

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO**

Fabiane Velasquez Marafiga

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PENA

Porto Alegre

2016

FABIANE VELASQUEZ MARAFIGA

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PENA

Trabalho de conclusão de Curso,
apresentado como pré-requisito para a
obtenção do título de Especialista em
Direito do Estado da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre

2016

Dedico esse trabalho a todos que me ajudaram durante esse um ano e meio de especialização, muito obrigada pelo apoio e carinho.

AGRADECIMENTOS

Nesse momento decisivo em minha vida (acadêmica e profissional) é fundamental lembrar e homenagear as pessoas que fizeram e fazem a diferença nela.

Gostaria de agradecer ao professor e orientador Carlos Eduardo Dieder Reverbel, pelo comprometimento e dedicação apresentados em minha orientação e nas suas brilhantes aulas. Tornando o caminho menos tortuoso e mais seguro.

É indispensável agradecer também as minhas amigas de aula da Pós-Direito do Estado, que desempenharam papel importante no aprendizado, parceria e amizade em sala de aula e fora dela. Tornando os finais de semana leves e muito agradáveis, saudades daqueles tempos.

Aos meus irmãos Caroline e Luiz Gonzaga Velasquez Marafiga pela amizade. Obrigada pelo incentivo.

A minha avó Neida Maria Xavier Marafiga pelo carinho de sempre.

E, principalmente aos meus pais Jane Velasquez Marafiga e Luiz Gonzaga Xavier Marafiga pelo amor e força. O meu muito obrigada por tudo sempre!

E a Deus pela vida.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

RESUMO

A pena privativa de liberdade é a mais grave das sanções previstas em nosso ordenamento jurídico. O método utilizado pelo magistrado para determinar a quantificação da pena é denominado trifásico utilizado pelo Código Penal. No entanto, a análise das garantias constitucionais feitas através dos Princípios da Legalidade, Humanidade, Proporcionalidade e Individualização, conjuntamente com interpretação das finalidades da pena, conclui-se a viabilidade da aplicação da pena provisória aquém dos ditames legais. Desta forma o tema deste trabalho versa sobre a possibilidade da pena provisória vir aquém do mínimo legal. Com base no artigo 59 CP, o juiz fixa a pena base, logo a pena provisória, comprovada as atenuantes como a confissão e a menoridade, pode reduzi-la aquém do mínimo legal. Em contra partida a jurisprudência e a doutrina majoritária entende que por força da Súmula 231 do STJ, não se pode aplicar a pena aquém do mínimo. Enfim, o objetivo é demonstrar da possibilidade da fixação da pena provisória aquém do mínimo legal abstratizado no tipo e a inconstitucionalidade da Súmula 231 do STJ não vinculante.

Palavras-chave: Pena. Individualização. Trifásico. Súmula. Circunstâncias.

ABSTRACT

The privative penalty of freedom is the most serious sanction previewed in our juridical ordering. The technique used by the magistrate to determine the qualification of the penalty is called triphasic and is previewed in the Penal Code. However, the analysis of the constitutional guarantees made through the Legality, Humanity, Proportionality and Individualization Principles, together with the interpretation of the finalities of the penalty. This way, the theme of this paper is on the possibility of the provisory penalty to come under the legal minimum. Based on the PC, article 59, the judge establishes the base penalty, then the provisory penalty. Proved the extenuating circumstances, it is possible to have the penalty reduced under the legal minimum. The jurisprudence and the majoritarian doctrine understands that because of JST Summula 231 it's not possible to apply the penalty under the legal minimum. Finally, the objective is to analyse the postulation of possibility of the establishment of the provisory penalty under the legal minimum abstractized in the type and the unconstitutionality of the JST Summula 231. ON method, this study was elaborate the analyse the two law, doutrine and jurisprudence. The final result concluded the viability of the application of the provisory penalty under the legal dictates.

Key words: Penalty. Individualization. Triphasic. Summula. Circumstances.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PENA	11
1.1 DA LEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA	16
1.2 DA HUMANIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA	20
1.3 DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA	23
1.4 DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (NA ESFERA LEGISLATIVA, JUDICIAL E EXECUTÓRIA)	25
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PENA	30
3 PENA PROVISÓRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL	37
4 SÚMULA 231 DO STJ	41
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

Desde o início do mundo, com a criação da raça humana, no tempo em que não havia leis, regras ou qualquer tipo de normas específicas a serem respeitadas, os seres humanos sentiram necessidade de ter normas que, de alguma forma, regulassem o convívio em sociedade.

Enquanto não havia leis nas sociedades antigas, o homem sempre foi freado com as regras da justiça divina, as quais por essência, eram muito respeitadas e temidas e com isso limitavam os indivíduos dos seus excessos.

Em algumas sociedades mais, em outras, bem menos, mas, de qualquer, forma a vida em sociedade sempre exigiu certa restrição das liberdades em função do convívio em comunidade, seja ela por medo das regras da igreja, da natureza ou da própria convivência.

Quando introduzimos normas de comportamento entre os indivíduos de uma sociedade estamos cerceando suas liberdades; neste momento abre-se mão de certas liberdades individuais em favor de um bem maior, ou seja, maior tranqüilidade e segurança nas relações humanas. Neste exemplo é que vemos uma cristalina noção de soberania, que é o legítimo detentor e conservador de nossas liberdades.

Mas o homem, por sua natureza específica, tende a esquecer sua vinculação a um controle externo, retirando assim parte de sua liberdade confiada a este intangível ser soberano, o Estado.

Nota-se então que o controle exercido exclusivamente pelos próprios súditos não consegue o resultado desejado, uma vez que o homem tende a evadir certas regras que lhe limitam o comportamento. Com isso, surge a necessidade de um órgão atuador que fiscalize e controle as ações e comportamentos individuais dos membros desta sociedade, uma vez que há um *ius puniendi*, impedindo, desta forma, que os infratores possam responder pelos seus atos.

A falta de um órgão fiscalizador faz com que os indivíduos desta sociedade retornem ao *status quo ante*, eis que a tendência humana é a de resolver seus conflitos por si próprios, passando por cima das regras societárias, uma vez que estas são vistas; muitas vezes, como incapazes de satisfazerem a verdadeira vingança esperada pela parte lesada. Confrontamo-nos, então com antigos princípios humanos como Código de Hamurabi, onde o que prevalecia era justiça individual.

É neste contexto é que surgiu o Estado Soberano com várias atribuições, entre elas e que faz parte deste estudo, o direito de punir (*ius puniendi*).

Contudo, com o direito de punir surge o tema principal desta pesquisa, a aplicação da pena. Até onde o Estado Soberano, detentor e guardião de nossas liberdades têm o direito de punir? Quais os limites deste poder? O por que da pena e quem pune? Com a constante evolução mundial são comuns os questionamentos sobre este tipo de poder, uma vez que o dia a dia é infinitamente diverso do mundo estático dos ordenamentos e das leis.

O direito penal é necessário no atual estágio da civilização e, segundo a ótica do Estado de Direito na preservação dos direitos fundamentais, exclusivamente, para evitar a lesão ou o perigo concreto de lesão de bens jurídico-penais e, mesmo assim, deve essa intervenção do Estado ser o menos radical possível.

Ao assumir o *ius puniendi*, o Estado jungiu também a garantia de que esta punição seja proporcional a cada conduta específica e, principalmente, que possibilite uma ressocialização capaz de educar o condenado para sua volta à sociedade. Desta forma, o Estado assume uma função muito mais educativa do que retributiva, passando a objetivar conseqüências mais sociais.

Como *ratio extrema* o direito penal deveria ser utilizado somente em situações onde os demais ramos do direito não fossem eficientes. Mas a história nos mostra outra visão. Antigamente, era utilizado para garantir os principais interesses das classes dominantes; atualmente, a situação permanece a mesma, pois sua utilização indiscriminada em diversas áreas do direito, como o direito tributário, demonstra que ainda hoje as classes dominantes impõem suas regras ainda através da mão pesada do estado moderno.

Essa visão de direito penal cria, entre os indivíduos, a falsa ilusão de que os ditames penais são os únicos capazes de garantirem a ordem e a paz social, passando a exigir uma intensificação na sua aplicação diária. Exigem ainda, penas mais elevadas, criando outra falsa ilusão de que, enquanto o delinqüente estiver na cadeia, estará tudo sobre controle.

É neste contexto que se discute a possibilidade de aplicação da pena provisória aquém dos seus limites legais, através da análise das garantias constitucionais na aplicação da pena.

Serão feitas algumas considerações sobre a pena e analisadas as formas de interpretação da norma penal, principalmente a analogia como fonte subsidiária à interpretação.

Ao agente que cometer uma infração penal deve ser imposta uma determinada pena, cujo quantum é estipulado pelo magistrado através do método trifásico da aplicação da pena, conforme artigo 68 do Código Penal: “A pena-base será fixada atendendo ao critério do art. 59; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes (como a confissão e a menoridade) e agravantes; e por último as causas de diminuição e aumento”.

Alcançada a segunda fase da fixação diante da análise de circunstâncias atenuantes eventualmente aplicáveis no caso concreto, o magistrado poderá deparar-se com a seguinte situação; a pena-base foi baixada no limite e o réu faz jus a incidência da circunstância atenuante.

A análise doutrinária e jurisprudencial da possibilidade da pena provisória vir aquém do mínimo legal, está, justamente, na obrigatoriedade dessa atenuação quando dela resultar pena inferior ao mínimo abstratizado previsto no tipo, sua possibilidade legal e a sua adequação no caso concreto.

E enfim, a visão crítica da aplicabilidade da Súmula 231 STJ sua inconstitucionalidade e não vinculação.

No primeiro capítulo apresentará, brevemente, as Garantias Constitucionais, o Princípio da Legalidade, Humanidade e Proporcionalidade na aplicação da pena e a Individualização da pena na esfera legislativa, judicial e executória.

No segundo capítulo abordará algumas considerações sobre a pena, suas finalidades e formas de interpretação da norma penal, incluindo a analogia como fonte subsidiária à interpretação. No terceiro, as fases da aplicação da pena (pena-base, provisória e definitiva). No quarto, a pena provisória aquém do mínimo legal, com a aplicação obrigatória das atenuantes. E, enfim, no quinto capítulo abordará a Súmula 231 do STJ e as conclusões.

O objetivo do presente trabalho, ainda de forma simples, tendo em vista a complexidade da matéria, contribui para a reflexão acerca do assunto, no sentido de que na aplicação da pena não se trata de um cálculo aritmético, mas que cabe ao intérprete, fundamentá-la à luz dos Princípios Constitucionais do Estado Democrático de Direito.

1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DA PENA

A constitucionalização dos direitos fundamentais não significa mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, com base no indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário, para a concretização da democracia.

A proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral. Relaciona-se ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos e garantias fundamentais não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos consagrados pela Constituição Federal.

Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos, ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua.

A regra, no Estado de Direito, é o pleno respeito às inviolabilidades constitucionais, permitindo-se, porém, excepcionalmente, a violação desses direitos e garantias.

Em algumas poucas hipóteses, o próprio texto constitucional prevê expressamente as exceções às inviolabilidades no artigo. 5º, XI e XII da Constituição Federal, em outras, existe a autorização genérica e excepcional para que o legislador ou mesmo o Poder Judiciário, mediante o caso concreto, afaste a inviolabilidade. Ressaltemos, porém que a simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdades individuais. É mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam adequadas e justificadas pelo interesse público e atendam ao critério da razoabilidade.

Segundo Carvalho (2005, p. 5, 9, 10-21):

O termo secularização é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura

eclesiástica e as doutrinas filosóficas (localização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da(s) ciências.

Importante perceber que o processo de secularização, em realidade, operou de imediato, uma minimização na intervenção do direito penal. Se nos modelos pré (ou anti) seculares há possibilidade de o direito penal criminalizar e penalizar a esfera da consciência (o ser do sujeito), na estrutura proposta pelos pensadores iluministas tal ingerência é ilegítima. De plano, percebe-se que a laicização do direito implica em balizar uma política criminal de intervenção mínima, ou seja, somente serão passíveis de criminalização aqueles atos que empreenderem efetiva lesão de bens jurídicos de terceiros, tendo em vista a imunização do "ser". A propósito, é Rui Barbosa que ensina que querer penetrar lá (no homem interior), devassar esse domínio inviolável, é desconhecer a incoercibilidade invencível dos fenômenos morais, o caráter involuntário das nossas convicções, a invariabilidade fatal das leis eternas que determinam a produção e a evolução do pensamento.

Dessa forma, o Estado não pode criminalizar ou penalizar a esfera do pensamento. Deve criminalizar apenas condutas danosas, impondo sanção sobre aquela liberdade previamente acordada, sob pena de excesso ou desvio, o que levaria a um rompimento do pacto e ao conseqüente retorno às incertezas do estado de natureza, legitimando, inclusive, a sedição.

O garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada.

Carvalho (2005, p. 90-104) comenta que:

Com os processos de incorporação constitucional dos princípios e garantias estabelecidos nas declarações de direitos, principalmente na carta da ONU de 1948, ocorre a positivação de grande parte da cadeia principiológica garantista.

Desde este ponto de vista, a teoria do garantismo penal elabora, internamente, critérios negativos de formulação legislativa, tanto no que diz respeito à teoria da lei penal quanto aos efeitos perante a teoria do delito, mais especificamente em relação à tipicidade e à culpabilidade.

É relativamente fácil delinear um modelo garantista, sendo difícil a tarefa de modelar técnicas legislativas e judiciais adequadas para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Percebe o constitucionalista gaúcho que a forma de potencializar o valor normativo da Constituição é delegar ao jurista a séria tarefa de contaminar o direito infra-constitucional, pois garantismo deve ser entendido como maneira de fazer democracia dentro e a partir do direito. Como 'tipo ideal', o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do direito.

O papel da jurisdição expresso pela teoria do garantismo deve ser compreendido como defesa intransigente dos direitos fundamentais, topos hermenêutico de avaliação da validade substancial das leis. O vínculo do julgador à legalidade não deve ser outro que ao da legalidade constitucionalmente válida, sendo imperante sua tarefa de superador das incomplitudes, incoerências e contradições do ordenamento inferior em respeito ao estatuto maior. A denúncia crítica de invalidado (constitucional) das leis permite sua exclusão do sistema, não gerando nada além do que a otimização do próprio princípio legalidade e não, como querem alguns afoitos doutrinadores, sua negação.

Em outros termos, tendo em vista a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cabe analisar não só a legitimidade dos

objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a necessidade de sua utilização, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos.

Apontando a necessidade de relativização dos direitos fundamentais, o STF afirma que um direito individual “não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas”.

Moraes (2005, p. 28-9) ensina:

Diversos doutrinadores diferenciam direitos de garantias fundamentais. A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia do direito.

Para Canotilho apud Moraes, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *caráter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (exemplo: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio do *non bis in idem*).

A mesma diferenciação faz MORAES(2005, p.29) afirmando que:

A proteção das garantias institucionais aproxima-se, todavia, da proteção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do mínimo essencial (núcleo essencial) das instituições.

[...] clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

A proteção das garantias institucionais aproxima-se, todavia, da proteção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do mínimo essencial (núcleo essencial) das instituições.

Segundo Canotilho:

Garantias institucionais não seriam verdadeiros direitos atribuídos diretamente as pessoas, mas a determinadas instituições que possuem sujeito e objeto diferenciados (ex.: maternidade, família, liberdade de imprensa, funcionalismo público etc). Referem-se a instituições protegidas diretamente como realidades sociais objetivas e só, indiretamente, se expandem para a proteção dos direitos individuais.

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *caráter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*) (CANOTILHO, 2003, p. 396).

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por partes dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 2003, p. 408).

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios. Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: as regras e princípios são duas espécies de normas; a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas (CANOTILHO, 2003, p. 1160).

Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.

Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito)

Proximidade da idéia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” na “idéia de direito”; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

Natureza normogénica os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante (CANOTILHO, 2003, p. 1161).

Na lição de Gomes (2002, p. 101): “Os princípios da exclusiva proteção dos bens jurídicos, da ofensividade e tantos outros que emanam da constituição, em síntese, formam um continuum de critérios garantistas, que vão delimitando, em cada momento, o poder punitivo estatal”.

Na observação de Carvalho (2006, p. 107-8) em relação ao período contemporâneo diz que:

Na crítica de Carvalho (2006, p.107) A densificação do constitucionalismo no século-XX, cujo efeito foi a alteração substancial na teoria das fontes do direito, sendo a Constituição concebida como o *locus* privilegiado da interpretação das leis, produziu importante modificação no papel tradicional do jurista. A revolução do direito constitucional deve cambiar o modelo de produção jurídica forjada pelos velhos paradigmas do positivismo, impondo a alteração da concepção do operador do direito no sentido de proceder filtragens das leis ordinárias, sob pena de "a Constituição transformar-se em

território inóspito (espécie de latifúndio improdutivo), pela falta de uma pré-compreensão adequada acerca de seu papel no interior do novo paradigma do Estado Democrático de Direito"

Ao adequar a teoria do direito aos novos rumos do constitucionalismo ocidental critica o saber derivado do juspositivismo dogmático o qual, preso historicamente à idéia de legalidade estrita, funde as noções de vigência e validade, obstruindo a efetividade das normas e dos princípios constitucionais. Para o autor, o pensamento jurídico adstrito aos postulados do positivismo, atrelado à máxima ideológica de obrigação do juiz em aplicar avalorativamente a lei, produz modelos unidimensionais de ciência jurídica, cujo efeito é a conservação de visão acrílica edificante da imagem legal. Assim, a teoria garantista do direito, não apenas do direito penal, estabelecerá importante diferença entre vigência e validade das normas, pois no Estado de direito "as Constituições não se limitam a ditar as condições formais que permitem reconhecer a vigência de 'quod principi placuit', mas estabelecem também 'o que' não deve violar (ou deve assegurar) o príncipe, ou seja, os direitos invioláveis do cidadão cuja garantia é condição de validade substancial das normas que produz".

As Constituições contemporâneas, portanto, não estabelecem apenas os critérios formais de elaboração das normas, mas auferem conteúdo (substância) ao qual o legislador deve guardar observância. No caso do direito e do processo penal, a principiologia constitucional estabelece, para além dos parâmetros formais relativos aos procedimentos e competências legislativas (v.g. art. 22,1, CR), ou seja, à sua vigência (validade formal), critérios substanciais vinculativos de sua validade (material).

Lopes Jr. (2006, p. 71) faz uma crítica neste assunto:

Dentro da íntima e imprescindível relação entre o Direito Penal e o processo penal, deve-se apontar que ao atual modelo de Direito Penal mínimo corresponde um processo penal garantista. Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder.

Interessa-nos, nesse momento, analisar a função do juiz, que missão é chamado a desempenhar num processo penal democrático e a serviço de que (m) ele está.

Também Carvalho (2005, p. 101-2):

Contudo, esta concepção puramente formal da validade é fruto de uma simplificação, legada da concepção onipotente do legislador no Estado liberal e derivada de uma incompreensão da complexidade do termo legalidade no Estado constitucional de direito. No mesmo sentido esse arcabouço conceitual não leva em conta o fato de que o moderno Estado constitucional incorporou diversos princípios em seus estatutos. Segundo o autor, os princípios determinam valorações ético-políticas e de justiça das normas por ele e nele produzidas, agindo como critérios de legitimidade ou ilegitimidade não mais externos ou jusnaturalistas (moral ou político), mas agora internos ou positivistas (jurídico).

Os conceitos de vigência e validade são assimétricos e independentes: enquanto a vigência diz sobre a forma dos atos normativos, ou seja, é questão de correspondência ou de subsunção das formas dos atos geradores de normas sobre a sua formação; a validade corresponde ao significado, trata-se de uma questão de coerência ou compatibilidade das normas produzidas com os valores materiais encontrados nas Constituições

democráticas. Os direitos fundamentais equivaleriam aos vínculos de substância, e não de forma, que condicionam a validade das normas produzidas, indicando a teleologia desse moderno artifício que é o Estado constitucional de direito.

É relativamente fácil delinear um modelo garantista, sendo difícil a tarefa de modelar técnicas legislativas e judiciais adequadas para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais. Percebe-se que a forma de potencializar o valor normativo da Constituição é delegar ao jurista a séria tarefa de contaminar o direito infra-constitucional, pois garantismo deve ser entendido como maneira de fazer democracia dentro e a partir do direito. Como 'tipo ideal', o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do direito.

Sustentam alguns doutrinadores e julgadores que a aplicação da pena abaixo do mínimo legal viria a ferir princípios também constitucionais como o da legalidade, o da humanidade e o da proporcionalidade.

1.1 DA LEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

Segundo Toledo (2002, p. 21-9):

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Daí sua inclusão na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais, no art.5º, XXXIX e XL, *in verbis*: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. O princípio da legalidade costuma ser enunciado por meio da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no começo do século XIX. Significa, em outras palavras, que a elaboração das normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei. Embora o mérito da construção da fórmula latina, além de dar-lhe uma fundamentação jurídico-penal, não só política, o certo é que esse princípio já se encontra na *Magna Charta Libertutum* (século XIII), no Bill of Rights das colônias inglesas da América do Norte na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, da Revolução Francesa, de onde se difundiu para os demais países.

O *nullum crimen, nulla poena sine lege* é denominada: *Lex praevia* significa proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. *Lex scripta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário. *Lex stricta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia (analogia *in malam partem*) *Lex certa*, a proibição de leis penais indeterminadas.

“*Lex praevia*” (exigência de lei anterior). Decreto-lei e medida provisória. A lei que institui o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se quer punir. E só a lei em sentido estrito pode criar crimes e penas criminais. A Lei e Decreto-Lei são figuras diversas no processo legislativo, somente se admitindo este em circunstâncias e em hipóteses taxativas. A aprovação do Congresso Nacional não tem o condão de mudar a natureza do Decreto-Lei, transformando-o em Lei, e permitindo-lhe, portanto, extravasar do âmbito estreito em que é admitido. Portanto se correta estivesse para mim a premissa assentada pelo impetrante – o art, 2º, *caput* do Decreto-Lei 326/67

criou a modalidade nova de apropriação indébita – não teria dúvida em considerá-lo inconstitucional...” (RTJ, 86:412-3).

A “*Lex scripta*” (hipótese de exclusão e de admissibilidade dos costumes) Da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou a agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval. Não se deve, entretanto, cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato.

“*Lex stricta*” (exclusão e admissibilidade da analogia) Outro corolário do princípio da legalidade é a proibição da aplicação da analogia para fundamentar ou agravar a pena (analogia *in malam partem*). A analogia, por ser uma forma de suprirem-se as lacunas da lei, supõe, para sua aplicação, a inexistência de norma legal específica. Baseia-se na semelhança. Estando regulamentada em lei uma situação particular, aplica-se por analogia essa mesma regulamentação a outra situação particular, semelhante mas não regulamentada. A analogia é a aplicação, a um caso concreto, de uma lei, cuja vontade não era captar este fato que aparece no horizonte da realidade cotidiana. Ao invés, a interpretação extensiva, como dizia Bobio; é simplesmente um raciocínio jurídico, uma aplicação imanente do Direito, que às vezes se encontra, de modo taxativo, exigida pelos códigos, até empregando a palavra analogia.

A “*Lex certa*” exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas.

Segundo Moraes (2005, p. 36-7):

Importante salientarmos as razões pelas quais, em defesa do princípio da legalidade, o Parcelamento historicamente detém o monopólio da atividade legislativa, de maneira a assegurar o primado da lei como fonte máxima do direito.

O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto.

José Afonso da Silva ensina que a doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o *princípio da legalidade* e o da *reserva legal*. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias já de fazer-se necessariamente por lei formal. Encontramos o

princípio da reserva legal quando a Constituição reserva o conteúdo específico, caso a caso, à lei. Por outro lado, encontramos o princípio da legalidade quando a Constituição outorga poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relação. Assim,

tem-se, pois, reserva de lei, quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinada (MORAES, 2005, p. 37).

No Estado de Direito, o poder da autoridade e a liberdade do cidadão são regulados por normas constitucionais e por normas legais. Para que a ordem jurídica tenha estabilidade, exige-se o respeito às regras constitucionais e às regras legais.

Enquanto o Poder Legislativo não tomar a providência cabível, o Poder Judiciário deve interpretar tal regra jurídica de acordo com a presente realidade sócio-cultural, para aplicá-la de modo mais adequado, utilizando-se também dos princípios que regem determinada matéria.

Afirmam os doutrinadores e aplicadores do direito que a função do juiz não pode ser legislativa, deve o julgador se ater aos ditames legais (princípio da legalidade).

Levando em consideração a independência dos poderes, não seria possível ao magistrado determinar o *quantum legal* abaixo dos parâmetros legais, ou seja, aqueles que o legislador previu.

Entretanto, não há ferimento do princípio da reserva legal, eixo de todo o sistema penal, se a lei estabelece o máximo e também o mínimo da pena para cada delito. Contudo, é importante recordar que o princípio existe como garantia do cidadão contra o Estado, garantia para impedir que o intérprete, arbitrariamente, aplique penas exageradas.

Segundo Moraes (2005, p. 37):

Importante salientarmos as razões pelas quais, em defesa do princípio da legalidade, o Parcelamento historicamente detém o monopólio da atividade legislativa, de maneira a assegurar o primado da lei como fonte máxima do direito.

O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto.

José Afonso da Silva ensina que a doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o *princípio da legalidade* e o da *reserva legal*. O

primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias já de fazer-se necessariamente por lei formal. Encontramos o princípio da reserva legal quando a Constituição reserva o conteúdo específico, caso a caso, à lei. Por outro lado, encontramos o princípio da legalidade quando a Constituição outorga poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relação. Assim, tem-se, pois, reserva de lei, quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinada.

O princípio da reserva legal tem funções como: da proibição da retroatividade, CF no art 5º, n° XL “ A lei penal não retroagirá , salvo para beneficiar o réu”; não há crime nem pena sem lei escrita CF art 5º , n° XXXIX ; proibição do emprego da *analogia in malam partem* , inclusive para as medidas de segurança, apenas *analogia in bonam partem*; proibição de incriminações vagas e indeterminadas que possam comprometer a segurança jurídica do cidadão, na Lei de Segurança Nacional Lei nº 7.170/83 por sua falta de clareza e ambigüidade quando define certas condutas pode ferir o princípio da reserva legal.

Segundo Giacomolli (2005, p. 52-6):

Com efeito, entre as garantias penais e processuais, há uma correlação biunívoca e necessária, a qual é reflexo do nexos específico entre lei e processo, em matéria penal. Assim, estrita legalidade e estrita jurisdicionalidade se pressupõem reciprocidade e valem em seu conjunto não só para definir, como também para garantir o caráter cognoscitivo de um sistema penal. Assim, enquanto a legalidade penal assegura a prevenção das lesões previstas como delitos, a processual, no que respeita à jurisdição, assegura a prevenção da vingança privada.

Do ponto de Vista da defesa, o princípio da legalidade determina a obrigatoriedade da defesa técnica – heterodefesa -, proibindo-se a disposição acerca dos fatos ou de suas conseqüências . Assim, nenhum acusado poderá ser processado sem defensor, pois o interesse público também está presente na defesa do *status libertatis* . Todavia, no que diz com a defesa pessoal – autodefesa -, o acusado tem a opção de exercê-la ou não, segundo lhe convenha. Não raras vezes, o silêncio ou a ausência se constitui na melhor, para não dizer única, defesa. Calar é uma forma de se defender. Este silêncio não poderá ser considerado contra a defesa. Isto porque é uma garantia do Estado Constitucional de Direito (arts.1º, III e 5º, LXIII, CF).

Estas considerações podem ser englobadas o axioma *nulla decisionis poenalis sine jurídico*, mais aprimorado que a máxima *nullun crimen, nulla poena sine iudicio*, uma vez que, além de não representar a universalidade do fenômeno processual, eleva o *ius puniendi* acima do *status libertatis*.

Segundo Carvalho (2003, p. 1):

Existem, desde uma visão garantista, condições de flexibilização da legalidade via interpretação material, conformando o que denominei de

dogmática penal garantista. No entanto, tais possibilidades limitam-se à ampliação do direito à liberdade.

A hermenêutica garantista viabiliza, ao mesmo tempo, de acordo com a necessidade de tutela do mais débil, a flexibilização ou a defesa intransigente da legalidade. Se se reconhecem direitos outros que justificam abrandamentos penalógicos ou discriminações judiciais de condutas, igualmente postula a efetivação da legalidade negada, através do uso alternativo do direito penal. Tudo porque, o olhar a lei penal desde o ponto de vista do mais fraco pressupõe uma dúplici diretiva: na direção punitiva/perseguidora a interpretação deve ter força centrípeta, isto é, a imantação é para o núcleo do texto, respectivamente (o menor sofrimento possível); e na direção libertária, para favorecer o débil no direito penal (réu), a força hermenêutica deve ter potencialidade centrífuga, dirigida para fora, com olhar extensivo dos direitos e garantias.

Através da interpretação alternativa, ficam demonstradas as formas de atuação possíveis no modelo de direito proposto: na defesa intransigente da legalidade posta; na flexibilização da legalidade; e na criação de novos direitos para além da legalidade (pluralismo jurídico).

Segundo Silva (2011, p. 106):

O princípio da divisão de poderes é um princípio geral do Direito Constitucional que a constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota. Consta de seu art. 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Poder legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido.

Em relação ao poder discricionário, é por todos sabido que o julgador ao fixar uma pena, deverá seguir os parâmetros e regras instituídas no Código Penal; como dito alhures, deverá seguir a receita. Entretanto, o magistrado está sujeito a impor uma certa posição pessoal, por assim dizer uma discricionariedade no seu julgamento. Este poder discricionário não poderá transformar-se em autoritário.

Resulta neste pensamento umas das teses contrárias à aplicação da pena abaixo do mínimo legal, uma vez que havendo possibilidade de redução da pena através de atenuantes específicas do art. 65 bem como as atenuantes inominadas do artigo 66, do mesmo diploma, poderia levar a pena ao patamar zero; ou seja, este poder discricionário que já é conferido ao julgador, estaria sem limites.

1.2 DA HUMANIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

Luisi (2003) ensina:

A consagração do princípio da humanidade do direito penal moderno, deve-se ao grande movimento de idéias que dominou o século XVII e XVIII, conhecido como iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogam

a transformação do Estado, partindo de duas idéias fundamentais. De um lado a afirmação da existência de direitos inerentes a condição humana, e de outro lado a elaboração do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados. Daí um direito penal vinculado a leis prévias e certas, limitadas ao mínimo estritamente necessário, e sem penas degradantes (LUI SI, 2003, p. 46-7). “[...] o elenco dos direitos humanos passou a integrar o instrumento jurídico de pacto social, ou seja, as Constituições” [...] (LUI SI, 2003, p. 47).

Já a Emenda VIII à Constituição da Filadélfia de 1787, ratificada em 1791, proibia as penas cruéis e incomuns. Linguagem similar vamos encontrar praticamente em todas as Constituições do século XIX, e nas atualmente vigentes. Idêntica, também, é a normativa dos mais importantes documentos internacionais contemporâneas. A Declaração dos Direitos do Homem, aprovada na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em seu artigo 5º dispõe que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante”. A Convenção americana sobre direitos humanos por sua vez no inciso II do art. 5º ordena que ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda a pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido a dignidade inerente ao ser humano. A Convenção Internacional sobre Direitos Políticos e Cíveis datada de 1966 prevê em seu artigo 10, I, que o preso “deve ser tratado humanamente, e com o respeito que lhe corresponde por sua dignidade humana” (LUI SI, 2003, p. 47).

A nossa Constituição Federal de 1988 consagrou em diversos dispositivos o princípio da humanidade. No inciso XLIX do art. 5º está disposto que é “assegurado aos presos o respeito, à integridade física e moral (LUI SI, 2003, p. 47)”.

Será possível para enfrentar os desafios da modernidade e da pós-modernidade, a preservação de uma ordem jurídica respeitosa das garantidas dos Estados democráticos de direito? Ou se faz para tanto necessário um direito em que mister se fará sacrifício das liberdades individuais? (LUI SI, 2003, p. 327).

Esta é o grave desafio quando se avizinha um novo milênio. E impõe que na reformulação do Estado e da Ordem Jurídica, para ajustá-los as exigências deste mundo novo, ser obrigatório, a defesa dos princípios que o iluminismo “entregou a toda a humanidade”. E esta tarefa há realizar-se trazendo diuturnamente a luz, “as constantes e as raízes racionais da Ordem Jurídica” (LUI SI, 2003, p. 327).

Bonavides (1996, p. 128) finaliza:

Esta suma, no Estado social contemporâneo, o sentido do princípio da igualdade se contém na sua significação como direito e como técnica.

Como direito, ele se vincula à concepção liberal e lhe dá prosseguimento, pois restringe e limita a atuação do Estado, sendo o primeiro dos direitos fundamentais. Não só abre as Declarações de Direitos, senão que rege e fundamenta também toda a ordem jurídica para a tutela e proteção das liberdades individuais. Está, inclusive, fora do alcance do poder constituinte derivado.

Como técnica, é altamente estimulativo e fomentador da atuação do Estado; insere-se no espaço social da chamada Constituição aberta, estando positivamente para a intervenção do Estado assim como negativamente a separação de Poderes esteve para o abstencionismo estatal. Por esse último aspecto – a saber, como técnica – é o princípio da igualdade a mais valiosa das garantias sociais (BONAVIDES, 1996, p. 128).

Segundo Gomes (2006, p. 106):

A humanidade como princípio do Direito penal proíbe tratamento cruel, desumano ou degradante (CF, art. 5.º, III) e, ao mesmo tempo, impõe respeito à integridade física do detento (CF, art. 5.º, XLIX) etc. Nenhum tratamento, ademais, pode ser "imposto" compulsoriamente. Primeiro, porque o sujeito tem direito de ser diferente; segundo, porque tratamento sem a adesão do interessado não produz efeito algum na prática.

Na visão de Bitencourt (2011, p. 20)

O princípio de humanidade do Direito Penal é o maior entrave para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Esse princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.

A proscricção de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a ressocialização dos condenados são corolários do princípio de humanidade. Segundo Zaffaroni, esse princípio determina "a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito".

O princípio de humanidade deve ser reinterpretado o que se pretende com "reeducação e reinserção social", uma vez que se forem determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social.

Contudo, não se pode olvidar que o Direito Penal não é necessariamente assistencial e visa primeiramente à Justiça distributiva, responsabilizando o delinqüente pela violação da ordem jurídica. E isso, não pode ser conseguido sem dano e sem dor, especialmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais e utilizar a prática delituosa como oportunidade para premiar, o que conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas reguladas pelo Direito Penal, devem ser presididas pelo princípio de humanidade.

Segundo Bobbio (1992, p. 49):

As características de nosso tempo que despertam viva preocupação para o futuro da humanidade, sobretudo três, o aumento cada vez maior e até

agora incontrolado da população, o aumento cada vez mais rápido e até agora incontrolado da degradação do ambiente, o aumento cada vez mais rápido, incontrolado e insensato do poder destrutivo dos armamentos (BOBBIO, 1992, p. 49).

No mesmo sentido Zafaroni (2004, p. 78):

No nosso contexto latino-americano, apresenta-se um argumento de reforço em favor da mínima intervenção do sistema penal. Toda América está sofrendo as consequências de uma agressão aos Direitos Humanos (que chamamos de injusto jushumanista), que afeta o nosso direito ao desenvolvimento, que se encontra consagrado no art.22 (e disposições concordantes) da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este tem sido reconhecido pela Organização dos Estados Americanos (OEA). (ZAFARONI, 2004, p. 78)

Cernicchiaro diz que (p. 21):

A Exposição de Motivos da Lei 7.209/84 noticia: as críticas que em todos os países se têm feito à pena de liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal freqüentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento dos delinqüentes habituais e multireincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho. Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma "procura mundial" de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade (ns. 27 e 28) (CERNICCHIARO; COSTA JR, ANO, p. 21).

Pertinentes até dois princípios: o princípio da isonomia para que fatos iguais recebam o mesmo tratamento e que fatos semelhantes sejam considerados semelhantemente; e o socorro aos princípios gerais do direito. O intérprete, não se excluindo o magistrado, deve preocupar-se com a igualdade perante o Direito e não só diante da lei (CERNICCHIARO; COSTA JR, ANO, p. 22).

Concluindo, nesse sentido, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social.

1.3 DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA

Afirma Gomes (2006, p. 106-7):

O Princípio da proporcionalidade da pena ou da razoabilidade ou da proibição do excesso, toda intervenção penal (na medida em que é uma restrição da liberdade) só se justifica se: adequada ao fim a que se propõe (o meio tem aptidão para alcançar o fim almejado); necessária, isto é, toda medida restritiva de direitos deve ser a menos onerosa possível (a intervenção penal é a última das medidas possíveis, logo, deve ter a "menor ingerência possível"; a pena de prisão, do mesmo modo, só pode ter incidência se absolutamente necessária; sempre que possível, deve ser substituída por outra sanção); e desde que haja proporcionalidade equilíbrio

na medida (ou na pena). Impõe-se sempre um juízo de ponderação entre a restrição à liberdade que vai ser imposta (os custos disso decorrente) e o fim perseguido pela punição (os benefícios que se pode obter). Os bens em conflito devem ser sopesados.

A pena, em suma, deve ser idônea, necessária e proporcional ao delito. A idoneidade da pena exprime-se em dois princípios: da personalidade e da individualização. Quanto ao primeiro, sabe-se que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado. Em relação ao princípio da individualização da pena (CF, art. 5.º, XLVI) importa por em destaque os seus três níveis: o momento da cominação, o da aplicação e o da execução). Todos fazem parte do princípio da proporcionalidade (aliás, são expressões dele). A proibição de progressão de regime nos crimes hediondos viola esse princípio da individualização da pena (CF. STF, HC 82.95, rel. Min. Marco Aurélio).

Está proibida, assim, a pena exemplar. O fundamento constitucional desse princípio está no art. 5.º, LI V, da CF (que cuida do devido processo legal assim como da proporcionalidade). O aspecto substantivo do devido processo legal coincide justamente com o princípio da proporcionalidade.

Outra expressão da necessidade da pena está no princípio da suficiência, isto é, se a pena alternativa é suficiente, não se deve impor a pena de prisão.

Ensina Gomes (2006, p. 99):

Da conjugação do Direito penal com a Constituição podemos (e devemos) extrair a conclusão de que são doze os princípios constitucionais penais. Alguns são explícitos (dignidade, igualdade, legalidade etc.), outros são implícitos. De qualquer modo, todos acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é, antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado). De qualquer modo, no âmbito da teoria da pena, a dignidade humana pode ser destacada como princípio com função própria (como veremos).

O Direito penal na atualidade já não pode ser estudado e compreendido sem a integração dos princípios constitucionais que limitam o *jus puniendi*. Destacam-se, dentre eles, os seguintes: o Direito penal existe para a tutela de bens jurídicos, os mais relevantes e contra os ataques mais intoleráveis (fragmentariedade). De outro lado, somente quando outros ramos do Direito não resolvem o conflito é que pode ter incidência o Direito penal (subsidiariedade). Ninguém, de outro lado, pode ser punido pelo que pensa e pelo que é (princípio da materialização do fato). A tipicidade exige, ademais, que o fato exteriorizado seja legalmente previsto na ordem jurídica e ofensivo ao bem jurídico (lesão ou perigo concreto de lesão, segundo o princípio da ofensividade). E só responde por ele quem o praticou ou dele participou (responsabilidade pessoal), com dolo ou culpa (princípio da responsabilidade subjetiva) e se tinha possibilidade de agir de modo diverso (princípio da culpabilidade). As penas devem ser proporcionais (princípio da proporcionalidade), nunca desumanas nem cruéis (princípio da humanidade), e jamais podem ofender a dignidade humana. Por força do princípio da igualdade ninguém pode ser discriminado arbitrariamente.

São eles os mais relevantes princípios constitucionais penais como: o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da intervenção mínima, princípio da materialização ou exteriorização voluntária do fato (nullum crimen sine actio), da ofensividade do fato, princípio da responsabilidade pessoal do agente, princípio da responsabilidade subjetiva do agente, princípio da culpabilidade do agente, princípio da igualdade e princípio da dignidade.

1.4 DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (NA ESFERA LEGISLATIVA, JUDICIAL E EXECUTÓRIA)

Segundo Nucci (2005, p. 9):

Representado, ainda, um direito humano fundamental e, concomitantemente, uma garantia humana fundamental. Trata-se do direito de todos acusado de obter, em caso de condenação, a pena justa, livre de qualquer padronização, decorrência natural da condição individualizada do ser humano, cada qual com vida e personalidade ímpares. Cuida-se de garantia das partes na relação processual contra o arbítrio excessivo ou mesmo abusivo do Estado-juiz na eleição da pena cabível. Mas não só. Neste último prisma, é garantia idêntica contra o mal uso do poder de elaborar leis penais, impedindo que o Estado-legislador construa tipos incriminadores com sanções estandardizadas ou imponha regime de cumprimento ou execução no mesmo sentido. Assim, se a individualização da pena alcança três momentos distintos – legislativa, judiciária e executória -, torna-se imperioso o respeito ao preceito constitucional em todas essas etapas.

O legislador constitucional trouxe expressamente no Art. 5, inciso XLVI, da Constituição Federal, princípio da individualização da pena. Esse princípio deve ser observado pelo julgador no momento de fixar a pena conforme sua cominação legal e a sua forma de execução, sendo que o juiz que entender diversamente estará violando a Carta Magna. De forma sucinta conceitua, José Antonio Paganella Boschi,

O princípio da individualização das penas, a expressar o valor do indivíduo, impede que se ignorem as diferenças. Individualiza-se a pena, aliás, precisamente, porque cada acusado é um, e cada fato se reveste de singularidades próprias e irrepetíveis (BOSCHI, 2011, p. 69).

A individualização da pena ocorre em três etapas diferentes. Legislativa, Judicial e Executória. Neste momento, discorre-se sucintamente as fases da individualização da pena, e daremos um maior ênfase a individualização judicial, a

fim de observar que é possível a pena provisória ser estabelecida aquém do mínimo legal.

O princípio da individualização da pena na esfera legislativa, conforme Boschi, "*ao legislador incube definir o crime, indicar as espécies de penas e apontar os limites*". Ou seja, o legislador estabelece as sanções possíveis de serem aplicadas aos acusados de infração penal e estabelece parâmetros para a fixação judicial da pena em concreto. Dando ao cidadão a segurança jurídica e aplicabilidade das garantias fundamentais, pois cabe ao legislador de forma clara e precisa a demarcação dos fatos puníveis e respectivas sanções cominadas.

No entendimento de Boschi, observa-se evolução histórica da individualização da pena. O modelo acima citado trata-se do Direito Penal Moderno, contrário ao que se tinha na idade média, cuja aplicação penal era do arbítrio judicial, isto é, dava-se ao acusado à pena em que o juiz entendia justa e adequada. É obvio que este sistema era repleto de excessos e injustiças.

Posteriormente sobreveio aplicação das penas fixas, modelo extraído da Revolução Francesa, Código Penal Francês de 1791. Por este sistema, não permitia ao magistrado o amoldamento da sanção à condição pessoal do acusado, ou seja, a função do juiz era apenas na aplicação "mecanizada" das normas penais.

A França reformou o Código Penal, estendendo ao juiz o poder de dosagem da pena, dentro dos limites mínimo e máximo. Conforme observa Boschi, "Em 1810, um novo estatuto penal, que passou a permitir, observados os limites extremos - mínimo e máximo-previamente estabelecidos em abstrato, um certo arbítrio judicial na individualização da pena" (BOSCHI 2004, p. 174).

Essa idealização tornou-se referência na legislação penal moderna. Dando ao juiz um arbítrio ponderado, pois no momento da individualização da pena, passaram a ser observados os direitos fundamentais do indivíduo.

O Código de 1940 ocorriam muitas discussões acerca se o juiz deveria desenvolver duas ou três etapas na individualização da pena, com as modificações inseridas no Código de 1984, no qual estão vigentes atualmente, adotou-se pelo critério trifásico em que consiste inicialmente aplicação da pena-base, em segundo lugar, a incidência de atenuantes e agravantes, e por último, a incidência das causas de aumento e diminuição.

O nosso Código Penal atual, o legislador trouxe uma margem de atuação ao julgador, em que não cabe somente aplicação "computadorizada" da lei. Permite ao juiz tornar concreta a pena abstratamente idealizada.

Todavia, se faz necessário observar outros princípios constitucionais aplicáveis à pena.

Há clara distinção entre elas. Nas causas de aumento aparecem indicados fatores em quantidades fixas ou limites (metade, um terço, etc.); elas incidem na terceira fase de fixação da pena (CP, art. 68, *caput*, última parte). Já nas qualificadoras da Parte Especial do C., há indicação do máximo e do mínimo da pena (exemplos: CP, arts.121 § 2º, 129 §§ 1º, 2º, e 3º, 130, § 1º, etc); ao contrario das causas especiais de aumento de pena, as qualificadoras incidem na primeira fase da fixação da pena, onde se encontra a pena-base (CP art. 59) (DELMANTO, 2002, p. 136)

Conforme o artigo 68, parágrafo único do Código Penal, caso haja concurso de causas de aumento ou diminuição previstas na parte especial, o julgador deverá prevalecer a causa que mais aumente ou diminua. Assim, caso haja três causas de aumento da parte especial, o juiz considerará a que mais aumente, sendo as demais enquadradas como circunstâncias judiciais ou legais.

A individualização da pena na esfera judicial é o momento em que se materializa a individualização legislativa, ou seja, é o momento em que o juiz fixará qual das penas é aplicável, determinará o *quantum* da sanção e, escolherá o regime de cumprimento da pena e se possível sua substituição por penas alternativas.

Também é segundo a doutrina penal a ocasião em que o magistrado opera sua discricionariedade.

Neste sentido, Coutinho diz:

A discricionariedade coloca-se sempre em função da inexistência de uma regra, ou melhor, a regra existe, porém abre lacunas previamente estabelecidas, as quais, por absoluta impossibilidade da fixação dos referenciais semânticos, não se colocam na estrutura normativa, nem *per relationem*. Isto é, abre-se em termos de lei, um espaço que deixa preestabelecido em branco, a fim de que seja preenchido pelo próprio juiz no momento de decidir. Esta sempre foi a explicação para os sentidos que se deu à discricionariedade (COUTINHO, 2000, p. 147).

A discricionariedade do juiz jamais poderá ser confundida com arbitrariedade, porque mesmo que o juiz exerça esta prerrogativa ele não tem liberdade total, para atribuir qualquer pena e fixar a quantidade que bem achar, o Código Penal vigente determina regras, nas quais o magistrado fica vinculado e

exige uma esmiuçada fundamentação de seu entendimento para aplicação da sanção penal. Assunto o qual, já comentamos no final do princípio da legalidade.

Neste sentido, Boschi diz:

A individualização da pena é uma atividade que se inaugura e se desenvolve judicialmente, com base em regras legais e específicas, próprias de um direito penal democrático e moderno de sorte a permitir o acompanhamento do procedimento pelo acusado e seu acusador e a eventual impugnação pela via do recurso (BOSCHI,2004,p.72).

O artigo 68 do Código Penal determina como será feito o cálculo da pena, isto é, o aplicador da lei observará as três fases que o artigo dispõe. Já o artigo 59 do CP indica critérios para a determinação da pena-base, bem como as regras básicas para a individualização judiciária da pena. É nesta fase que o juiz tem a missão de interpretar a lei de forma coerente com a Constituição, bem como a possibilidade de aplicar pena-base no mínimo legal, e ainda ocorrendo circunstâncias atenuantes fixar a pena aquém do mínimo.

Por ser a idéia central da presente monografia, comentaremos detalhadamente esta possibilidade no capítulo seguinte.

Portanto, esta fase da individualização da pena é na qual o magistrado, atentando às particularidades constantes do caso a ser analisado, fixará a pena necessária ao agente cometedor da infração penal. E por não se tratar apenas de um simples cálculo aritmético, o julgador na dosimetria da pena, deverá fundamentar quais foram os critérios utilizados, e oferecer ao sentenciado o entendimento lógico e coeso que o levou aquela sanção penal.

O momento da individualização na esfera executória, por não focalizar a individualização na execução, o presente trabalho não tem o intuito de aprofundar sobre a fase em comento. Sobre o tema há breves considerações.

Nucci explica sucintamente esta fase da individualização da pena.

Cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. Ainda que dois ou mais réus, co-autores de uma infração penal, recebam a mesma pena, sabe-se que o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada. Enquanto um deles pode obter a progressão de regime fechado ao semi-aberto em menor tempo, outro pode ser levado a aguardar maior período para obter o mesmo benefício (NUCCI, 2005, p. 34).

Por se tratar da parte mais delicada do Direito Penal, pois é o momento da execução da pena e onde ocorrerá a privação de liberdade, se for o caso, a

Constituição Federal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal (Lei n 7.210/1984), traz uma série de preceitos acerca desta última fase da individualização da pena. Aqui ocorrerá o cumprimento da sanção aplicada pelo juiz, na ocasião da condenação.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PENA

O mundo vive em constantes transformações, a cada dia que passa ocorrem mudanças significativas na vida humana. Junto com esta evolução material, ocorrem as mudanças na mentalidade e na forma de pensar e de agir dos indivíduos.

O direito penal possui muitas missões, como ensina Gomes (2006, p. 22-4):

A proteção de bens jurídicos (os mais relevantes, por isso se diz que a proteção penal é fragmentária e subsidiária; o Direito penal tem por finalidade primeira proteger os bens mais relevantes como a vida, integridade física, liberdade individual, sexual etc, com isso se conclui, desde logo, que o Direito penal não existe para proteger uma determinada ideologia, um determinado grupo político ou uma religião etc.);

A contenção ou redução da violência estatal o Estado quando intervém para impor o castigo também pratica violência; o Direito penal existe para disciplinar essa violência, para mantê-la dentro de certos limites: por isso é que se diz que o Direito penal objetivo constitui uma barreira para o *ius puniendi*. isto é. o Estado tem o direito de punir o infrator da norma penal, porém, deve fazê-lo dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelo Direito penal objetivo - ou seja, pelo conjunto de regras objetivas que disciplinam esse poder de punir;

Proteção do infrator da norma, isto é, o Direito penal exprime um conjunto de garantias para todos os envolvidos no conflito (e no processo) penal (essas garantias começam evidentemente pela mais elementar delas, que consiste no princípio da legalidade do fato: ninguém pode ser punido senão em virtude de lei; mas não só a legalidade que assegura o exercício proporcional e equilibrado do Direito de punir do Estado. Como veremos, outros princípios cumprem esse papel: da intervenção mínima, dá ofensividade, da culpabilidade etc.).

A função promocional por meio do Direito penal, com certa frequência o Poder Político tenta promover na sociedade o convencimento de sua relevância para a tutela de determinados bens jurídicos; isso se deu no nosso país, por exemplo, com a Lei Ambiental (Lei 9.605/98), que prevê mais de sessenta tipos penais (a média mundial é de seis tipos penais).

A função simbólica, que consiste no uso do Direito penal para acalmar a ira da população em momentos de alta demanda por mais penas, mais cadeias etc. A Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), no Brasil, é o maior exemplo disso. Sabe-se que o aumento nominal de penas, o agravamento da execução etc. não resolvem o problema da criminalidade constante. Apesar disso, lança-se mão do Direito penal para cumprir esse papel.

Conhecer a origem do Direito Penal, sua missão e estabelecer sobre ele alguns conceitos fundamentais, é o ponto de partida para uma compreensão mais profunda de qualquer de seus institutos.

Quiçá impossível enumerar todos os diversos sistemas que imaginaram os publicistas para dar ao direito de castigar seu princípio fundamental, e é difícil distingui-los, porque, ainda que amiúde são diferentes na exterioridade das palavras, se unificam no fundo.

Diante da matéria, torna-se necessário a busca pela função da utilização da pena pelo Estado soberano. Existem várias teorias que tentam explicar o sentido, a função e a finalidade das mesmas; dentre estas teorias cabe destacar a teoria absoluta, teoria relativa e teoria unificadora ou eclética.

Segundo Krebs (2002, p. 99-121):

A análise do aspecto temporal da aplicação da pena (o quando castigar) evidencia um problema de legitimação do próprio direito penal. De fato, a possibilidade de o estado repreender a prática de determinadas condutas é, em outras palavras, a própria justificativa de seu *jus puniendi*.

Dentre as inúmeras correntes que objetivam responder à pergunta qual o direito de o Estado castigar? Duas se fizeram surgir: a primeira, de caráter negativo, denomina-se abolicionista, que não vislumbra nenhuma justificativa, vê, no direito penal, uma resposta a entorno de ordem social ou moral irrenunciáveis. Está última, que é mais realista, apresenta inúmeras variantes: teorias absoluta e relativa, sendo que esta última ainda se divide em teorias de prevenção geral – positiva ou negativa – ou de prevenção especial também positiva ou negativa.

Quem muito preocupou a intensidade da reação ao crime praticado, o conteúdo da pena era a proporcionalidade (ou igualdade) que deveria se fazer exigir entre a sanção a ser aplicada e o crime praticado. Já a função que era atribuída à sanção caracterizava-se por ser a celebração da justiça. É a lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”) o maior exemplo da aplicação das teorias.

Bitencourt, (2011, p. 105) referia que: “A pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei. Seu objetivo é simplesmente realizar a justiça porque quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a terra”.

Embora entendendo que a retribuição compensadora não é condizente com o Estado Democrático de Direito por não respeitar o princípio da dignidade humana, o que não nos parece correto, segundo Sérgio Shecaira e Corrêa Junior (1995, p.99) é que a teoria retributiva apresenta uma grande qualidade quando propõe a idéia de medição da pena, que atende ao princípio da proporcionalidade, “dado informativo de qualquer moderna legislação penal”.

Intimidação de todos os membros da comunidade jurídica pela ameaça da pena. Na teoria de prevenção geral há uma tentativa de justificação da pena a partir de sua atuação sobre os membros da comunidade jurídica que não delinqüiram, buscando assim a produção de efeitos intimidatórios e de coação psíquica, de modo a afastar do delito outros possíveis futuros infratores, através desta ameaça da pena e o seu efetivo cumprimento sobre os que delinqüiram.

Ameaça que a pena constitui, como assinala Hungria (1940, p. 132), “um poderoso meio profilático da *fames peccati*” e “um freio contra o crime” que, se de um lado, “reafirma o princípio da autoridade, que o criminoso afrontou”, de outro representa “um indireto contramotivo aos possíveis criminosos de amanhã”.

Para Bitencourt (2011, p. 122) aplicação da pena obedece a uma idéia de ressocialização e de reeducação do delinqüente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também neutralizar os incorrigíveis.

O delito é visto como uma ameaça á integridade e à estabilidade social, enquanto expressão simbólica de um falta de fidelidade ao direito, sendo a pena, por sua vez, a expressão simbólica oposta àquela representada pelo delito. (KARAM, 1993, p. 174)

Desta maneira, altera-se o princípio da prevenção especial e o negativo da prevenção geral por um princípio positivo de prevenção geral, onde a pena é encarada como um exercício de reconhecimento e fidelidade à norma legal.

Karam (1993, p. 99-100):

Mas, é no campo penal que talvez melhor se possa identificar esse caráter desigual do direito da sociedade capitalista, pois, não obstante o mito da igualdade ser aqui ainda mais difundido e interiorizado, é o direito penal o direito desigual por excelência.

A seleção e definição de bens jurídicos e comportamentos com relevância penal se faz de maneira classista, tendendo a privilegiar os interesses das classes dominante, tendência que vai levar a que o processo de criminalização se oriente, fundamentalmente, contra comportamentos característicos das camadas ais baixas e marginalizadas, excluindo ou minimizando comportamentos socialmente danosos, característicos das classes dominantes e ligados à acumulação do capital.

Não se destina o direito penal da sociedade capitalista a proteger apenas bens e valores essenciais, no sentido de bens comuns a todos os homens. Ao lado da proteção à vida, à liberdade, à integridade física e moral, o processo de criminalização acaba por instrumentalizar e dar a máxima proteção à propriedade privada, em detrimento daqueles bens essenciais

A sociedade e a comunidade jurídica reclamam resultados ainda não alcançados pelo Direito Penal brasileiro. Um dos principais caminhos para o estudo e a compreensão do tema é identificar o fim, ou os fins, da pena, já que o Direito Penal tem sido avaliado por aquilo que se entende deva ser seu resultado, que é buscado, *lato sensu*, com a pena.

Tem se entendido e proclamado que o Direito Penal, através da imposição de penas, deve conter a criminalidade, os índices de reincidência, e *resolver* as graves distorções que envolvem a segurança pública. Nesta ânsia de resolver os

conflitos, os legisladores tentam utilizar a mão pesada do estado soberano, direito punitivo, em outras áreas, como solução imediata.

Karam (1993, p. 100-1):

Tomando a medida da pena como um referencial do valor atribuído aos bens jurídicos penalmente tutelados, podemos ver essa afirmativa concretizada no direito penal brasileiro. Uma lesão corporal com resultado gravíssimo doloso tem pena mínima igual à do furto qualificado, ou seja, reclusão de 2 anos. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a tortura, como definido na Lei 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente) é a conduta punida com a pena de reclusão de 1 a 5 anos, enquanto um roubo simples tem pena de reclusão de 4 a 10 anos. E o Anteprojeto de Parte Especial do Código Penal Brasileiro, a ser apreciado pelo Congresso, chega a igualar a pena mínima do roubo qualificado à do homicídio doloso: reclusão de 6 anos. Por outro lado, a tutela dos bens jurídicos e a criminilização das condutas a eles ofensivas independem do maior ou menor dano social que tais condutas provocam, não sendo este dano social a variável principal da reação criminizadora e da intensidade da ameaça penal. Ao contrário, freqüentemente, essa reação penal está em relação inversa com o dano social provocado.

Diante das várias teorias, busca-se uma solução mais adequada ao sistema carcerário atual. A ampliação das penas, a criação de novos tipos penais, bem como a construção de novos sistemas carcerários, tem-se mostrado ineficiente frente à grande evolução na criminalidade.

Esta grande indignação frente à falência do sistema carcerário tem chegado a extremos como a posição de Bitencourt, (1993, p.144) que sugere a extinção pura e simples da prisão, pois: “[...] que considera que é tão grande a ineficácia da prisão, que não vale a pena sua reforma, pois manterá sempre seus paradoxos e suas contradições fundamentais”.

E qual seria a finalidade atual da pena? Através da análise de diversas obras jurídicas, pudemos constatar uma falta de uniformidade, no que se refere à finalidade da pena. Para alguns ela é exclusivamente retributiva, uma vez que o atual sistema prisional não tem nenhuma função ressocializadora, para outros sua função principal é a ressocialização do apenado.

Na opinião de Barros (1994, p. 251):

Nos dias atuais a pena privativa de liberdade não espelha a justa punição filosoficamente inspirada pelo legislador. Teoricamente a pena tem como características, além da função repressiva, os fins retributivo, humanitário e ressocializante do condenado. Todavia, da forma como as coisas caminham, hoje a pena é de ser tida apenas e tão-somente como expiação. Castigo severíssimo para determinadas infrações de menor gravidade.

Portanto, de pouco sentido útil, já que desobediente aos dogmas ético, humano e ressocializador.

Considerando que a formação moral do homem e da sociedade não depende de qualquer punição, na essência, e que deve ser alcançada através de outros estímulos éticos-sociais, temos que a finalidade primeira da pena é somente punir. Punir é retribuir uma violação da norma de conduta, com a consequência legal que a própria sociedade houve por bem estabelecer, direta ou indiretamente.

Pode-se dizer que, atualmente, a finalidade da pena é um mistifório de retribuição, ressocialização, prevenção, vingança, e correção continuada, imperando ainda o fim retributivo.

Segundo Cipriani (2005, p. 116-123):

Discute-se também a criação de um direito penal sancionador em que não poderia ser usada a pena de prisão que apenas cumpriria a pena de retribuição, mas um direito penal sancionador que Dara a reparação em favor da vítima, confisco de bens e flexibilização de garantias. Esse seria o direito penal moderno: rápido, eficiente e determinando a responsabilização da pessoa jurídica. Nessa esteira de entendimento o direito penal continuaria sendo o clássico e o direito judicial sancionador seria o mais moderno e indicado para tratar da punibilidade dos criminosos de colarinho branco, restando, sem duvida, que é de interesse mundial que os delitos macroeconômicos sejam eliminados ou diminuídos, ou que então sejam cada vez mais tratados com seriedade por quem de direito, vez que esses delitos são contrários ao bem publico, havendo a necessidade de criar obstáculos fortes para afastar os homens dos crimes, mais forte devendo ser o apenamento através do direito penal clássico, o que não seria o caso da criminalidade econômica, devendo haver, sempre proporcionalidade entre delitos e penas, afirmando-se desde já que a única e verdadeira medida do delito é o dano causado à nação (BECCARIA, op. cit., p.36) e, portanto, não se poderia colocar na mesma proporção a vida humana e a sonegação de impostos, por exemplo.

Como refere Luiz Luisi, “neocriminalização há de fazer-se de forma criteriosa, quando realmente necessária, e sem atropelar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e do seu Direito Penal” (1987, p.45).

Referindo-se à neocriminalização, considera-se que se vive um momento de neocriminalização (expansão), também se vive em paralelo, um movimento de discriminalização, o que chama de um processo de migração, isto é, ao passo em que se criminalizam novas áreas de interesse penal, como o meio ambiente e a economia, se discute a diminuição ou eliminação da incidência penal em outras áreas, como os crimes sexuais, o aborto e uso de drogas entorpecentes. Convém dizer, é claro, que a neocriminalização avança da noite para o dia, enquanto que a análise da descriminalização ou da despenalização avança em passos claudicantes.

Então, se a função do Estado é preservar o controle social, faz uso da pena justamente para garantir esse controle, o que significa que se pune para manter o controle social, tarefa e obrigação do Estado. E só isso. Tudo mais o que se falou, como retribuição, ideal de ressocialização, ameaça, reafirmação normativa, não são mais do que reflexos de efeito de manutenção do controle social.

As finalidades da pena, na visão de Beccaria (1999, p. 62):

[...] resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e aflingir um ser sensível, bem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpor político que bem longe de agor por paixão, é o moderador tranqüilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta o tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo.

É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu.

Beccaria, longe de nossa época, já tinha a visão real do direito de punir, afastando de vez a idéia de vingança privada do Estado, que muitos, até os dias atuais, entendem como a função do direito penal.

Sobre a interpretação das normas penais Prado ensina (2006, p. 176-184):

A aplicação tem em geral "sua indispensável premissa na interpretação, dado que a correta inteligência da norma garante sua correta aplicação ao caso concreto". Nesse passo, "a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei, em cada caso, isto é, em sua aplicação". A complementação produtiva do Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz. É a aplicação do Direito condição básica de sua eficácia social.

Em sede de procedimento analógico, como há lacuna, omissão legal, ela não está em nenhum lugar, nem na letra, nem no espírito da lei posta. A analogia íntegra e a interpretação extensiva indaga, busca, revela o sentido da norma, "daquilo que o legislador realmente queria e pensava; a analogia, pelo contrário, tem de haver-se com casos em que o legislador não pensou, e vai descobrir uma nova norma inspirando-se na regulamentação de casos análogos: a primeira completa a *letra* e a outra o *pensamento* da lei". Outro critério diferenciador é o da prioridade: antes em a interpretação e depois, como consequência lógica, o argumento analógico. Assinala-se, ainda, que o seu efeito radica na criação de uma nova regra jurídica e o efeito da interpretação extensiva vem a ser a extensão de uma norma aos casos não previstos.

Desse modo, na interpretação extensiva, em face da insuficiência verbal, amplia-se a significação das palavras para alcançar a *mens legis*.

Já a interpretação analógica (*intra legem*), espécie do gênero interpretação extensiva, abrange os casos análogos, conforme fórmula casuística gravada no dispositivo legal. Há extensão aos casos semelhantes, análogos (*in casi simili*), aos regulados expressamente.

Aqui é a própria vontade da lei (*voluntas legis*) cingir hipóteses similares às por ela disciplinadas, e exatamente por estar "no pensamento da lei a aplicação de seus preceitos, favoráveis ou prejudiciais, não se trata de própria e verdadeira analogia, senão de interpretação analógica, que, longe de estar proibida, está disciplinada pela lei mesma".

A individualização judiciária da sanção penal implica significativa margem de discricionariedade, que deverá ser balizada pelos critérios consignados no artigo 59 do Código Penal e pelos princípios penais de garantia. Trata-se, pois, de "discricionariedade juridicamente vinculada". Demais disso, é imprescindível a observância, pelo juiz, do dever processual de motivação e da obrigação Jurídico-material de fundamentação do ato decisório.

Esta interpretação analógica servirá apenas como reforço aos argumentos ditos acima, pois as regras dos artigos em debate são evidentes quanto à possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal.

Quando tratamos de analogia estamos diante de um procedimento de auto-integração da norma jurídica, donde o aplicador do direito terá que buscar uma solução, de um caso não previsto expressamente em lei, através de princípios e dispositivos legais utilizados em hipóteses semelhantes.

Segundo Noronha (1987, p.51):

A analogia é inadmissível para criar crimes e estabelecer sanções, onde impera o princípio da reserva legal [...] Já o mesmo não se pode dizer da analogia *in bonam partem*, que beneficia e favorece o acusado, podendo então, ser invocada, não só quanto a ilicitude do ato como, também, na mitigação da pena.

No caso do direito penal só é possível uma interpretação *in bonam partem*; ou seja, aquela que, de um modo ou de outro, venha a favorecer o réu, é claro que não podemos utilizar tal método para criar ou extinguir tipos penais.

3 PENA PROVISÓRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL

A primeira tarefa que deve fazer quem procura interpretar a lei, no sentido de aflorar a sua vontade, é recorrer ao que dizem as palavras. Esta chamada interpretação gramatical, no entanto, nem sempre a simples análise das palavras nos demonstra o verdadeiro sentido que ela guarda.

Num ramo do direito, que tratamos dos mais importantes bens da vida, como a liberdade, deve-se ter em conta vários aspectos no momento de interpretar-se a lei.

A interpretação gramatical tem seu valor reduzido face às diretrizes do ordenamento penal.

Com uma análise das normas legais em conjunto com os princípios basilares do direito punitivo, tenta-se demonstrar a melhor interpretação do assunto em questão.

A lei de introdução ao código civil (L.I.C.C) em seu artigo 5º preceitua que: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Através dessa análise chegaremos ao fim social a que a lei se destina, ou seja, o que o Estado pretende, ao instituir penas para certos delitos, será buscar uma vingança, retribuição, ressocialização, prevenção, etc.

Este artigo direciona as formas de interpretação, no qual deve-se extrair a finalidade social, assim como as exigências do bem comum na hora de analisar e interpretar uma norma legal.

A interpretação gramatical dos artigos do código penal, que dizem respeito à aplicação das atenuantes, descreve: “*são circunstâncias que sempre atenuam a pena*”. Diante deste tipo de interpretação é permitida a aplicação das atenuantes na pena-base fixadas no mínimo legal.

Utilizando a interpretação teleológica ou lógica devemos indagar qual a intenção, os objetivos da lei, por quais motivos ela foi criada, quais as conseqüências a serem atingidas com a criação de tal elemento.

Esta pesquisa mais detalhada e profunda é que possibilitará uma melhor análise das reais intenções de sua estipulação.

A individualização da pena no caso concreto deve ocorrer de forma harmônica com os princípios constitucionais (art. 5º, XLVI, XXXIX, da CF), bem

como a legislação infraconstitucional (art. 59, 65 e 68 do CP). Sobretudo, no que tange ao objetivo do Direito Penal, em especial, nos aspectos de reprovação ao delinqüente, pelo mal por ele praticado, e prevenção na medida em que pretende coibir a prática de novo delitos.

Como já foi citado a legislação vigente adotou o método trifásico para aplicação da pena. No entanto, no que tange aplicação das atenuantes na pena-base, há divergências jurisprudenciais e doutrinárias.

Por ser menor esta corrente, tanto na doutrina como na jurisprudência, os argumentos utilizados, precisam de uma interpretação à luz dos princípios constitucionais do réu.

A pena como alude o artigo 59 do Código Penal [...] *conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*. Pois bem, casuisticamente, o aplicador do direito deverá analisar a dose de pena aplicada a uma situação concreta, analisando-se os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como comportamento da vítima.

Ao chegar neste patamar, o julgador se depara com situações das mais diversas e, por conseqüência da segunda fase da aplicação da pena, deverá analisar as atenuantes dos artigos 65 e 66. Eis que surge uma omissão, por assim dizer, do legislador; é possível que, ao aplicar estas atenuantes, que segundo art. 65 “*sempre atenuam a pena*”, a pena fique abaixo do seu mínimo legal?

Neste instante, deve-se analisar o ordenamento jurídico penal como um todo, uma vez que seus princípios diferem dos princípios civilistas, deve-se buscar a *ratio legis*, que é dado pela consideração do bem jurídico tutelado.

Neste contexto, o legislador busca a razão de ser da norma, ou seja, qual a finalidade das atenuantes? A resposta que aparece como óbvia é: igualar os desiguais, favorecer aqueles que tiveram a pena-base mais elevada, na visão dos que negam a correta interpretação.

Esta limitação impossibilita o julgador a aplicar sanções necessárias a cada caso concreto, pois estará restrito a parâmetros fixados em lei, mas que principalmente, estes parâmetros são suposições em *malum parte*.

Suposições sim, já que não há regra que estabeleça estes parâmetros. O artigo 59 do diploma citado, menciona que na primeira fase a quantidade de pena aplicável será dentro dos limites previstos, quanto a este ponto não há discórdia; no

entanto, no que se refere a este segundo instante, não há nada que impossibilite uma aplicação da pena aquém dos limites estabelecidos.

Se mesmo diante de tais assertivas prevalecerem às dúvidas insolúveis sobre a vontade da norma, deve-se resolver a questão da forma mais amena para o réu, aplicação do princípio "*in dubio pro reo*". Revolve-se a questão de forma mais favorável ao delinqüente.

Nosso sistema jurídico, tanto no âmbito penal como nos demais ramos do direito procura prever todas as situações possíveis e passíveis de conflitos; mas a vida muda constantemente, os comportamentos em sociedade apresentam mutações constantes, criando situações não previstas por nosso legislador, surgindo, assim, lacunas, ou novas interpretações.

Todavia, um ordenamento é regido por princípios, normas que muitas vezes não encontram lugares específicos na legislação, mas encontram-se no íntimo de todas as normas legais: "*um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema*" (BOBBIO, 1993, p. 115).

Miguel Loebmann (1992), em artigo publicado, menciona que não há restrição à aplicabilidade da analogia *in bonam partem*, no que se refere à redução da pena aquém do limite legal, e o faz, comparando as circunstâncias atenuantes genéricas com as causas especiais de diminuição da pena.

Crime cometido por relevante valor social ou moral, pode possuir duas naturezas jurídicas diferentes, uma como atenuante genérica do artigo 65, inciso III, alínea a, outra como causa especial de diminuição de pena nos artigos 121§1º, que transforma o homicídio simples em privilegiado, e no artigo 129 § 4º, que trata das lesões corporais, sendo que ambos permitem a redução entre um sexto e um terço da pena a ser aplicada.

Pois bem, cometer um crime de homicídio, por motivo de relevante valor social ou moral, pode ser reduzido abaixo do mínimo legal, por ser uma causa especial de diminuição da pena, com isto utilizando-se da interpretação analógica *in bonam partem* poder-se-ia realizar a mesma interpretação para as circunstâncias atenuantes genéricas, pois o fato gerador, que fora utilizado nas duas situações é, o mesmo.

Segundo Miguel Loebman, (1992, p. 392): “Se esta atenuante, que se transforma em caso de diminuição de pena é para um crime grave como o homicídio, por que não aplicar o mesmo raciocínio para crimes mais leves como o caso do furto simples ou mesmo qualificado?”

A interpretação somente foi citada por razões de conhecimento e para reforçar a tese defendida, eis que a interpretação teleológica não deixa dúvida quanto ao tema abordado, tudo que foi dito e citado volta-se para uma interpretação *in bonam partem*.

As penas alternativas são como integrante da interpretação teleológica. Dentro dessa análise sobre a melhor forma de interpretação das normas aqui discutidas, é inevitável citarmos as penas alternativas, que são um exemplo claro das novas tendências do direito penal, direito penal mínimo.

Segundo Bitencourt (2011, p. 262).

Atualmente domina a convicção de que o encarceramento, a não ser para os presos residuais, é uma injustiça constante, principalmente por que entre eles não se incluem os agentes da criminalidade não convencional (os crimes de colarinho branco).

As penas alternativas, assunto que tem despertado crescente interesse na sociedade em geral, por se relacionar a um dos enigmas mais intrincados e insolúveis dos nossos dias, que é a prisão, a questão penitenciária e como tratar o réu condenado ou não, servirá para reforçar a interpretação teleológica.

Tudo que foi dito e que será alvo deste trabalho servirá para demonstrar os objetivos do *ius puniendi* e, neste contexto, provar que a aplicação da pena aquém dos seus limites legais é plenamente válida e principalmente que está regulada dentro dos princípios do direito penal brasileiro e de acordo com a própria lei penal.

Quando o Estado institui penas alternativas ao sistema carcerário, ele demonstra que este sistema, onde os indivíduos ficam-se presos por anos, é ineficaz. Porque, então, não estabelecer penas suficientes e necessárias a cada situação concreta?

Lins e Silva (1991, p. 33), a prisão só pode ser aplicada em última hipótese, pois: "perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência... se não a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável".

4 SÚMULA 231 DO STJ

O direito penal é constituído de diversos princípios que norteiam nossos limites e muitas regras implícitas de comportamento. Através da individualização da pena, o estado dá a cada um o que lhe é devido, na devida proporção, tendo em vista que nem toda ofensa intolerável deve constituir delito, porque podem haver outros meios mais idôneos para sua proteção.

Ao analisarmos casos práticos, percebemos que nenhuma conduta é imperativamente igual à outra; neste parâmetro é que a individualização da pena deve basear-se. A minuciosa análise do fato punível, circunstanciada pelo princípio da individualização da pena, chega, inevitavelmente, à segunda fase do processo de aplicação da pena com restrições e dúvidas no que pertine à aplicação das atenuantes e agravantes. O artigo 65 do Código Penal assim menciona: “*são circunstâncias que sempre atenuam a pena*”. (grifo nosso).

A Súmula 231 STJ consagra que: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (Código Penal, 2002).

Os argumentos levantados pelo STJ, assim como a maioria dos órgãos julgadores sobre a possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo legal é escasso. Então a corrente majoritária, não permite a incidência da atenuante aquém do mínimo legal, defendendo com o seguinte argumento:

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre essa matéria, a presente súmula é o principal argumento utilizado na jurisprudência

PENAL E PROCESSUAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ATENUANTES. ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME HEDIONDO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA INVIABILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA.

No tocante à possibilidade de se estabelecer a pena-base (ressaltando-se que no caso foi fixada no mínimo) em razão das atenuantes, abaixo do mínimo legal, tanto neste Corte quanto no Supremo Tribunal Federal, pacificou-se o entendimento de sua inviabilidade. Tal questão, como alertado pelo ilustre Ministro Felix Fischer, é incompatível com o princípio da legalidade formal. E isto porque a previsão do art. 62, do Código Penal de que tais circunstâncias sempre atenuam a pena ‘não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena-base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo’ (cf. RESP 156.432/RS, DJ de 18/10/1999).

Questão essa já sumulada, pelo nosso Superior Tribunal de Justiça, sob nº 231, sem nenhum embasamento legal que a sustente de forma tão veemente, assim

como fazem os nobres julgadores deste estado e da maioria do país; é claro, sempre existem as exceções, não menos nobres, dos juízes do terceiro milênio, que conseguem individualizar a pena de forma mais correta e legal, evitando distorções na aplicação da pena.

EMENTA: FURTO QUALIFICADO. CRIME E AUTORIA COMPROVADOS. Como salientou a Magistrada, condenando o apelante pelo furto tentado denunciado, a autoria igualmente restou evidenciada, pelos mesmos elementos probatórios, a par do auto de prisão em flagrante e da confissão parcial do réu. No interrogatório, o acusado confessou a tentativa de furto, porém nega que tenha arrombado a janela da residência da vítima... A vítima afirmou que estava dormindo, quando ouviu um barulho e levantou-se, quando se deparou com um indivíduo no interior da residência... Quanto à qualificadora, entendo pertinente seu reconhecimento... Contrariamente à tese defensiva, o relato da vítima, a par de convincente, restou corroborado pelos depoimentos dos policiais, acima mencionados, bem como pelo auto de furto qualificado da fl. 22. **PENA. FIXAÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO. SÚMULA IMPEDITIVA.** O Superior Tribunal Justiça sumulou a questão da possibilidade da pena aquém do mínimo, declarando: *“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”* (Súmula nº 231). É o mesmo posicionamento do Quarto Grupo Criminal desta Corte. **PENA. TENTATIVA. DOSIMETRIA.** O Código Penal brasileiro adotou, no que concerne à aplicação da pena no caso de tentativa, apenas critérios objetivos. **DECISÃO:** Apelo defensivo desprovido. Apelo ministerial provido. Unânime. (Apelação Crime Nº 70012132460, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 01/09/2005)

A verdade sobre o código penal de 1940 e seu artigo 48, mais especificamente seu parágrafo único, é questionável. Pois bem, o declinado artigo somente regulava a diminuição da pena quando o agente tivesse querido participar de crime menos grave, impedindo assim que a pena baixasse do mínimo legal; portanto, sequer vedava, em tal dispositivo, a incidência de atenuantes efetivando a pena cominada abaixo dos parâmetros mínimos da pena-base.

Percebe-se que a normatização deste parágrafo foi generalizada as demais atenuantes. Se o legislador da época quisesse impedir que tal ocorresse, teria estendido a vedação as demais atenuantes.

A propósito do assunto, salientava-se que, então passados anos de vigência da nova Parte Geral do CP, prosseguiram os doutrinadores, secundados pelos Tribunais, a esposar o entendimento de que as circunstâncias atenuantes não possuem o condão de trazer a pena aquém do mínimo cominado.

Quanto ao contra-argumento de que por não serem previstas em quantidades fixas ou variáveis o juiz poderia fixar a pena em zero, é um verdadeiro despropósito, pois não se pode imaginar venha a ser este o procedimento do

magistrado, além do que a atenuante não poderia produzir efeito redutor maior do que o produzido por uma minorante eventualmente aplicável ao mesmo fato típico.

A orientação dominante importa em um injusto e inconstitucional critério na dosimetria da pena. Se adotarmos o parâmetro automático do mínimo legal para os réus primários, o juiz não está obrigado a infligir a pena mínima só porque o réu é primário, o apenamento ser no mínimo se todas as operadoras forem inteiramente favoráveis, sem que se reserve margem, para o ajuste da reprimenda, com o fito de fazer justiça com aqueles para os quais a lei reserva especiais fatores medidores do grau de culpabilidade (atenuantes), serão eles prejudicados em nome de um óbice que não conta com respaldo legal.

Para essa orientação, na sistemática da reforma penal de 1984, se afastada a incidência da atenuante, não estaria sendo atendido o princípio de sua aplicação obrigatória (CP, art. 65, *caput*). Entende-se que, como o art. 68, *caput*, do CP, diz que a "pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59", que contém o rol das circunstâncias judiciais e determina sua fixação "dentro dos limites previstos" (inciso II), as atenuantes, levadas em conta na segunda fase, não se submetem a essa restrição. Isso não ocorria no regime do CP de 1940, antes da reforma, uma vez que as circunstâncias atenuantes eram levadas em consideração na fixação da pena-base. Hoje, a pena-base decorre exclusivamente da apreciação das circunstâncias judiciais (art. 68, *caput*, 1ª parte). Como deve ser estabelecida dentro dos parâmetros de quantidade legal, e o art. 59, II, do CP, só se refere a ela, a diminuição da pena em face das atenuantes não está limitada pela fronteira mínima abstrata.

Toda norma ao ser criada tem um fim específico a ser almejado, quando o legislador assim descreveu: "São circunstâncias que sempre atenuam a pena:" ele buscou uma aplicação obrigatória, facilmente visualizada pela simples interpretação gramatical, ou será que ele deveria ter transcrito assim: "são circunstâncias que sempre atenuam a pena, dentro dos limites legais, ou seja, somente aqueles que tiveram a pena-base estabelecida acima do limite mínimo serão beneficiados pelas atenuantes abaixo relacionadas".

Em primeiro lugar, não está especificado que na segunda fase de aplicação da pena deve-se seguir os limites impostos e que a aplicação da pena abaixo dos limites legais é ilegal.

Já em segundo lugar não se pode admitir que o benefício das atenuantes atinja somente os delinqüentes que tiveram sua pena-base fixada acima do limite mínimo previsto no tipo legal.

O artigo 68 do Código Penal assim menciona: “*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*”.

O próprio legislador separou as fases a serem seguidas; como numa receita, deve-se seguir corretamente os passos indicados:

Em primeiro lugar se fixa a pena-base atendendo-se os critérios do artigo 59, é neste artigo que ocorrem as limitações quantitativas na pena, art. 59, II, mas é somente na pena-base que ocorre tais limitações.

Em segundo lugar serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes. Percebe-se que o artigo diz que “*serão consideradas*”, não é uma faculdade do magistrado, até porque se houvesse alguma restrição deveria estar expressa em algum texto legal, é dever do aplicador do direito considerar as atenuantes, uma vez que são favoráveis ao réu, e ademais por imposição do próprio artigo.

Mesmo com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, não se pode afirmar que esta Súmula é vinculante, pois o principio da individualização da pena visa proteger o direito de liberdade do réu. Tanto a jurisprudência quanto à doutrina não traz qualquer estudo pormenorizado acerca do tema, portanto é precioso fazer uma interpretação à luz das garantias constitucionais.

Entendeu o Des. Sylvio Baptista Neto que, ainda que indiretamente, estaria funcionando a súmula-acórdão-vinculante, em face das alterações trazidas pela Emenda Constitucional número 45, todavia, este não é o entendimento da doutrina majoritária, bem como a jurisprudência pátria dominantes, uma vez que a regra esculpida no artigo 103-A da Constituição Federal trata de súmula vinculante a ser editada pelo Supremo Tribunal Federal e não a súmula do Superior Tribunal de Justiça, outra porque para que se inicie os efeitos vinculantes a decisão necessário se faz o voto de dois terços dos Ministros do STF, desta forma não há como admitir, mesmo que de forma indireta, a utilização da súmula 231 do STJ como vinculação absoluta a aplicação de pena abaixo do mínimo legal.

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Vindo ao encontro de nosso trabalho, o Tribunal gaúcho, em especial o 3º Grupo Criminal, entende possível a diminuição da pena aquém do mínimo legal, na segunda fase, pela incidência de atenuante.

Atenuante da confissão pode baixar a pena aquém do mínimo abstratizado: aplicação analógica do benefício concedido ao delator. (...)

(Apelação-crime 296021173, 4ª Câmara Criminal, TJ/RS, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, acórdão de 21/8/1.996).

“ROUBO. CRIME E AUTORIA COMPROVADOS.

[...]

PENA. DOSIMETRIA. Circunstâncias judiciais da personalidade e conduta social. Impossibilidade de agravar a punição. Confissão e menoridade podem levar a pena aquém do mínimo. As circunstâncias judiciais da conduta social e personalidade, previstas no art. 59 do CP, só devem ser consideradas para beneficiar o acusado e não para lhe agravar mais a pena. A punição deve levar em conta somente as circunstâncias e conseqüências do crime. E excepcionalmente minorando-a face a boa conduta e/ou a boa personalidade do agente. Tal posição decorre da garantia constitucional da liberdade, prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Por outro lado, é possível a fixação da pena em patamar abaixo do mínimo legal, estabelecido na lei penal. Se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP determinam uma punição no mínimo e se reconhece, em favor do acusado, atenuantes do art. 65 do mesmo diploma legal. Este posicionamento encontra guarida nos citados artigos 59 (não faz nenhuma menção a limites) e 65 (expressamente, declara que aquelas circunstâncias sempre atenuam a pena). Se o interesse do legislador fosse o de estabelecer limites para essa atenuação, teria colocado a expressão sempre na companhia de outras do tipo dentro dos limites da lei, etc. Penas reclusivas reduzidas.

[...]

(Apelação crime 70005198940, 6ª Câmara Criminal, TJ/RS, Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, acórdão de 05/12/2.002.)

DISPARO DE ARMA DE FOGO EM LUGAR HABITADO. INFRACAO COMPROVADA. ATENUANTE DA MENORIDADE. Nada existe no ordenamento penal que impeça que a aplicação de circunstância atenuante

possa fazer a pena retroceder a limite inferior ao mínimo legal, a exemplo do que ocorre com as minorantes. Apelo parcialmente provido para reduzir a pena imposta. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva (Apelação crime 70003716529, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo Moacir Aguiar Vieira, acórdão de 28/8/2.002.)

Ademais, o princípio Constitucional da Individualização da pena também é de grande valia para as apreciações das apelações nos Tribunais, individualizando a pena diferenciando os réus, dependendo de cada conduta e, com isso, o Estado dando a cada um o que lhe é devido.

EMENTA: PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA ¿ INCOSTITUCIONALIDADE. ATENUANTES ¿ PENA AQUÉM DO MÍNIMO. HEDIONDEZ NÃO CONFIGURADA. - Tanto os antecedentes como a reincidência não podem gerar acréscimo no apenamento: revigoram o não-democrático direito penal do autor e implicam em indistigável bis in idem. - As atenuantes podem levar a pena provisória aquém do mínimo legal, pois o artigo 65, cabeça, do Código Penal dispõe que as circunstâncias ali elencadas sempre atenuam a pena. Ademais, cuida-se de dar vida ao princípio constitucional da individualização da pena, diferenciando réus que efetivamente estão em condições diversas e, portanto, não poderiam receber a mesma pena (o condenado à pena mínima e o condenado confesso à pena mínima). - Somente os delitos sexuais dos quais resultam lesão grave ou morte são hediondos. Precedentes da Câmara. Deram parcial provimento ao apelo (unânime) (Apelação Crime Nº 70011717642, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 22/06/2005).

Contrariando o entendimento do Colendo Tribunal, em brilhante voto, o Ministro do STJ, Luiz Vicente Cernicchiaro afirma aplicação da circunstância atenuante, *in verbis*.

RESP - PENAL - PENA - INDIVIDUALIZAÇÃO - ATENUANTE -FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL - O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º. XLVI). materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato. do agente e da vítima, enfim. considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo o grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme critério do art. 68 do CP, fixar a pena *in concreto*. A lei trabalha com o género. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, (sem grifo no original) impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie sub judice, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significa desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina preponderar todas as circunstâncias do crime". (STJ, Resp, nº 68120/MG. 6ª Turma Rei. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro,)

Outro argumento utilizado pela doutrina é que há possibilidade de obtenção de pena igual a zero, bem como a possibilidade da pena ser excessivamente alta.

A possibilidade da pena chegar a zero parecer ser incoerente, neste sentido afirma Luiz Flávio Gomes:

Impossível. O fantasma da pena zero é argumento *ad terrorem* (que só impressiona os incautos). O art. 65 do CP dispõe que as atenuantes sempre atenuarão a pena (não diz que a eliminarão). Atenuar não é eliminar. O juiz que chega à pena zero, além do ridículo a que se expõe (seria um juiz zero à esquerda, convenhamos), viola patentemente o princípio de que cada um deve ser punido na medida da sua culpabilidade (CP, art. 29). (GOMES.2002 p. 02)

Quanto ao argumento de que, incidindo as atenuantes na pena-base, esta pode ficar inferior ao mínimo, também poderá o magistrado utilizar-se deste entendimento para que as agravantes possam ir além do limite *in abstracto*. Neste entendimento afirma Damásio de Jesus:

A permitir-se que as atenuantes reduzam a pena a limites inferiores ao mínimo legal, de admitir-se também, por coerência, que as agravantes a elevem acima do limite máximo abstrato, o que consistiria "golpe mortal" ao princípio da legalidade das penas. Com efeito, a entender-se que o juiz, diante de atenuantes, não estaria adstrito aos limites legais, o mesmo sucederia em face de circunstâncias agravantes. E, como em relação a estas o código não fixa a quantidade da exacerbação da pena, estaríamos a elas conferindo valor maior do que o emprestado às causas de aumento, que têm limites. Em face disso, diante de agravantes, o juiz, ad absurdum, poderia elevar abusivamente a pena além do quantum máximo abstrato (DAMÁSIO, 1998, p. 2).

Em contraponto a este argumento Amilton Bueno de Carvalho diz:

[...] em nível prático, a discussão tem significado igual a zero. É que jamais na nossa realidade (ao menos que se tenha conhecimento) algum juiz tão-só na primeira fase da pena, ou seja, levando em conta circunstâncias norteadoras do art. 59, do Código Penal, chegou ao limite máximo abstrato [...]. Assim, jamais (repito em plano real) as agravantes chegariam além do máximo (CARVALHO, 2000, p. 5).

Sendo assim, parece-se refutável o argumento de que, caso seja considerada a diminuição da pena aquém do mínimo, também deveria ser levada em consideração à possibilidade de obtenção de pena excessivamente alta, além do máximo abstratamente cominado. A analogia somente pode ser utilizada em benefício do réu, pois considerando o aumento da pena além do máximo, estará utilizando analogia *in malam partem*, além de ferir o princípio da proporcionalidade.

Utiliza-se o fundamento de que não há previsão legal do quantum a ser estabelecido nas circunstâncias legais. De fato o legislador não trouxe o quantum

para aplicação das atenuantes e agravantes, sendo assim a jurisprudência e os doutrinadores utilizam-se como parâmetro o equivalente a um sexto da pena base, no entanto, há aqueles que afirmam por não ser taxativo o montante, pode o juiz ser arbitrário na quantificação da pena. Contrário a este entendimento afirma-se : "Não convence o argumento de que seria concedido excessivo arbítrio ao juiz, na medida em que a atenuação não tivesse limites, pois é sabido que a atenuante não deve reduzir tanto quanto reduziria uma causa de diminuição"

O juiz toca sua carga de discricionariedade, pois ao analisar o caso concreto, ante suas particularidades, deverá quantificar a pena de forma tal que coincida com a culpabilidade do agente. Assim afirmava Luiz Luisi,

na individualização judiciária da sanção penal estamos frente a uma discricionariedade juridicamente vinculada. O juiz está preso aos parâmetros que a lei estabelece. Dentro deles o juiz pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendo as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina (LUIZI, 1991, p. 38).

Portanto, ao fixar a pena aquém do mínimo, pela incidência da atenuante, o magistrado estará amparado à lei, mas, por evidente, submetido a uma certa discricionariedade inerente a sua condição.

EMENTA: ROUBO MAJORADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ATENUANTE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. PERÍCIA. 1. O reconhecimento judicializado do réu pelas vítimas e por uma testemunha presencial, as confissões judiciais e a prisão semi-imediata, com apreensão de parte da res furtiva em poder dos acusados, são elementos que, em seu conjunto, tornam inarredável a conclusão condenatória. 2. As atenuantes, enquanto circunstâncias que sempre diminuem a pena (art. 65, caput, do CP), podem deixar a **pena provisória aquém do mínimo legal**. 3. A incidência da majorante do emprego de arma depende de perícia válida, comprobatória de seu potencial lesivo, pois arma só é aquele objeto com poder ofensivo especial (voto vencido). Deram parcial provimento aos apelos. (Apelação Crime Nº 70013457320, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 08/02/2006).

Notamos que são inúmeros os entendimentos da possibilidade e viabilidade da aplicação da pena provisória aquém do mínimo legal.

Segundo Karam (1993, p. 111):

O primeiro passo para a superação do modelo do "juiz asséptico", de que fala Zaffaroni, ou seja, o juiz técnico.neutro, que decide de forma supostamente imparcial e, portanto, reproduz a desigualdade inerente ao direito da sociedade capitalista, sendo, conseqüentemente, também um primeiro passo no sentido da produção de uma jurisprudência comprometida

com os interesses das classes capazes de construir a nova sociedade e com a perspectiva de realização dos direitos humanos.

A produção dessa jurisprudência naturalmente vai encontrar obstáculos na integração da magistratura ao aparelho de Estado, que, fazendo depender sua atuação do funcionamento do poder de classe desse Estado, como mencionado anteriormente, determina as atitudes conservadoras predominantes entre seus membros, limitado, assim, o alcance daquela compreensão crítica da função judiciária, no que se refere à atuação concreta dos juízes.

CONCLUSÃO

Ao finalizar este trabalho, pudemos concluir que o instituto de aplicação da pena é carecedor de maiores estudos. Neste próprio tema, no qual tratamos de uma questão de muita relevância na jurisdição penal, denota-se uma omissão dos doutrinadores, assim como dos aplicadores do direito.

O tema é raramente tratado e quando apresentam trazem argumentos, em sua maioria, contrários à aplicação da pena abaixo dos seus mínimos legais. Então resta-nos uma reflexão sobre a incidência das atenuantes da confissão e da menoridade, sem fazer qualquer menção ao quantum, mas a sua aplicação, inclusive aquém do mínimo.

O STJ de nosso país firma sua posição com sua súmula 231, acreditamos, muito escassa de argumentos, diante da relevância do tema. Os nobres juristas simplesmente seguem a temática do envelhecido Código Penal.

Mas o problema da pena supera as lides acadêmicas, vai muito além. Diante da atual conjuntura da sociedade brasileira na qual impera a violência e a falta de punição, falarmos em pena mínima, ou em aplicações de penas provisória aquém do mínimo legal é como ir de encontro à maré, uma vez que a vontade e o desejo da população são diferentes, porque esperam uma pena maior e extensa. A insegurança, companheira diária de nossas vidas, tem imposto este tipo de pensamento em nosso país, mas a realidade carcerária é outra, a pena não atinge fins ressocializadores, atinge sim seu papel retributivo, o estado tomando para si, a vingança privada de outrora. Não estamos propondo a extinção do direito penal, mas sim uma reavaliação.

Ao escrever este trabalho durante a faculdade, com toda meu anseio por justiça, posso afirmar que meu posicionamento é convicto sobre a possibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal, até porque me considero uma “minimalista”, mas me colocando numa posição de ainda aprender os entraves e discussões a respeito da pena.

Mas acima de tudo devemos repensar sobre a atual sistemática do sistema prisional, principalmente sobre a prisão carcerária, tendo sempre em vista que a liberdade ainda é regra em nosso ordenamento.

Partindo do que foi proposto inicialmente, enfim, verificar a viabilidade e possibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal, tendo como parâmetro a

capacidade estatal do *ius puniendi*, pode-se concluir que o bom senso ainda precisa ser estruturado, o equilíbrio aplicado e novas possibilidades enfrentadas.

A partir da análise dos Princípios Constitucionais da individualização da pena, pois alcança três momentos diferentes o legislativo, judiciário e executório, portanto torna-se imprescindível o respeito ao preceitos constitucionais em todas suas fases.

Dentro deste prisma não cabe mais a padronização da sanção penal. O julgador possui um vasto campo de normas indicadoras dos critérios para aplicação da pena, não se pode admitir mais, as sucessivas sentenças e acórdãos que refletem tão somente um cálculo aritmético, afrontando constantemente a nossa Carta Política.

Ao invés dos julgadores buscarem melhores dosagens de pena, eles buscam limites, limites estes que não existem mais e, que interpretados da forma como estão sendo, acabam por igualarem condutas diversas.

Buscamos interpretar as normas em conflito através da interpretação gramatical assim como a teleológica, com o intuito de desmistificar as teses opostas.

Por fim, trouxemos à baila alguns dos argumentos que vão de encontro ao estudo feito, onde os aplicadores do direito bem como os doutrinadores, argumentam contra a possibilidade de aplicação da pena abaixo do mínimo legal em função da aplicação das atenuantes dos artigos 65 e 66 do Código Penal como a confissão e menoridade em contra partida a súmula 231 do STJ não vinculante.

No que tange o foco do trabalho verifica-se que o legislador não trouxe nenhuma vedação para a possibilidade da pena provisória ser fixada aquém do mínimo legal. Aliás, como visto, os artigos 65 e 68 do Código Penal são taxativos em que as atenuantes “sempre” atenuam a pena, bem com preconiza o dispositivo legal [...] serão consideradas as circunstâncias atenuantes [...].

Em relação ao artigo 68 do Código Penal, o qual traz de forma expressa a aplicação das circunstâncias atenuantes na segunda fase da dosimetria da pena, há quem entenda que existe lacunas e que os dispositivos legais são incompletos. Para tanto, devem ser interpretados mediante analogia *in bonam partem* bem como interpretar à luz da Constituição.

Outro argumento utilizado é no sentido de que só se pode utilizar analogia em favor do réu. No que tange a literalidade do artigo 68, Miguel Loebmann entende

que a matéria é incompleta e necessita de interpretação. "Diriam alguns que o código brasileiro é omissivo neste ponto. Eu afirmo que o Código Penal Brasileiro não estabelece esta restrição"

Então se existe lacuna, deve-se ser preenchida com interpretação analógica e que no Direito Penal não é permitida *in malam partem*. Isto é, o julgador simplesmente não pode considerar a incidência da atenuante somente nos casos em que pena-base for maior do mínimo legal, pois com este entendimento fará analogia desfavorável ao réu que ficou com a pena-base no mínimo. Deste modo, presentes, por exemplo, atenuante de confissão espontânea ou menoridade pode o julgador incidir esta atenuante, mesmo que pena provisória fique inferior ao mínimo legal.

Assim sendo, percebe-se ser mais coerente, seja pela ausência de proibição ou pela analogia em benefício do réu, chega-se ao entendimento de que a incidência da circunstância atenuante pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal, em contraponto à orientação majoritária que prende-se a Súmula 231 STJ.

Por fim, observa-se caso não sejam consideradas as circunstâncias atenuantes para que a pena permaneça acima do limite legal, além de afrontar garantias constitucionais, também afronta normas infraconstitucionais.

Por derradeiro, o presente estudo buscou, de forma racional e ponderada, dentre as soluções existentes, a melhor interpretação da norma legal, conforme os ditames do direito penal constitucional. Colocando réus com situações diferentes e gerando um profundo desrespeito ao valor justiça que o valor meta do Estado Constitucional Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Marco Antonio de. "Abalos à dignidade do direito penal". **RT 747/492**, p. 254-261, fev. 1994.

BECCARIA, Cessare Bonesana Marques de. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Manual de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOSCHI, Antonio José Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. **Pena e garantias: Uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal na Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CIPRIANI, Mário Luis Lírio. **Das penas: suas teorias e funções no moderno direito penal**. Canoas: ULBRA, 2005.135p.

DELMANTO. **Código Penal comentado**. São Paulo: Renovar, 1997.

FERNANDES, Newton; FERNADES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GIACOMOLLI, Nereu José. Função Garantista do Princípio da Legalidade. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais – CEIP**, Publicação do Centro de Estudos, ano 1, mai.-ago., 2000.

_____. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal/ Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: RT, 2002. 6v. Série as Ciências Criminais no século XXI.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam, 1993.

KREBS, Pedro. Teorias a Respeito da Finalidade da Pena. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais – CEIP**, Publicação do Centro de Estudos, ano, 3, n. 5, jan.-abr.2001.

LOEBMANN, Miguel. **As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 676, p. 390-393, fev. 1992.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LUISI, Luis. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

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

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. Pode o Juiz fixar Pena abaixo do Mínimo Legal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 10, n. 112, p. 12, mar. 2002.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e constituição**. São Paulo: RT, 1995.

SILVA, Evandro Linse. **Sistema penal para o terceiro milênio**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n.7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUBENCHLAK, James. Atenuantes: pena abaixo mínimo. **Revista Forense**, n. 312, out.-dez. 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI. **Manual de direito penal brasileiro:0** parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.