu conteúdo. Sua elaboração segue a previsão dos regimentos internos dos respectivos tribunais.

Em outra categoria, têm-se as súmulas vinculantes, cuja criação é restrita ao Supremo Tribunal Federal, e, como o próprio nome encerra, deve ser obrigatoriamente observada pelas instâncias inferiores. Na definição de Alice Khouri e Fernando Tavares:

Define-se súmula vinculante como o enunciado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no contexto do controle difuso de constitucionalidade, ao que se atribui a imperatividade de subordinar ao seu conteúdo todos os atos a serem praticados por quaisquer dos chamados Poderes Executivo, Judiciário e os órgãos da Administração Pública, direta e indireta, de todos os entes que compõem a Federação. (KHOURI; TAVARES, 2014, p. 13).

A sua matriz legislativa é a própria Constituição da República, em seu art. 103-A (BRASIL, 2020a), introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004), sendo que, posteriormente, foi regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006 (BRASIL, 2006). Cite-se:

Art. 103-A: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 2020a).

Reconhece-se na regra do *stare decisis et quieta non movere*, ou simplesmente *stare decisis*, a inspiração para a sua introdução no sistema brasileiro. Por ela, os órgãos jurisdicionais que compõem as instâncias inferiores devem manter íntegras as orientações oriundas dos órgãos judiciais superiores, quando decidirem a mesma matéria.

Aliás, reconhece-se que as súmulas, enquanto representativas da reunião de precedentes que ostentem idêntica natureza e solução, têm a sua dimensão demarcada com a análise dos julgados que a alimentaram, pois, ao que observam Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco:

Os limites objetivos da súmula vinculante são dados pelo enunciado que resulta de sua formação. É evidente que esse enunciado poderá ser mais bem compreendido à luz das referências da súmula, isso é, dos julgados que geraram a base para a decisão sumulada. Assim, não raras vezes, ter-se-á de recorrer às referências da súmula para dirimir eventual dúvida sobre o seu exato significado. Tais referências são importantes no que diz respeito à eventual distinção ou “distinguishin” que se tenha de fazer na aplicação da súmula vinculante. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1012).

A maior crítica às súmulas concentra-se numa suposta usurpação da atividade legislativa. Lenio Streck destaca que:

Com o poder de editar súmulas, os Tribunais passam a ter um poder maior do que o Legislativo. Se se impedir que – das decisões exaradas em conformidade com as súmulas – sejam interpostos recursos, o Poder Judiciário estará acumulando as duas funções (legislativa e judiciária), petrificando o sentido do texto (e da norma exurgente desse texto). Daí que, examinando o sistema jurídico brasileiro como um paradoxo, é possível dizer que, do ponto de vista autopoietico, a vinculação sumular

reforça o poder da auto reprodução do sistema. Com a vinculação, o STF “fecha” o sistema. (STRECK, 2005, p. 112).

É compreensível a existência de vozes que defendam essa liberdade conferida à função jurisdicional, com a possibilidade de edição das súmulas.

Todavia, a simples presença de autorização no texto constitucional não é suficiente para fechar os olhos à realidade: a atividade de editar súmulas remete aos órgãos jurisdicionais uma função – legislativa – manifestamente atípica, o que antes somente se tolerava na elaboração do seu Regimento Interno.²³

Ainda, a edição da súmula, mormente no estrito sistema de precedentes brasileiro, cuja discussão das teses têm sido cada vez mais cerceada, suprime a possibilidade de ampla e democrática discussão do tema por quem, efetivamente, tem legitimidade para fazê-lo. Em outras palavras, esvazia-se ou, no mínimo, mitiga-se a garantia do devido processo constitucional legislativo.

Nessa linha, Cármen Lúcia Antunes Rocha faz restrições a esse poder conferido à função jurisdicional, assinalando que:

Ao contrário de todos os princípios e direitos políticos fundamentais postos no sistema, a instituição da súmula vinculante não tem: a fonte legítima da representação popular; o respeito à possibilidade constitucionalmente prevista como direito fundamental do cidadão de participar da formação do Direito (art. 14); nem a garantia do processo legislativo democrático, discutido, aberto e participativo (art. 59 e seguintes) para a criação da norma jurídica (ROCHA, 1997, p. 57).

À evidência, não parece atender às exigências democráticas que os tribunais se entreguem à elaboração de regras impositivas, que vinculam todos, especialmente pelo distanciamento de seus integrantes do povo. Afinal, estão os seus integrantes destituídos de legitimidade popular para demarcar essas regras de caráter geral e coercitivas. E, também, segundo o magistério de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “é preciso que os órgãos jurisdicionais não descurem de levar a sério o princípio da reserva legal” (DIAS, 2018, p. 168). Ou, ainda, na advertência de Menelick de Carvalho Netto:

Sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha clara a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a textos, que jamais veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir. (CARVALHO NETTO, 2004, p. 43).

²³ Todos os tribunais de segunda instância no Brasil exercem essa função atípica de legislar, ao elaborarem seus respectivos regimentos internos, que, por óbvio, não podem atropelar os comandos insertos em lei, seja ela constitucional, seja infraconstitucional.

No ponto, vale mencionar a discussão da natureza jurídica das súmulas, pois ora ela se apresenta como princípio, ora como regra, o que reforça a ideia de invasão de atribuição pelos órgãos jurisdicionais à esfera reservada constitucionalmente à função legislativa.

Debruçando-se sobre o teor da Súmula Vinculante 13 (BRASIL, 2008) e das lições de Kelsen – “as normas de um ordenamento regulam a conduta humana” (KELSEN, 1998, p. 16), bem como o ensinamento de Alexy, no sentido de que os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90), concluem Alice Khouri e Fernando Tavares que:

Não parece haver necessidade de muito esforço hermenêutico para perceber que as súmulas vinculantes podem se comportar ora como regras ora como princípios, dependendo de seu conteúdo. A partir da leitura da súmula supracolacionada pode-se dizer que o seu conteúdo diz respeito a uma determinação de conduta tida como proibida, específica, de âmbito de incidência determinado, qual seja, a nomeação de parentes para o exercício de cargo em comissão ou de confiança. Perfeitamente plausível a ideia do enquadramento da Súmula Vinculante 13 como regra, portanto. Entretanto, é perceptível que o conteúdo da referida súmula revela uma ponderação previa entre normas constitucionais, quais sejam, o princípio da moralidade expressamente previsto no artigo 37, da Constituição Brasileira de 1988, *caput*, (moralidade *latu sensu*) e a regra constitucional escrita pelo mesmo art. 37 que, no inciso II, permite a livre nomeação de cargo em comissão, hipótese a ser determinada pela Lei, ainda inexistente. Pela edição da súmula, observa-se como resultado uma tentativa de ponderação a partir da prevalência do princípio da moralidade, concebido genericamente na sua própria condição de princípio. Atualmente, a legislação brasileira, em seu artigo constitucional 37, II, faz menção aos cargos de livre nomeação e exoneração, reconhecendo a existência, e, portanto, juridicidade, das indicações aos cargos em comissão. No entanto, no que pese o dispositivo, não há qualquer outra norma a respeito do assunto, limitando ou restringindo a conduta do administrador na nomeação dos referidos cargos. E, ressalte, a matéria é única e exclusivamente de lei, nos termos claros do aludido dispositivo constitucional. É neste ponto que reside o grave vício formal de que sofre a súmula vinculante n. 13. (KHOURI; TAVARES, 2014, p. 15).

Constata-se, portanto, à míngua de debate nos moldes que precede a aprovação de uma lei, a necessidade de os tribunais apresentarem justificativa exaustiva das razões que os levaram à edição do ato, notadamente quanto à ponderação de princípios, porque isso minimizaria os desafios de se proceder ao controle das situações. Estas, ainda que semelhantes, podem ostentar especificidades que não justificam a aplicação da regra geral formatada pelos órgãos jurisdicionais.

5 A SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em 22 de setembro de 1999, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 231, publicada em 15 de outubro daquele mesmo ano, que encerra os seguintes dizeres: “A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (BRASIL, 1999).

A pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça aponta cinco precedentes originários que justificaram a cristalização do entendimento. São eles o Recurso Especial 146056/RS, da relatoria do Ministro Félix Fischer, quinta turma, julgado em 7 de outubro de 1997 (BRASIL, 1997); Recurso Especial 46182/DF, de relatoria do Ministro Jesus Costa Lima, quinta turma, julgado em 4 de maio de 1994 (BRASIL, 1994); Recurso Especial 32344/PR, de relatoria do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, sexta turma, julgado em 6 de abril de 1993 (BRASIL, 1993); Recurso Especial 15691/PR, de relatoria do Ministro Pedro Acioli, sendo relator para o acórdão o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, sexta turma, julgado em 1º de dezembro de 1992 (BRASIL, 1992); e Recurso Especial 7287/PR, de relatoria do Ministro William Patterson, sexta turma, julgado em 16 de abril de 1991 (BRASIL, 1991).

Os motivos apresentados pelo Superior Tribunal de Justiça para a edição da súmula parecem não superar o entendimento consolidado acerca dos princípios constitucionais. Ou seja, identifica-se “uma ausência de maiores debates sobre os elementos permissivos ou proibitivos da diminuição além do mínimo legal por circunstâncias atenuantes” (BUSATO, 2014, p. 143).

Em verdade, a análise daqueles fundamentos sugere que o Superior Tribunal de Justiça incorreu em contradições que vulneram o entendimento à luz da Constituição da República (BRASIL, 2020a). No ponto, vale a advertência de Roberta Maia Gresta:

O Estado Democrático de Direito é um projeto em construção, mas também uma conquista retórica que não pode ser amortizada em nome da estabilidade social imposta à custa de sacrifícios de direitos fundamentais de parcelas da população. Para implementar a mudança social que permita aos cidadãos exercer a já assegurada autoinclusão nos direitos fundamentais, é preciso que os órgãos judiciários rompam com a crença em que lhes é delegada uma imemorial tarefa de instrumentalizar a dominação. Sem que sejam problematizados os pontos de partida do ordenamento jurídico, em especial as condições de produção e a aplicação das leis, a literatura permanecerá cúmplice da naturalização do manejo estratégico do Direito para fins de domínio e pacificação. (GRESTA, 2014, p. 199).

Também contundente é a crítica de Rodrigo Duque Estrada Roig, para quem a atividade sancionatória não vem demandando aportes teóricos, limitando-se o operador do

direito a seguir o plano traçado pelo art. 68 do Código Penal e não se afastando da jurisprudência dominante:

Enfim, a supervalorização de um proceder automatizado escondeu por muito tempo a falta de uma teorização mais séria e sistemática da medida da pena, encobrindo ainda a necessidade de uma fundamentação mais densa quanto às premissas utilizadas pelo legislador na sua opção por uma pena mais ou menos extensa. (ROIG, 2015, p. 18).

A inquietação ao entendimento justifica-se, porque são flagrantes e evidentes, insista-se, o seu descompasso com o texto constitucional.

5.1 A vulnerabilidade dos motivos justificadores

A seguir serão listados os argumentos apresentados pelo Superior Tribunal de Justiça, em seus precedentes, para se chegar à edição da Súmula nº 231 (BRASIL, 1999), e se formularão ponderações a respeito desses argumentos.

A ideia é identificar se os argumentos principais utilizados estão em harmonia com a Constituição da República (BRASIL, 2020a) e os seus princípios basilares, quais sejam, a legalidade, a individualização, a proporcionalidade, da suficiência, da necessidade e da pessoalidade.

5.1.1 Limites mínimo e máximo

Utiliza-se como primeiro argumento que “a lei infraconstitucional estabelece um limite mínimo e um máximo para cada tipo penal e estes devem ser respeitados e aplicados com a devida fundamentação”, pelo que “ninguém, em nenhum grau de jurisdição, poderá aplicar a pena privativa de liberdade diversa daquela sistemática legal, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico”, pois, “admitindo-se, ‘*ad argumentandum*’, a redução abaixo do mínimo legal, qual seria o limite?” (BRASIL, 1997).

Ora, a fundamentação para a redução da pena abaixo do mínimo, em se identificando uma circunstância atenuante, está na própria lei, que, longe de impor qualquer condição, crava o advérbio “sempre” no art. 65, *caput*, do Código Penal: “São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena” (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Não é tarefa hercúlea verificar que, em sendo dois os acusados da prática do mesmo crime, sendo ambos contemplados com a pena-base no mínimo e um deles, por exemplo, for menor de vinte e um anos ao tempo dos fatos, não havendo a diminuição prevista em lei, ter-se-á uma flagrante agressão ao princípio da individualização da pena.

Essa alternativa inviabiliza a individualização da pena e aniquila a proporcionalidade, pois o fator menoridade não aproveitará ao mais novo, de modo que receberão idêntica punição.

Ademais, salta aos olhos uma desconfiança exacerbada relativamente à atuação do magistrado, ao tempo em que promove a redução da pena. Afinal, não lhe é dado o direito de se descuidar dos princípios implícitos que orientam a imposição da pena, *v.g.*, o da suficiência e o da necessidade.

Destaque-se, ainda, que um flagrante descompasso na definição da pena pode ser corrigido nas instâncias superiores, em grau de recurso, como rotineiramente acontece, mesmo com as restrições trazidas pela Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999). Ou seja, a diversidade de entendimento entre as instâncias, ou mesmo nas instâncias, pode ocorrer quanto ao valor conferido às circunstâncias judiciais, ao montante de redução ou de aumento pela incidência das circunstâncias legais e até mesmo nas causas gerais e especiais de aumento e de diminuição de pena.

A doutrina, mencionada nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, quando se debruça especificamente sobre o tema, invariavelmente não se entrega a esmiuçar as razões pelas quais não se podem ultrapassar os marcos mínimo e máximo da pena, quando da segunda fase. A propósito, têm-se:

É evidente que o Juiz não pode, *p. ex.*, em razão de uma agravante ou atenuante, fazer modificações da pena-base nas mesmas quantidades, que as faria, pela ocorrência de uma causa de aumento ou de diminuição. Estas, necessariamente, têm de operar efeitos muito mais expressivos na quantidade da pena e podem até modificar os limites “mínimo” e “máximo”, previstos na cominação legal, enquanto as “circunstâncias legais” (art. 61 e 62 ou 65 e 66) não têm este condão. (LOPES, 2005, p. 234).

E também: “as agravantes não podem elevar a pena acima do máximo cominado. As atenuantes não podem decrescer aquém do mínimo cominado.” (KUEHEN, 1998, p. 46).

No ponto, é relevante a lição de Alice Bianchini, Antônio García-Pablos Molina e Luiz Flávio Gomes que, valendo-se do magistério de Claus Roxin, apontam conduzirem a abstração e a generalização para o afastamento da realidade e do caso concreto:

As debilidades dos sistemas abstratos – afirma o autor não só radicam em sua posição contra a política criminal, senão, de um modo mais geral ainda, em um abandono das particularidades do caso concreto; portanto, em muitas situações, respeita-se a segurança jurídica, mas com o custo do menosprezo à justiça. Um sistema fechado, acrescenta Roxin, afasta a dogmática, por um lado, das decisões valorativas político-criminais e, por outro, corta a sua comunicação com a realidade social, em lugar de lhe deixar aberto o caminho. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, p. 178).

No ponto, o tratamento idêntico para situações diferentes não apenas propiciará um flagrante prejuízo àquele que teria direito ao benefício legal, mas, igualmente, distanciará o Direito Penal da realidade.

Ora, quando se identifica uma interpretação absolutamente contrária ao exposto texto de lei, é de se rememorar o que consignou Paulo Dourado de Gusmão, em passagem que trata da decepção de Napoleão ao ver seu código interpretado:

Todavia, como dissemos, quando o próprio Napoleão, ao ter conhecimento de que seu código estava sendo objeto de interpretação pelos juristas, teria dito: “meu código está perdido”. Talvez, porque, com a sua intuição genial, soubesse que as obras literárias têm sentidos, dados pelos intérpretes, desconhecidos do autor. [...] Depois de publicada, disse Thol, a lei se desvincula do legislador. (GUSMÃO, 1994, p. 136-137).

Essa interpretação manifestamente contrária ao texto de lei rompe com o fio condutor de uma história, metaforicamente descrita por Dworkin (2003) como *romance em cadeia*, em que um dos capítulos reside, por que não, no exercício da função legislativa. E, mais ainda, rompe com o princípio do Estado Democrático de Direito, cuja vinculação a jurisdição não pode se furtar (DIAS, 2018, p. 160), decorrência lógica do sistema constitucional, “resultante da conexão interna entre democracia e Estado de Direito” (DIAS, 2018, p. 160), e de onde se extrai, também, a vinculação ao “princípio da reserva legal ou da prevalência da lei” (DIAS, 2018, p. 165), que remete ao conjunto de normas jurídicas, quer constitucionais, quer inconstitucionais, balizadoras da função jurisdicional. A interpretação, na contramão daquilo que claramente estabelece a lei, não contribui para os fins da democracia.

5.2 Sistema de ampla indeterminação

Ponderou-se, ao tempo de se editar a súmula, que, se não existissem “limites claros nas duas primeiras operações”, ter-se-ia um sistema de “ampla indeterminação”, proporcionando “tratamentos infundadamente diferenciados”, o que “contraria o princípio da reserva legal e causa imensa insegurança jurídica tanto ao réu quanto à sociedade” (BRASIL, 1997).

Ou seja, esse mencionado sistema de “ampla indeterminação” (BRASIL, 1997) afrontaria o princípio da reserva legal.

No ponto, a súmula incorre em falsas conclusões.

Primeiro, ignora a capacidade das partes e do órgão estatal jurisdicional, subestimando-as para confrontar o princípio da proporcionalidade à luz do caso concreto. Mais, esquece-se de que os pronunciamentos jurisdicionais se submetem a intenso controle

das partes e das instâncias superiores – haja vista o caráter dialógico que deve nortear o processo constitucional –, capaz de corrigir descompasso entre a pena e a sua finalidade. Isso ocorre diariamente, repita-se, quando os tribunais reposicionam a pena fixada na instância inferior, por considerar os novos números mais condizentes com as finalidades de reprovação e de prevenção.

Há que se destacar a afirmação de Mariângela Gama de Magalhães Gomes, que enfatiza ser impossível ao legislador, que trabalha no campo da esfera abstrata, realizar uma correta aplicação da pena. Afinal, ele não dispõe da concretude fática, ou seja, “[...] a aplicação da pena ao caso concreto não se orienta apenas pelo princípio da legalidade. Ao contrário, neste momento da aplicação do direito ao fato histórico, cabe ao intérprete da lei adequar a pena a este.” (GOMES, 2003, p. 158).

E é exatamente essa conjugação entre a pena abstrata dada pelo legislador e aquela aplicada no caso concreto que dará “o verdadeiro ponto de equilíbrio entre as exigências da legalidade e de individualização da pena”. (GOMES, 2003, p. 160).

Segundo, porque os limites claros foram objeto de preocupação do legislador apenas no tocante à fixação da pena-base, por imposição do art. 59 do Código Penal. Cite-se:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 2019, grifos nossos).

Ou seja, não se tangenciou o tema ligado às circunstâncias legais – agravantes e atenuantes – todas inseridas na segunda fase.

O art. 68 do Código Penal (BRASIL, 2019a), por sua vez, ao listar as etapas para a definição da pena concreta, não apresenta qualquer restrição levantada na Súmula nº 231 (BRASIL, 1999):

Art. 68 – 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.

Parágrafo único – No concurso de causas de aumento e de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou mais diminua. (BRASIL, 2019a).

Portanto, a restrição imposta pela súmula está divorciada da legislação infraconstitucional.

Ainda sobre a questão do sistema trifásico absorvido pelo Código Penal não inviabilizar a escolha da pena-base abaixo do mínimo, destaca Cezar Roberto Bitencourt:

O grande fundamento para se admitir que as atenuantes possam trazer a pena para aquém do mínimo legal é principalmente a sua posição topográfica: são valoradas antes das causas de aumento e de diminuição”, pelo que, “após o exame das atenuantes/agravantes, resta a operação valorativa das causas de aumento que podem elevar consideravelmente a pena-base ou provisória. (BITENCOURT, 2004, p. 617).

Terceiro, porque nem mesmo a assertiva de que a pena mínima abstrata “constitui a garantia do bem tutelado, ou a medida da sanção necessária e proporcionada a sua proteção”, sustenta o entendimento sumular, à medida que, com a incidência das causas de aumento e de diminuição de pena, aqueles limites estariam comprometidos.

Não se pode olvidar que a aplicação da lei traduz uma operação (dia)lógica, que consiste em subsumir o caso concreto à norma jurídica, após o confronto, no processo, de tese e de antítese. No caso, a lei, enquanto premissa maior, assinala expressamente o dever, sem exceções, leia-se, independentemente da extensão dos valores encontrados na fase anterior, de reduzir a pena.

Aqui merece registro a crítica de Rodrigo Duque Estrada Roig. Para ele, o critério previsto no art. 68 do Código Penal (BRASIL, 2019a) não supera a iniquidade, derivada da impossibilidade de se reduzir a pena abaixo do mínimo legal, se fixada a pena-base no seu mínimo e se se identificar uma atenuante genérica. Afinal:

A atuação do juiz somente possui legitimidade substitutiva da investidura popular e democrática se seguir rigidamente a Constituição. Considerando que o escopo constitucional de 1988 é o de minimizar os danos sociais, morais e existenciais da experiência penal sobre o sentenciado, é exatamente este o norte a ser adotado pelo magistrado aplicador. Em outras palavras, na ainda considerada necessária tarefa de aplicação da pena privativa de liberdade, a perseguição do desígnio constitucional redutor passou então a ser seu único fundamento de legitimidade. (ROIG, 2015, p. 22-23).

O fato de serem favoráveis ao condenado todas as circunstâncias judiciais, o que lhe propiciará a pena-base equivalente ao mínimo – premissa menor – não pode lhe tirar o direito de ter um benefício previamente assegurado por lei e abortado por uma interpretação jurisprudencial.

5.3 Inadmissibilidade de “competição entre réus”

O Superior Tribunal de Justiça, ao deparar com situações envolvendo dois ou mais acusados, viu-se compelido a enfrentar a alegação de que o tratamento idêntico aos réus feriria os princípios da pessoalidade e da proporcionalidade. Afinal, sendo idênticas as penas-

base e tendo um deles direito à circunstância atenuante, não seria constitucionalmente aceito que recebessem a mesma reprimenda.

O Superior Tribunal de Justiça rechaçou a tese, argumentando que a definição das penas não pode traduzir uma “competição entre réus” (BRASIL, 1997).

A expressão, conquanto engenhosa e criativa, vai de encontro aos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade.

É lícito aos acusados mostrarem a desproporcionalidade das sanções que lhe são pontualmente endereçadas, valendo-se, para tanto, de situações paradigmáticas. Oportuna a lição de Jair Leonardo Lopes, quando assinala que

A sabedoria popular, aqui, como em outros campos do conhecimento, não deve ser menosprezada, porque costuma antecipar-se às investigações científicas. Na aparente simplicidade de seus enunciados, ela traduz a experiência milenar dos povos. É comum dizer-se que “os dedos da mão não são iguais”, quando se quer aludir à diferença de comportamento das pessoas, não obstante sua identidade de origem e vivência no mesmo mundo circundante.

Assim sendo, aplicar-se a cada qual a pena que se ajuste, tanto quanto possível, às circunstâncias subjetivas e objetivas de sua conduta criminoso constitui a realização máxima do ideal de justiça no particular.

.....

Do mesmo modo, se o crime é praticado em concurso de pessoas, embora todos incidam no mesmo dispositivo legal, nem sempre a todos poderão ser aplicadas as mesmas penas, porque pode haver motivações diferentes, antecedentes diversos e personalidades sujeitas à mais variadas reações diante do mundo circundante. (LOPES, 2005, p. 230).

Esse argumento utilizado nos acórdãos precedentes expõe o anacronismo da sanção penal. Afinal, como lembram Alice Bianchini, Antônio García-Pablos Molina e Luiz Flávio Gomes:

Também, naturalmente, na teoria da pena percebe-se uma evolução para o real, para o homem. Hoje a pena interessa não tanto como consequência jurídica de um fato passado, inserida na teoria das normas, senão como controle social e peça mestra de uma política social que olha o futuro. Não preocupam tanto, por isso, seus fins abstratos, sua fundamentação teórica, como seus efeitos e seus limites, sua execução e individualização, sua incidência real no homem concreto, sua possível substituição por outros controles sociais menos estigmatizadores. [...]

Primeiro, questionávamos por que castigamos. Depois, para que castigamos. Agora tentamos investigar o que acontece quando castigamos, como operam os processos sociais de criminalização e como podemos suavizar ou evitar seus efeitos desiguais e nocivos. (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 201).

É um desacerto, por outro lado, ignorar essa importante particularidade para se encontrarem as penas necessárias à reprovação e à prevenção, de forma proporcional a cada um dos envolvidos.

No ponto, como assinala Roberta Maia Gresta, valendo-se da lição de Rosemiro Pereira Leal: “A Constituição, como sede de um código discursivo teórico, e não ideológico,

veda o contingenciamento das decisões judiciais por pressuposições culturais, sociais ou históricas quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais e de seus beneficiários” (GRESTA, 2014, p. 192).

A leitura do argumento abordado neste subcapítulo e que se prestou a edificar a súmula mostra, às claras, ter sido preterido um conteúdo que tangencia o direito fundamental, prestigiando-se apenas uma questão social ou, quando muito, de rasa projeção cultural. Como adverte Luiz Vicente Cernichiaro:

A individualização da pena leva em consideração o fato global, ou seja, o fato-infração penal com os seus protagonistas (sujeito ativo e sujeito passivo) com revisão da vida de ambos e projeção de futura conduta do delinquente.

A lei ordinária estabelece os critérios da individualização. A Constituição se restringe a registrar o princípio, remetendo à lei a respectiva disciplina.

Importante mencionar, a lei não pode restringir a extensão do princípio. Além de submeter-se aos princípios humanitários, do interesse público e da culpabilidade, no caso concreto, busca realizar a função da pena, retributiva, porque visa à reprovação pela prática do crime, e a prevenção, no sentido de que procura inculcar no crime, e a prevenção, no sentido de que procura inculcar no condenado, durante a execução, a ideia de não voltar a delinquir.

Individualizar é dentre os limites da cominação, fixar a pena, de modo preciso e resultante dos fatores que obrigatoriamente serão considerados pelo juiz. (CERNICHARIO, 1995, p. 152).

Não existem, portanto, razões minimamente consistentes que justifiquem a “corrida dos réus” senão a busca incessante e intransigente por garantias constitucionais intransponíveis e inegociáveis à luz de argumentos racionais e sérios.

No ponto, há que se mencionar que o impedimento lançado sob a rubrica de “corrida dos réus” coloca à prova, ainda que indiretamente, o princípio da pessoalidade. Afinal, aquele que não se beneficiou da redução, embora tivesse o direito previsto em lei de o ter, implementaria uma obrigação de terceiro, tudo em homenagem à falaciosa disputa de acusados.

5.4 A literalidade da expressão “sempre atenuam”

O Superior Tribunal de Justiça aponta que a expressão “sempre atenuam”, descrita no art. 65 do Código Penal (BRASIL, 2019a), não pode ser tratada de forma literal, pois, se assim fosse, “teríamos que aceitar, também, a hipótese de as agravantes levarem a pena acima do limite máximo”, o que representaria ofensa ao princípio da legalidade, de modo que “a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, preconceitos e ideologias dos magistrados” (BRASIL, 1997).

O argumento é poderoso, mas não resiste à análise.

A uma, porque a preterição da interpretação literal deve ocorrer apenas em situações de manifesta ofensa ao texto constitucional. Isso definitivamente não ocorre nesta situação.

A duas, porque observar a legalidade não significa apenas atender aos limites mínimo e máximo da pena abstrata, mas aplicar a lei, à luz do texto constitucional, como ela realmente é.

É dizer, se a lei manda que sempre se observe a circunstância atenuante, não pode o juiz encontrar razões para não o fazer, sem demonstrar um flagrante desacerto com o texto constitucional.

Como bem pondera Cezar Roberto Bitencourt:

Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal. (BITENCOURT, 2007, p. 132).

A três, porque não existe dissenso na doutrina e na jurisprudência que a pena concreta pode extrapolar o limite máximo, em se identificando uma causa especial e geral de aumento de pena.

Ora, isso ocorre a despeito de não se ter uma regra clara autorizando a operação.

Portanto, sendo possível essa exorbitação dos marcos para as causas gerais e especiais de aumento de pena, à míngua de lei autorizá-la, não se pode vedar o mesmo raciocínio às atenuantes, especialmente quando o Código Penal (BRASIL, 2019a), expressamente, determina que se faça.

Insegurança e incerteza, na realidade, ocorrem quando se dispensa a situações diferentes um tratamento idêntico.

Vale aqui a ênfase, novamente, das lições de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, para quem “a legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico” (DIAS, 2018, p. 166)

Portanto, a sujeição à lei deve ser, insista-se, a primeira regra de interpretação.

Aqui, a norma deve ser interpretada de forma rígida, pelo que o dinamismo que impregna a construção da lei não pode ser utilizado como instrumento contra o direito fundamental à liberdade.

Paulo Dourado Gusmão, ao tratar da necessidade de compatibilizar lei e a interpretação, pondera:

A doutrina atualizada e a jurisprudência dominante devem ter o intérprete sempre presente na atualização do direito. Mas, por mais elástico e geral que seja o texto, há um ponto em que não é mais possível atualizá-lo. Ao atingi-lo, o intérprete submete-se ao texto, mesmo que desatualizado, por ser preferível a decisão *demodée* ao arbítrio judicial. Ultrapassá-lo nesse caso seria transformar-se em legislador, criando direito a pretexto de interpretá-lo. Há, portanto, limite às possibilidades expansivas do texto. O espírito dos textos e os princípios gerais do direito são as fronteiras do poder expansivo da norma jurídica. Deles, entretanto, não pode ser deduzido o que expressamente não é permitido e nem o que de forma alguma dos textos poderia ser inferido. Temperar ‘o rigor das leis com uma certa liberdade de interpretação é a melhor solução’, disse com muita propriedade H. Lévy-Bruthl (*Introduction à l'étude du droit, 1951*). Nem direito livre, nem direito petrificado, mas atualizado até quando possível, sem quebra do sistema e sem desfigurá-lo. (GUSMÃO, 1994, p. 138-139).

A legitimidade necessária à aplicação da pena passa, necessariamente, pela estrita vinculação da função jurisdicional à lei.

A quatro, porque parece faltar legitimidade aos órgãos jurisdicionais para contrariar a lei, especialmente quando esta se harmoniza com o texto constitucional. Como bem pontuou Roberta Maia Gresta, ao mencionar o pensamento de Kelsen:

O princípio da legitimidade determina que “a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra ordem jurídica”. Legítimas são, pois, a produção, a permanência, a substituição de normas no ordenamento com observância às regras formais da hierarquia normativa.

Por oposição, é ilegítima “toda modificação da Constituição, ou sua substituição por outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição”. Toda tentativa de modificação ilegítima da Constituição caracteriza, em um primeiro momento, uma revolução no sentido amplo. (GRESTA, 2014, p. 70).

O exercício da função jurisdicional, no caso, na contramão do que ditam a Constituição da República e a lei que se lhe operacionaliza, padece de clara legitimidade. A restrição à liberdade que deriva da própria Constituição, insista-se, alça à condição de ilegítima a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

5.5 Relevância punitiva das agravantes e das atenuantes

A edição da súmula alicerçou-se também na premissa de que a inexistência de limites às agravantes e às atenuantes conduziria ao reconhecimento de que elas possuiriam “relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica” (BRASIL, 1997).

Essa assertiva não se sustenta.

Com efeito, os valores para a diminuição da pena observarão o critério da proporcionalidade, de sorte que apenas um erro grosseiro, passível de correção em recurso, ensejaria a situação temida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, as reduções ou os incrementos, por força das atenuantes e das agravantes, devem seguir percentuais das causas gerais e especiais de aumento de pena, oscilando entre 1/6 a 1/3. Isso, à evidência, reforça a preocupação de não se admitir uma redução que faça alcançar penas irrisórias.

Mais uma vez, coloca-se à prova o entendimento sumular.

Ao contrário do que apregoa José Renato Nalini, não se tem um “protagonismo judicial sadio”, pois, no caso, repita-se, “a lei contemporânea” não se apresenta imperfeita, de sorte que “o intelecto do juiz”, longe de aperfeiçoar a aplicação da lei, fê-la patrocinadora de injustiça (NALINI, 2006, p. 269)

Reforça essa conclusão o ensinamento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Segundo o autor, as decisões judiciais, enquanto “atos estatais imperativos, que refletem manifestação do poder político do Estado, exercido em nome do povo”, não podem derivar de uma “referência hermenêutica inconstitucional do prudente critério ou do prudente arbítrio do órgão estatal julgador” (DIAS, 2018, p. 91).

Mais enfático, ele arremata, assinalando que:

[...] não pode haver decisões jurisdicionais apoiadas em noções vagas, imprecisas, fluidas de *justiça* e *equidade*, vale dizer, “*ao alvedrio do judiciário*”, buscando alcançar aquilo que, sob atecnia e forma indefinida, costuma-se qualificar de *ideal de justiça* ou *decisão justa*, construídas pelos devaneios inconsequentes dos adeptos do direito livre ou do direito alternativo [...]. (DIAS, 2018, p. 169).

A recomendação sumular de ignorar expressa determinação legal, patrocina uma interpretação inconstitucional agressora aos princípios da legalidade, da proporcionalidade, da individualização da pena, da necessidade e da suficiência e, mais que isso, em descompasso com a hermenêutica do processo constitucional.

5.6 A perturbação do processo de individualização da sanção penal

Segundo as razões que estruturam a súmula, “a margem de deliberação demasiadamente ampla” entregue ao juiz, em se tratando de agravantes e as atenuantes, “perturbaria o processo de individualização da pena” (BRASIL, 1997).

Mais uma vez, subestima-se a capacidade da função jurisdicional e das partes de, por meio do devido processo constitucional, observarem os princípios da reserva legal.

Noutros termos, a perturbação ao fenómeno da dosimetria da pena ocorre quando não se respeita o texto constitucional, arvorando-se o juiz e, no caso, o Superior Tribunal de Justiça, a uma condição que definitivamente não está contemplada na Constituição da República (BRASIL, 2020a).

No ponto, o Superior Tribunal de Justiça, nos precedentes que justificaram a edição da súmula, registra que esse sistema sempre funcionou dessa forma.

Ora, como bem pondera o Luís Roberto Barroso, “as normas legais têm que se reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando automática e acriticamente a jurisprudência forjada no regime anterior.” (BARROSO, 1999, p. 70).

Ou seja, é preciso descontaminar a função jurisdicional do apego excessivo às fórmulas do passado, sem o ajuste necessário à ordem constitucional. Ainda segundo o Luís Roberto Barroso, “uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (BARROSO, 1999, p. 71).

Não mais se sustentam argumentos dessa natureza, talhados à margem do texto constitucional, infraconstitucional e ao arpejo das garantias constitucionais.

5.7 O Enunciado 42 do Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

A Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999) inspirou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Com efeito, o Grupo de Câmaras Criminais editou o Enunciado 42, aprovado por unanimidade.

Nele, avançando a orientação instância superior, cravou-se taxativamente a impossibilidade de se ultrapassarem os limites mínimo e máximo impostos no preceito secundário: “Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado.” (MINAS GERAIS, 2016).

O interessante é que a instância superior mineira insiste no argumento de que o entendimento consolidado vai ao encontro dos interesses do réu, pois, em sendo contrário, poderia haver o aumento da pena acima do máximo legal.

Ora, o argumento, não se sustenta.

A coincidência entre a pena-base e a pena abstrata máxima demanda a constatação de serem desfavoráveis todas as oito circunstâncias judiciais, o que é absolutamente inusual. Ou seja, a suposta proteção ao réu baseia-se numa cláusula de exceção e não se tinham precedentes suficientes para justificar a adoção daquele entendimento.

Não bastasse, a possibilidade de a pena provisória suplantar os limites previstos no preceito sancionador, é de interesse exclusivo do legislador, inserindo-se no capítulo da reserva legal, pelo que incorreu o Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais nos equívocos anteriormente listados e que motivaram a edição da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999).

O certo é que as demarcações às penas devem ser previstas em lei, quer para impor valores mínimos, quer para extrapolar o seu montante máximo. Afinal, apenas o legislador tem competência constitucional para fazê-lo.

No ponto, o art. 75 do Código Penal (BRASIL, 2019a), com a nova redação dada pela Lei 13.964, de 2019, impõe valores para a execução da pena – quarenta anos –, mesmo quando a observância dos sistemas de exasperação ou de cúmulo material das penas, sistemas esses aplicados nos concursos material e formal, além do crime continuado, conduzir a números que suplantem aquela marca.

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

Anote-se, por oportuno, não se ter registro de que os outros cinco maiores tribunais de justiça do país (São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Bahia e Paraná) promoveram iniciativa idêntica ou mesmo similar.

De qualquer forma, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao sumular o tema, incorreu nos mesmos equívocos do Superior Tribunal de Justiça, erro esse enriquecido com a constatação de não se terem precedentes que justificassem a edição da súmula relativamente à vedação a se identificar pena provisória para além do valor máximo.

6 CONCLUSÃO

A construção de uma política criminal efetivamente democrática passa, necessariamente, pelo exame cuidadoso das funções afetas às funções legislativa e jurisdicional. A necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio, que permita, a essas funções, um agir efetivamente democrático e atento ao devido processo constitucional, exige permanente vigilância, principalmente da academia, com o seu olhar criterioso, técnico, independente e crítico.

O princípio do Estado Democrático de Direito, donde deflui o princípio da reserva legal, impõe o fiel respeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Afinal, parte-se da premissa de que a lei, independentemente da sua natureza, percorreu as etapas legislativas que viabilizaram discussões, debates e o reconhecimento de que traduz aquilo que melhor representa a vontade popular.

À função jurisdicional, por sua vez, tocarão inúmeras atividades, dentre as quais a harmonização entre os textos constitucional e infraconstitucional, e sua democrática aplicação aos casos que lhe são submetidos. Nessa ordem de ideias, a edição de uma súmula reclama redobrado cuidado do órgão que a edita.

Não basta uma orientação que se alinhe apenas ao entendimento pontual e momentâneo daquele colegiado. É preciso que outros requisitos sejam cumpridos, dentre os quais se listam a constatação de número expressivo de casos a justificar o pronunciamento definitivo, a convergência de posições anteriores, além da harmonização com os princípios elencados na Constituição da República (BRASIL, 2020a), não se admitindo que se invada seara reservada democrática e exclusivamente à função legislativa.

Assim, a edição de súmula que afronta ao texto legal e aos princípios constitucionais não se sustenta. É o que se buscou enfatizar, nesta pesquisa, com a análise do texto da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999).

Ela não apenas contraria de forma expressa o texto do Código Penal (BRASIL, 2019a), mas, e principalmente, os princípios da reserva legal, da proporcionalidade, da pessoalidade e da individualização da sanção penal.

Os seus problemas se agravam à medida que se constata a existência de uma linha de pensamento e de prática que remonta ao passado, ainda que não distante – décadas de 1940 e seguintes do último século. Ou seja, cristalizou-se entendimento que resistiu às mudanças constitucionais, notadamente a de 1988, que conferiu ao povo direitos e prerrogativas, e que reafirmam a dignidade da pessoa humana. E sob este grande manto devem estar,

necessariamente, os princípios da individualização da sanção penal, da reserva legal, da pessoalidade, dentre outros.

Qualquer outro entendimento frustraria a finalidade da Constituição da República (BRASIL, 2020a), consistente na promoção da liberdade e da justiça.

O papel dos tribunais superiores, especialmente quando editam súmulas, é demasiadamente importante, porque, insista-se, consolida entendimentos e oferece estabilidade jurídica às decisões, permitindo posicionamentos uniformes, que concorrem para a almejada segurança.

Todavia, esse papel tem limites, pelo que não se deve tolerar a edição de orientações que violem a lei, especialmente a Constituição da República (BRASIL, 2020a).

Ademais, é de se reconhecer que a interpretação literal da legislação ordinária somente deve ser mitigada, quando manifestamente em descompasso com o texto constitucional. Afinal, não se conferiu aos tribunais a função de sobrepor-se à vontade popular, materializada na lei. Às instâncias jurisdicionais compete o controle da constitucionalidade, mas jamais a possibilidade de se sobrepor àquilo que a lei previu.

Assim, confirma-se a hipótese inicial de pesquisa, a saber, a de que os precedentes da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça adotam premissas incompatíveis com a garantia fundamental da jurisdição e com o devido processo constitucional, violando frontalmente os princípios da legalidade (ou reserva da lei), da pessoalidade, da individualização e da limitação das penas, além do princípio máximo do Estado Democrático de Direito.

No ponto, o Projeto de Lei nº 236/2012 (BRASIL, 2012), do novo Código Penal, melhor equaciona a questão. Com efeito, elimina a expressão “sempre” inserida no atual Código Penal (BRASIL, 2019a), estabelece claramente os limites a serem observados ao tempo em que se reconhecerem as atenuantes e, finalmente, admite, na terceira fase da dosimetria da sanção penal, que se reconheça a atenuante preterida na segunda etapa, prestigiando os princípios constitucionais tão caros à cidadania.

Nessa linha, até que o novo Código Penal contorne a questão, urge, em homenagem ao princípio máximo do Estado Democrático de Direito, que se revise a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1999), porque o seu texto, além de contrariar expressa disposição legal, não atende aos princípios nucleares fixados pela Constituição da República (BRASIL, 2020a) ao tratar da sanção penal.

Os fundamentos que orientaram a sua edição, como se esquadrinhou no desenvolvimento deste trabalho, não resistem ao confronto com o texto constitucional e não

justificam o absoluto desvalor a um advérbio inserido no corpo do art. 65 do Código Penal (BRASIL, 2019a).

O cancelamento da súmula é medida de rigor, porque serão resguardados os princípios constitucionais que orientam a aplicação da pena, quais sejam, os da reserva legal, da individualização, da pessoalidade, da proporcionalidade, da suficiência e da necessidade, e, mais que isso, será preservada a legítima vontade popular, materializada na lei.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AVRITZER, Leonardo. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- BALESTRA, Carlos Fontan. **Derecho Penal**. Buenos Aires: Aravú, 1953.
- BARATTA, Alessandro. **Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica**. Buenos Aires: Doctrina Penal, 1985.
- BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn] **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I.
- BELEZA, Teresa Pizarro. **Direito Penal**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 1998. v. 1.
- BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratado dos sofismas políticos**. Leme: CL Edijur, 2002.
- BERNARDES, Bruno Paiva. **Conjecturas sobre a aplicação do minimalismo judicial ao ordenamento jurídico brasileiro e sua democraticidade jurídica**. 2019. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/590>. Acesso em: 16 out. 2020.
- BERNARDES, Bruno Paiva; LIMA, Eduardo Martins. O poder político do Judiciário: uma análise histórica, jurídica, política e sociológica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 17, n. 34, p. 1-29, 13 jul. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22478/ufpb.1678-2593.2018v17n34.38397>. Acesso em: 16 out. 2020.
- BETTIOL, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto e procedura penale**. Pádua: E. Cedam, 1966.
- BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antônio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1994.

BORGES, Ronaldo Souza. **A prova pela presunção na formação do convencimento judicial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**: ano-base 2019. Brasília, DF: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro 1969**. Código Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, [2017a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [199-]. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.878, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.414, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho 1965**. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, [2020c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17210.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.653, de 10 de maio de 1993**. Dispõe sobre o transporte de presos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1989_1994/L8653.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.460, de 4 de junho 1997**. Altera o art. 82 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9460.htm. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 236, de 2012**. Reforma do Código Penal brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Súmula nº 231**. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 1999. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial 146056/RS**. Penal. Art. 12 da Lei n. 6.368/76. Consumação e tentativa. Aplicação da pena privativa de liberdade. Limite de incidência das atenuantes reconhecidas. I - Se o agente, trazendo consigo ou

transportando a droga, é detido quando pretendia exportá-la, o delito previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76 está consumado, sendo irrelevante, em sede de tipificação, a tentativa de exportação. II - A majorante do art. 18, inciso I da Lei de Tóxicos alcança as hipóteses de “trazer consigo” ou do “transporte da droga” visto que se considerou demonstrado o “tráfico com o exterior”. III - As atenuantes (no caso, as do art. 65, inciso I e art. 65, inciso III, letra "d", do Código Penal), nunca podem levar a pena privativa de liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo legal. Recurso conhecido e desprovido. Relator: Min. Felix Fischer, 7 de outubro de 1997. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10/11/1997. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial 46182/DF**. Penal. Pena-base. Mínimo legal. Menoridade e causa de aumento. Fixação da pena. Critérios. 1. O sistema adotado pelo Código Penal impede que, estabelecida a pena-base consideradas as circunstâncias judiciais, existindo circunstância atenuante, o juiz diminua a pena abaixo do estabelecido em lei. Portanto, fixada a pena-base no mínimo legal, mesmo levando em conta a menoridade do réu, a pena não pode ser reduzida para quantidade inferior ao mínimo abstratamente considerado. E que as circunstâncias legais influem sobre o resultado a que se chega na primeira fase, cujos limites, mínimo e máximo, não podem ser ultrapassados. Apenas na terceira fase, quando incidem as causas de diminuição e de aumento, e que aqueles limites podem ser ultrapassados. 2. Precedentes. Relator: Min. Jesus Costa Lima, 4 de maio de 1994. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199400088477&dt_publicacao=16/05/1994. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 32344/PR**. Resp - Penal - Pena - Atenuante - O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A cominação (in abstracto) não se funde com a aplicação (in concreto). A atenuante distingue-se da causa especial de diminuição da pena. A primeira enseja o juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base. A redução, pois, não pode transpor o mínimo fixado na lei. A segunda, sim, conduz a grau menor porque o legislador afetou o quantum da cominação. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6 de abril de 1993. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199300046675&dt_publicacao=17/05/1993. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 15691/PR**. Resp - Penal - Pena - Atenuante - O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A cominação (in abstracto) não se confunde com a aplicação (in concreto). A atenuante não se confunde com a causa especial de diminuição da pena. A primeira enseja o juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base. A redução, pois, não pode transpor o mínimo fixado na lei. A segunda, sim, conduz a grau menor porque o legislador afetou o quantum da cominação. Relator para o acórdão: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 1º de dezembro de 1992. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199100212121&dt_publicacao=03/05/1993. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 7287/PR**. Penal. Pena. Fixação. Critérios. Se a redução da pena importou em fixá-la abaixo do mínimo legal, por força de equivocado critério na ordem de consideração de causa especial de aumento e de atenuante, merece reforma a decisão. Recurso especial conhecido e provido. Relator: Min. William Patterson, 16 de abril de 1991. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199100004812&dt_publicacao=06/05/1991. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 258035/SP**. Penal. Pena. Individualização. Critério trifásico. Roubo qualificado. Duas circunstâncias qualificadoras. Dosimetria. Fundamentação. - O processo de individualização da pena, de previsão constitucional, tem o seu rigoroso disciplinamento no art. 59, do Código Penal, que se completa com as disposições do art. 68, do mesmo Estatuto, que preconiza o sistema trifásico: (a) é fixada, na primeira fase, a pena-base, atendidas as circunstâncias judiciais, no quantum necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; (b) em sequência, são consideradas as circunstâncias legais que agravam ou atenuam a pena, inscritas nos arts. 61 e 65, do Código Penal; e (c) por último, incidem e completam o processo de dosimetria as causas de diminuição e de aumento, classicamente conhecidas por circunstâncias majorantes ou minorantes, fixadas em níveis percentuais. - A mera constatação da presença de duas circunstâncias qualificadoras não autoriza, por si só, a exasperação da pena no limite percentual maior, sendo cabível quando devidamente apontadas circunstâncias indicativas da necessidade de exasperação da reprimenda. - Recurso especial não conhecido. Relator: Ministro Vicente Leal, 30 de outubro de 200. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000434752&dt_publicacao=30/10/2000. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus 69421/SP**. Habeas-corpus - causa de pedir - pedido - liberdade do órgão julgador. Na apreciação de habeas-corpus, o órgão investido do ofício judicante não está vinculado a causa de pedir e ao pedido formulados. Exurgindo das peças dos autos a convicção sobre a existência de ato ilegal não veiculado pelo impetrante, cumpre-lhe afastá-lo, ainda que isto implique concessão de ordem em sentido diverso do pleiteado. Esta conclusão decorre da norma inserta no par. 2 do artigo 654 do Código de Processo Penal, no que disciplina a atuação judicante em tal campo independentemente da impetração do habeas-corpus. Precedentes: habeas-corpus n. 69.237 e habeas-corpus n 68172, relatados pelos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, julgados pela Segunda Turma em 8 e 16 de junho de 1992, respectivamente. Pena - método trifásico. A teor da jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal, o método trifásico foi introduzido pela reforma do Código Penal levada a efeito com a Lei n. 7.209/84. O artigo 68 tomou nova redação, impondo-se a fixação da pena base mediante o atendimento das circunstancias judiciais de que cuida o artigo 59, para, a seguir, serem consideradas as atenuantes e agravantes e, numa terceira etapa, as causas de diminuição e aumento da pena. O procedimento a ser observado e aquele em vigor na data da prolação da sentença, não se podendo confundir a aplicação imediata do novo texto legal com a retroativa. Unicidade de ação e multiplicidade de vítimas - roubo - concurso formal - crime continuado - diversidade majorativa. O direito e ciência e, como tal, possui institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio. Os Órgãos investidos do ofício judicante devem atuar como verdadeiros artífices, ou seja, com esmero na aplicação da lei. A unicidade de comportamento e a duplicidade de vítimas conduzem ao concurso formal e não ao crime continuado. Isto ocorre quando o agente adentra um determinado bar e, a mão armada, subtrai pertences de mais de uma pessoa. Prevendo o Código Penal, na redação primitiva - artigo 51, pars. 1 e 2 - e na atual - artigos 70 e 71 - percentuais diversos para as hipóteses, com supremacia da revelada pelo crime continuado, configura ato de constrangimento concluir pela continuidade delitiva. Impetrado habeas-corpus em que a matéria fique elucidada, a concessão da ordem e medida de direito, para que a decisão seja proferida nos moldes estritamente legais. O silêncio do Impetrante a respeito não obstaculiza a declaração de nulidade do julgado. Relator: Min. Marco Aurélio, 28 de agosto de 1992. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71724>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal pleno). **Habeas Corpus 126292/SP**. 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. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 135100/MG**. Presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII). Execução “provisória” da condenação penal. Decisão emanada de tribunal de segundo grau impugnada em sede de recursos excepcionais (Resp e RE). Possibilidade. Precedentes do STF. Posição do relator deste processo (Ministro Celso de Mello), no entanto, contrária a essa orientação, por entender, em voto vencido, que o direito fundamental de ser presumido inocente – que não se esvazia, progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição – prevalece até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como determina a Constituição da República (art. 5º, LVII) e prescreve, em caráter imperativo, o ordenamento positivo brasileiro (CP, art. 50; LEP, arts. 105 e 147; CPPM, arts. 592, 594 e 604). Posição minoritária, no entanto, sobre a qual deve preponderar, na resolução do litígio, o princípio da colegialidade, ressalvado, expressamente o entendimento pessoal do relator desta causa. “habeas corpus” indeferido. Relator: Min. Celso de Mello, 5 de junho de 2017b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311977245&ext=.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 13**. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1227>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRITO, José de Souza e. **A lei penal na Constituição**: estudos sobre a Constituição. Lisboa: Petrony, 1978. v. 2.

BUSATO, Paulo César (coord); CARUNCHO, Alexey Choi (org.). **Teoria da Pena**. Curitiba: Juruá, 2014.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZABAL MALARÉE, H. Peña y Estado. *In*: **Bases críticas de um nuevo Derecho penal**. Bogotá: Temis, 1982.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CARRARA, Francesco. **Programa del corso di Diritto Criminale**. Lucca: Tipografia Gusti, 1877.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CENICHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie constitucional e o giusto processo: modeli a confronto. **Revista dos Tribunais**, n. 90, abr./jun. 1998.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Almedina, 1968. v. II.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Francis Ted. O sistema de precedentes no CPC, o dever de integridade e coerência e o livre convencimento do juiz. **Migalhas**, [S. l.: s. n.], 11 nov. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248774,81042-O+sistema+de+precedentes+do+novo+CPC+o+dever+de+integridade+e>. Acesso em: 16 out. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Princípios de Derecho Criminal**: delincente y delito em la Ciencia de la Legislacion y em la Ciencia de la Legislación y em la Jurisprudencia. Trad. J. A. Rodríguez Muñoz. Madrid: Reus, 1933.

FERRI, Eurico. **Sociologi Criminale**. Torino: Tipog. Sociale Torinese, 1930.

FIRMO, Anibal Bruno de Oliveira. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – 1789**. [S. l.: s. n.], [199-]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 16 out. 2020.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. I, t. I.

FREITAS, Gabriela Oliveira. O processo constitucional como garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 5, n. 1, p. 57-77, 2013.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona; COSTA, Carla Regina Clark da. Os institutos jurídicos da Teoria Geral do Estado e o Sistema de Persecução Penal Brasileiro. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (coord.). **Direito Processual**: estudos no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008. p. 91-113.

GERVASONI, Tássia Aparecida. **A jurisdição constitucional brasileira entre judicialização da política e ativismo judicial**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GÓMEZ, Euzébio. La Función Social de la Pena. **Revista de Criminologia, Psiquiatria y Medicina Legal**, Buenos Aires, 1931.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional e marcha**: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HASSEMER, Winfried. Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social. *In*: MIR PUIG, Santiago (ed.). **Derecho penal y ciencias sociales**. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

HIRSCH, Andrew Von. **Doing justice: the choice of punishments**. New York: Hill & Wang, 1976.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Niterói: Luam Editora, 1993.

HUNGRIA, Nélon. **Novas questões jurídico-penais**. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. Milão: Senato della Repubblica, 2018.

Disponível em:

https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAUENIG, Othmar. **Direito Processual Civil**. Coimbra: Almedina, 2002.

JESCHECK, H. H. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1981. v. I.

KANT, Immanuel. **Principios metafísicos de la doctrina del Derecho**. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 1978.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHOURI, Alice de Siqueira; TAVARES, Fernando Horta. Súmulas vinculantes e força normativa: aspectos críticos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 2, 2014.

KUEHEN, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. II.

MAGGIORE, Giuseppe. **Principi di Diritto Penale**. Bolonha: N. Zanicheli, 1932. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 13-66.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo CPC comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium Editora, 1999. v. III.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Grupo de Câmaras Criminais). **Enunciado 42**. Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado. Belo Horizonte: TJMG, [2016?]. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/arquivos/sumulas/Enunciados_Sumula_Grupos_Criminais.pdf. Acesso em: 16 out. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Tribunal Pleno). **Resolução do Tribunal Pleno nº 03/2012**. Contém o Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2018. Disponível em: <https://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/rp00032012.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**. São Paulo: Atlas, 1990.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Precedentes: entre nuvens e relógios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 118-145, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i1.7759>. Acesso em: 16 out. 2020.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millenium, 2006.

NÁUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1969. v. III.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Ataliba. **Pena sem prisão**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

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

NUNES, Elpídio Donizetti. A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil. **JusBrasil**, [S. l.], 2014. Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 16 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

PANIAGUA, José María Rodriguez. **Historia del pensamiento jurídico**: de Heráclito a la Revolución francesa. Madrid: Biblioteca Nueva, 2013.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**: sétima revisão constitucional – 2005. Lisboa: Assembleia da República, 2015. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

PUGLIESE, Willian Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

REALE, Miguel. Pena de morte e mistério. *In*: PENA DE MORTE; COLÓQUIO INTERNACIONAL COMEMORATIVO DO CENTENÁRIO DA ABOLIÇÃO DA PENA DE MORTE EM PORTUGAL. Coimbra. **Comunicações [...]**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 11 a 16 de setembro de 1967. p. 41-51.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RITTER, Letícia Mousquer. **O papel do juiz no Estado Democrático de Direito**: perspectivas epistemológicas da função judicial no século XXI. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5376/Let%C3%ADcia%20Mousquer%20Ritter_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 16 out. 2020.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 34, n. 133, jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/193>. Acesso em: 16 out. 2020.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Aplicação da pena**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena**: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROTH, Ronaldo Jordão. O cálculo da pena no processo penal militar. **Revista Direito Militar/AMAJME**, [S. l.], n. 67, p. 10-14, set./out. 2007. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/artigorev67.pdf>. Acesso em: 16 out. 2020.

ROXIN, Claus. **Problemas básicos de Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1976.

- ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. *In*: ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Coimbra: Veja Universidade, 1986. p. 15-47.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- SAUER, Guillermo. **Derecho Penal**. Trad. Juan del Rosal e José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e constituição**: aspectos relevantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- STRECK, Lenio Luiz. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade**: uma crítica hermenêutica. Porto Alegre: Revisa do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teoria discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. **Sobre el concepto de Derecho Penal**. Madrid: Universidad Complutense, 1981.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman**. Trad. Juan Bustos Ramíres e Sérgio Yánes Péres. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1996.