O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA EM CONFRONTO COM A SÚMULA 231 DO STJ

Edson Ulisses de Melo*

RESUMO: O presente artigo versa sobre a Individualização da Pena e a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal, a partir do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, levando em consideração os Princípios da Isonomia, da Proporcionalidade e da Legalidade, insculpidos todos na Constituição Federal do Brasil de 1988. Para a fundamentação do tema serão levados em conta documentos legais como a Carta Magna Pátria, a legislação infraconstitucional, a jurisprudência dos tribunais ordinários e extraordinários, bem como o pensamento doutrinário atual de alguns juristas nacionais e transnacionais. Será abordada a Dosimetria, como instrumento utilizado na *práxis* penal para a Individualização da Pena, tendo como suporte o Sistema Trifásico, cuja autoria se atribui ao jurista Nelson Hungria e é adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. O tema é controverso. A Súmula 231 do STJ lança entendimento contrário, assentado e dominante, fato este que não impede que os tribunais ordinários decidam de modo divergente, pois o tema não constitui matéria de Súmula Vinculante. No momento, o tema proposto foi avocado pelo STF, diante de sua importância para o sistema jurídico penal brasileiro, sendo inclusive qualificado como de repercussão geral. O trabalho ora apresentado tem como escopo discutir a equivocada fundamentação constitucional-filosófica da Súmula 231 do STJ face o contido no art.5º, XLVI e na Legislação Penal Infraconstitucional, recepcionada pela Constituição de 1988. A Individualização da Pena está

* Desembargador, Membro Integrante da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Sergipe. Ouvidor Geral do Tribunal de Justiça de Sergipe. Conselheiro da Escola Superior de Magistratura. Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros. Sócio-fundador do IBDFAN-SE. Ex-Procurador Geral do Estado de Sergipe. Ex-Presidente da OAB-SE. Ex-Conselheiro do Conselho Federal da OAB. Ex-Presidente da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da OAB. Ex-Presidente da Comissão Nacional de Combate à Violência. Pós-graduado em Processo Civil e em Direito Público pela Universidade Integrada Tiradentes. Especialista em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Ex-Professor da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes. Ex-Advogado, militante nas áreas de Direito Público e Privado. Participou da Jornada de Estudos da Associação dos Magistrados Brasileiros em Otawa-CA, na Faculté des Sciences Sociales - Université d´Ottawa. Participou do Curso de Formação El Control de Constitucionalidad de las Leyes, em Cádiz-ES. Palestrante em diversas conferências nacionais da OAB. Autor de diversos artigos jurídicos, notadamente na área de Direitos Humanos.

diretamente vinculada à Dignidade da Pessoa Humana e tem por objetivo maior, neste caso, a ressocialização do apenado.

PALAVRAS-CHAVE: Pena. Individualização. Sistema Trifásico. Princípios constitucionais. Constituição Federal do Brasil. Direito Penal. Mínimo legal. Ressocialização. Apenado.

> *A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre impressão mais forte do que o vago temor de terrível suplício em torno do qual se oferece a esperança da impunidade. (*BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução: José Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2ª edição. Cit. pg. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.)

I. INTRODUÇÃO

A Individualização da Pena é matéria controversa, complexa e de relevante importância no ordenamento jurídico, tanto é que está assegurada como princípio constitucional, representando, assim, um direito e uma garantia fundamental.

Nas palavras de Nucci, "individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer, particularizar o que era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto."[1]

A Individualização da Pena tem início, como princípio, na Constituição Federal e na Lei, e se exaure com a sentença penal condenatória. Esse caminho é regido por princípios que, atrelados ao da Individualização da Pena, vinculam o legislador, os juízes da ação, bem como os juízes da execução penal.[2]

Trata-se do direito que todo acusado tem de obter, em caso de condenação, uma pena justa e livre de qualquer padronização, decorrência natural da condição individualizada de cada ser humano, que possui personalidade e vida ímpares. É uma garantia contra o arbítrio do Estado-juiz no momento da aplicação da pena.

Entre os penalistas há menção de duas finalidades principais da Individualização da Pena. A retributiva, que consiste em combater o mal com

o mal e prega que o infrator deve expiar suas faltas através de um sofrimento equivalente àquele que causou a terceiro. A finalidade preventiva, por sua vez, pode ser subdividida em duas outras mais específicas. A primeira, de prevenção especial, tem o condão de fazer com que o agente não volte a cometer outros delitos (corrige o corrigível, intimida o intimidável e neutraliza o incorrigível ou o inintimidável). A segunda, de prevenção geral, inibe a coletividade de futuras práticas delituosas. Para atender a estas duas finalidades é essencial, portanto, que a pena varie de acordo com o dolo, a culpa, culpabilidade e condições pessoais do agente.

Juridicamente, o princípio da Individualização da Pena "expressa a superação do direito medieval pelo direito penal moderno, em que o modelo de penas fixas cedeu espaço ao modelo de penas com margens penais mínimas e máximas."[3]

Desta forma, o presente artigo tem por objetivo tecer algumas considerações acerca dos princípios que estão descritos de forma explícita no texto constitucional. O primeiro é o da Individualização da Pena, disposto em seu artigo 5.º, XLVI. Por ser tão importante, esse princípio foi inserido pelo legislador constitucional, desde a Constituição de 1967, entre as Garantias e Direitos Fundamentais do Cidadão, o qual prevê que "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as de privação de liberdade, de perda de bens, de multa, de prestação social alternativa e suspensão e interdição de direitos."[4]

Pensar nos aspectos que envolvem uma condenação é de essencial importância, diante da atual estrutura carcerária no Brasil. Superlotação nos presídios, desrespeito ao espaço mínimo, alimentação inadequada, "tranca" como uma prática para supostamente acalmar ou repreender o condenado, além de outras violações que acabam se constituindo verdadeiros tratamentos desumanos, degradantes e cruéis são uma realidade do Sistema Prisional Brasileiro.

Aqueles que defendem que a pena não pode ser fixadas abaixo do mínimo legal, equivocadamente acreditam que a Carta Política é respeitada no que se refere ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, II). Este princípio simboliza todo o pensamento democrático que erigiu a nossa Carta Política e elevou o homem à razão de ser de todo o Sistema Jurídico Pátrio – o homem como "medida de todas as coisas"[5].

O Princípio da Individualização da Pena é, portanto, "corolário da personalidade"[6]. Vicente Greco Filho, ao tratar do assunto, destaca que o valor da pessoa humana é anterior ao próprio direito positivo, ao afirmar que:

> Esse valor supremo é o valor da pessoa humana, em função do qual todo o direito gravita e que constitui sua própria razão de ser. Mesmo os chamados direitos sociais existem para a proteção do homem como indivíduo, e, ainda que aparentemente, em dado momento histórico, se abdiquem de prerrogativas individuais imediatas, o direito somente será justo se nessa abdicação se encontrar o propósito de preservação de bem jurídico-social mais amplo que venha a repercutir no homem como indivíduo.[7]

Para tanto, pretende-se fazer uma abordagem do Princípio da Individualização da Pena e do seu respectivo comando a partir das diversas constituições adotadas pelo Brasil, na tentativa de compreender a evolução ao longo das Cartas políticas e de seus mecanismos de efetivação dos Direitos Humanos na seara criminal.

II. UMA GARIMPAGEM HISTÓRICA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

É inegável que o tema demande uma observação acurada no campo do Direito Constitucional, uma vez que o tema aqui proposto versa sobre um dos princípios basilares dos Direitos e Garantias Fundamentais: o da Individualização da Pena, que decorre do Princípio Dignidade da Pessoa Humana.

Todos os ramos da Ciência Jurídica, certamente, têm um entrelaçamento com o Direito Constitucional, mas no caso do Direito Penal, essa relação é ainda mais estreita, pois trata das liberdades individuais e coletivas. Portanto, torna-se necessária uma análise das constituições brasileiras quanto ao comando que abrigou a Individualização da Pena a cada nova Carta Constitucional.

Ao traçarmos um roteiro histórico pelos textos constitucionais que o Brasil já adotou em seu ordenamento jurídico, verifica-se que em apenas algumas dessas cartas a matéria foi contemplada. Houve textos que fizeram referência de modo meramente enunciativo, enquanto outros abordaram o assunto de forma mais completa e incisiva. As Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 não contemplavam o Princípio da Individualização da Pena.

Por exemplo, a Constituição do Império, de 1824, em seu art.179, inciso

XXI, previa de forma rudimentar que "As Cadêas serão seguras, limpas, bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes"[8], mostrando que o intuito do legislador era oportunizar, pelo menos em tese, que o condenado tivesse respeitada a sua dignidade para o cumprimento de sua pena. Observa-se aqui a fase gestacionária do Princípio da individualização da Pena.

Um maior destaque, todavia, a respeito deste tema, deu-se realmente a partir da Constituição 1946. Em seu art.141, §29º constava o seguinte comando: "A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu"[9]. Essa Constituição, que é apontada pelos constitucionalistas como uma das mais democráticas até então conhecidas, teve uma visão humanista, uma preocupação com a Dignidade da Pessoa Humana e se estendeu um pouco mais, na direção atual Constituição de 1988, quando no mesmo parágrafo disse não só que a pena seria individualizada, mas também que só retroagiria quando beneficiasse o réu. É claro que esse aspecto da irretroatividade da lei também existe na nossa Constituição atual.

Já na Constituição de 1967, gerada no ventre do Golpe Militar de 64, o comando se encontrava no art.150, §13º, que dizia "(...) A lei regulará a individualização da pena"[10]. É certo que não passou de um mero enunciado. Como essa Constituição foi concebida durante a Ditadura Militar e não sob a égide de um Estado Democrático de Direito, mesmo se encontrando no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, não permitia uma aplicação plena e democrática dos Direitos da Pessoa Humana.

A Constituição de 1969, por sua vez, foi uma emenda à Constituição de 1967. Manteve a mesma configuração da anterior em seu art. 153, §13º. Diferentemente da Carta Magna atual, essas constituições tratavam dos Direitos e Garantias Individuais, topograficamente, do meio para o fim do corpo de seu texto. Fazendo uma análise de onde se encontrava disposta a matéria, percebe-se a desimportância com que era tratada a matéria e, consequentemente, os Direitos Humanos e os Direitos e Garantias Individuais.

Somente com a Constituição de 1988, assim como já se revelava a Constituição de 1946, a matéria passou a ser tratada com a prioridade compatível com o Estado Democrático de Direito. Os Direitos e Garantias Individuais começaram, finalmente, a ter primazia. Tanto é assim que passaram a figurar no início do texto constitucional, logo depois dos princípios fundantes da Constituição.

Em seu art.5º, XLVI há um comando que está vazado nos seguintes termos: "A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes (...)"[11]. A partir daí, passa então a enumerar um elenco de penas, que são as vigorantes atualmente e que impõem ao operador do Direito a sua aplicação de acordo com a legislação infraconstitucional. É necessário que se olhe para o início da Constituição e se observe que no art. 1º, III da referida Carta Política, há de forma contundente e bastante sólida, a firme indicação de que a Dignidade Humana é um dos Princípios Fundamentais da Constituição desse país e que é impossível se ter um Estado Democrático se não houver respeito por esse princípio basilar.

O comando referente à Individualização da Pena, a partir da Constituição de 1988, passou de mero enunciado para se constituir um instrumento revelador da efetividade dos Direitos Humanos, em sintonia com o art.1º, III da mesma Carta e com os Princípios da Proporcionalidade, da Isonomia e da Legalidade. No entanto, percebe-se que esses princípios não tiveram ressonância alguma no espírito da Súmula 231 do STJ, alvo deste trabalho.

Realizada a análise histórica das constituições, torna-se necessário compreender a inteligência desses princípios na legislação infraconstitucional, que tem por objetivo a efetividade das disposições constitucionais.

III. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NAS CODIFICAÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS AO LONGO DO TEMPO

No Código Criminal do Império, datado de 1830, a dosimetria penal autorizava uma valoração em três graus, conforme seu art.63 rezava. Era o chamado Sistema de Margens Penais, que atribuía uma classificação de máximo, médio e mínimo.

No Código Penal da República, de 1890, foram incluídos os graus submédio e submáximo. Percebe-se, dessa forma, a tendência de prosseguir na tentativa de positivar a fixação da medida da pena, iniciada no Império.

A Consolidação das leis penais de Vicente Piragibe, de 1932, nenhuma novidade trouxe ao assunto, sendo logo substituído pelo Código Penal de 1940, com o seguinte texto:

> Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e

> consequências do crime:
> I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;
> II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Assim, resta claro que essa configuração se aproxima muito do Código Penal vigente em nosso país, com nova redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984. Com a reforma, permitiu-se alguma flexibilidade ao juiz na fixação da pena, surgindo, a partir daí, o conflito de ideias entre dois grandes penalistas: Roberto Lyra e Nelson Hungria. O primeiro defendendo o Sistema Bifásico e o segundo, o Sistema Trifásico.

Roberto Lyra defendia o Sistema Bifásico como sendo o melhor para a determinação da pena. Na primeira fase fixava-se a pena-base, com observância das circunstâncias judiciais agravantes e atenuantes, concomitantemente. Na segunda fase, seriam apreciadas as causas de aumento e diminuição de pena.

Nelson Hungria, por outro lado, sustentava um método de fixação da pena em três etapas, ou seja, o Sistema Trifásico. A primeira fase consistia em fixar a pena-base a partir das circunstâncias judiciais. Na segunda fase, seriam consideradas as circunstâncias legais, ou seja, as circunstâncias atenuantes e agravantes. Na terceira e última fase, seriam levadas em conta as causas de diminuição ou aumento da pena. Finalmente, com a Reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984, prevaleceu o Sistema Trifásico para fixação da pena.

IV. O PROCESSO DOSIMÉTRICO À LUZ DO SISTEMA TRIFÁSICO

A Teoria de Nelson Hungria foi adotada na sua integralidade pelo Código Penal de 1940 após a reforma de 1984 e se encontra claramente descrita no art.68, como se vê abaixo:

> Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Inobstante existam os critérios regrados em lei e uma discricionariedade para a dosimetria, apontando os limites mínimo e máximo para a pena, o Princípio da Isonomia não permite uma estandardização das penas, ainda que tipificados no mesmo dispositivo legal. Vejamos os parâmetros legais estabelecidos para o cálculo da pena.

Convém notar que o pensamento de Aristóteles, consagrado por Rui Barbosa em sua obra *Oração aos Moços*, já se vislumbrava o verdadeiro sentido da Isonomia, que não consiste em uma igualdade meramente formal, mas sim uma igualdade material, ou seja, "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualam"[12].

1. Circunstâncias Judiciais

Segundo o Código Penal Vigente, a fixação da pena-base se dá conforme o que preceitua o art.59, que determina que a pena deve ser a necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime. *In verbis*:

> Art. 59 – Estabelecimento da pena base. Elementos a serem considerados:
> O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
> I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
> II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
> III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
> IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A partir dos oito elementos descritos no dispositivo penal, acima transcrito, conhecidos como circunstâncias judiciais, é possível se determinar o quantitativo da pena entre o mínimo e o máximo, previsto legalmente.

Segundo Ricardo Augusto Schmitt, o critério ideal para fixação da pena-base é o seguinte:

> O critério que vem sendo albergado pelos Tribunais Superiores repousa em uma situação prática e simples, que tem resultado a partir da obtenção do intervalo da pena prevista em abstrato ao tipo (máximo-mínimo), devendo, em seguida, ser encontrada a sua oitava parte (1/8), ou seja, dividir o resultado obtido por 8 (oito), em virtude de ser este o número de circunstâncias judiciais previstas no art.59, do Código Penal.[13]

Tomando por parâmetro a previsão em abstrato da pena e após o cálculo acima elaborado, temos prontas as condições para a definição da pena na segunda fase da Dosimetria.

2. Circunstâncias Legais

Neste segundo momento, a partir da pena prevista abstratamente, avança-se para a identificação das circunstâncias legais, que são as atenuantes (art.65 e 66) e as agravantes (art.61 e 62). A partir da constatação nos autos da presença ou ausência das referidas circunstanciais judiciais é que se chegará à dosagem da pena na segunda fase dosimétrica.

A segunda fase de cálculo da pena não tem um parâmetro quantitativo definido até o presente. No entanto, o consenso quanto ao patamar ideal a ser adotado, predominantemente no pensamento dos Tribunais Superiores, é o coeficiente imaginário de 1/6 (um sexto) para cada circunstância legal, quer seja atenuante quer agravante.

Para fins de maior entendimento, transcreve-se a seguir o dispositivo que contempla as circunstâncias legais chamadas agravantes:

> Art. 61. Circunstâncias que SEMPRE agravam a pena:
> São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
> I - a reincidência;
> II - ter o agente cometido o crime:
> a) por motivo fútil ou torpe;
> b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
> c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação,

> ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
> d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
> e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
> f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;
> f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
> g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
> h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
> i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
> j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
> l) em estado de embriaguez preordenada.

Quanto às circunstâncias legais chamadas atenuantes, segue abaixo, *in verbis*:

> Art. 65 – Circunstâncias que SEMPRE atenuam a pena:
> São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
> I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
> II - o desconhecimento da lei;
> III - ter o agente:
> a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
> b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

> c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
> d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
> e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Como se observa, inexiste previsão legal de qualquer *quantum* específico a ser utilizado nesta segunda fase dosimétrica, tanto para aumento quanto para diminuição da pena. Ao Magistrado compete utilizar-se do se livre-arbítrio e discricionariedade, de acordo com os elementos constantes dos autos, bem como do seu bom senso. Quanto aos quantitativos, existe no STJ e STF o consenso acerca de um quantitativo imaginário a ser adotado, qual seja, o de 1/6 (um sexto) por cada circunstância legal, tanto para aumento como para redução da pena.

Temendo provavelmente que haja excessos na fixação da pena condenatória, foi editada a Súmula 231 pelo STJ, que impede a fixação da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase de dosimetria. Em que pese o espírito impeditivo da súmula editada, existe na lei infraconstitucional (art.65 acima transcrito) um comando autorizador da redução da pena abaixo do mínimo legal, quando no caso concreto forem constatados elementos que reduzam a pena. Tal comando está expresso no *caput* do artigo referenciado ao determinar que "São circunstâncias que sempre atenuam a pena". Da análise dessa expressão resulta a inapelável conclusão de que o termo "sempre" não admite interpretação diferente do seu significado linguístico.

3. Causas de diminuição e aumento de pena

O último momento dosimétrico faz uso das causas de aumento e de diminuição da pena, legalmente tarifadas, e que esta aplicação é pacífica na doutrina bem como no Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de permitir a aplicação dos quantitativos abaixo do mínimo legal, conforme se constata no julgado abaixo transcrito:

> I - Habeas corpus: conhecimento. 1.Não impede a impetração do habeas corpus a admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão

> impugnada, nem a efetiva interposição deles. 2.Não se sujeita o recurso ordinário de habeas corpus nem a petição substitutiva dele ao requisito do prequestionamento na decisão impugnada: para o conhecimento deste, basta que a coação seja imputável ao órgão de gradação jurisdicional inferior, o que tanto ocorre quando esse haja examinado e repelido a ilegalidade aventada, quanto se se omite de decidir sobre a alegação do impetrante ou sobre matéria sobre a qual, no âmbito de conhecimento da causa a ele devolvida, se devesse pronunciar de ofício. II. Individualização da pena: causa especial de aumento ou diminuição. Ao contrário das atenuantes ou agravantes genéricas, que diminuem ou elevam a pena-base, nos limites da escala penal editalícia - as causas especiais de diminuição podem reduzi-la aquém do mínimo, assim como as causas especiais de aumento podem alçá-la acima do máximo cominado ao crime. III. Liberdade provisória: não é de ser deferida ao acusado que respondeu ao processo sob prisão preventiva - e não há elementos para aferir de sua ilegalidade. (85673 PA, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 30/05/2005, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 24-06-2005 PP-00045 EMENT VOL-02197-1 PP-00200 RTJ VOL-00195-01 PP-00274, undefined)

V. A VISÃO DA DOUTRINA

Como bem ensina Cezar Roberto Bitencourt:

> "(...) Nesta segunda operação devem-se analisar somente as circunstâncias legais genéricas, enfatizando-se as *preponderantes,* quando concorrerem agravantes e atenuantes. Nenhuma circunstância atenuante pode deixar de ser valorada, ainda que não seja invocada expressamente pela defesa, bastando que se encontre provada nos autos.(...)."[14]

O pensamento de Paulo Queiroz no *Boletim IBCCRIM* n°112 - março/2002 é o de que:

> "(...) o fundamental é fixar, sempre, uma pena justa para o caso, proporcional ao delito, conforme as múltiplas variáveis que o envolve (art. 59) ainda que para tanto, tenha o juiz de fixá-la aquém do mínimo legal. É legítima, pois, a aplicação de pena abaixo do mínimo legal. Entender o contrário é adotar uma postura anti-garantista".

Visão de Marcel de Castro Britto, em as *Atenuantes e Agravantes e a possibilidade de transposição*, no cálculo da pena, dos limites punitivos do tipo, *Revista do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe*, n.13, 1993/1994, Doutrina, 23/27:

> "(...)
> III – OS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE E DA RESERVA LEGAL, E A OBRIGAÇÃO QUE TE O JUIZ DE FUNDAMENTAR SUAS DECISÕES
> Não procede, absolutamente, o argumento de que o extravasamento dos limites punitivos do tipo encerra um considerável perigo ao direito de liberdade do cidadão, com grave ofensa ao princípio da legalidade da pena. Muito ao contrário! Assim dispõe o art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Política de 88: "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*". Houve reprodução literal do art. 1º do Código Penal, que encerra os princípios da anterioridade e da reserva legal. Muito bem! Não se está a questionar o primeiro dos princípios, o da anterioridade, de vez que o fato típico permanece sem alteração. No que se refere à legalidade, é de se observar que as circunstâncias genéricas em lume são igualmente, ex *lege*. É dizer: de antemão, *ante factum*, todos já conhecem as agravantes e as atenuantes que serão consideradas no cálculo da pena, eis que elas estão arroladas pela Lei Penal, nos arts. 61, 62, 65 e 66, da mesma forma que são sabidas as causas de aumento e diminuição.
> Também, é a própria Lei quem manda, impõe, determina, que elas sejam "sempre" levadas em conta ("caput" dos arts. 61 e 65). Logo, não se

pode desconsiderar tal ordem, pois é princípio de hermenêutica que a lei guarda a presunção de sabedoria, e esta é incompatível com a existência de expressões inúteis.

E nem se diga que as causas de elevação ou redução tem um peso jurídico maior que as circunstâncias sob exame, por possuírem limites punitivos definidos. Ora, se "peso" diferente houver, isto dependerá de cada caso em concreto. Assim, exemplificando, um estupro praticado contra uma criança com dois anos de idade (agravante do art. 61, II, h), provoca, em face da citada circunstância legal, uma comoção social e um clamor público astronomicamente maiores do que o mesmo estupro tendo por vítima uma pessoa maior de idade, sendo o agente casado (causa de aumento do art. 226, III), apesar de profanar o mesmo bem jurídico (a liberdade sexual). Logo, aqueles que falam em "peso jurídico" são obrigados a admitir, nesta situação enfocada, que a agravante possui uma "carga" evidentemente maior do que a causa de aumento, o que deixa o juiz autorizado a elevar a pena-base já imposta ao réu em um *quantum* até maior que o previsto no apontado art. 226, mesmo que ultrapasse o limite máximo cominado para o tipo, tal qual pode ocorrer com a apontada causa de aumento.

Outrossim, não se alegre que o juiz, por não estar preso a nenhuma baliza quantitativa, deixaria a liberdade do cidadão despida de qualquer segurança, ao sabor dos seus humores. Absolutamente! Está o magistrado completamente sujeito ao inafastável dever de fundamentar suas decisões, "*sob pena de nulidade*", conforme o mandamento constitucional do art. 93, IX. De mais a mais, o exame de cada circunstância e a determinação do respectivo *quantum* de pena a acrescer ou reduzir são submetidos a julgamento, com a devida e necessária motivação. Caso o juiz se desvie da reta estrada da prudência, da temperança e do dever de fundamentar as decisões, existe sempre o patrulhamento constante, seja do réu, por meio do seu advogado; da vítima, quando

participa do deito através do instituto da assistência ou mesmo no exercício de ação penal privada; seja, ainda, por conduto do sempre atuante e cada vez mais prestigiado órgão do Ministério Público.

IV – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Ademais, estão igualmente preservados os demais princípios da Lei Repressiva e da Constituição, com o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a presunção da inocência etc., resultando sobremaneira realizado o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI da Lei Cidadã). Ora, individualizar significa individual, especializar; particularizar. Trata-se de uma operação complexa, compreendendo os elementos essenciais e as circunstâncias do delito, bem como a vida global do sujeito ativo e da vítima, de sorte que a pena aplicada seja, a um só tempo, justa, necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Consoante já decidiu o TACRIM-SP, em JUTACRIM 55/392, "A pena não é castigo e nem retribuição; é o crime vale, não como entidade abstrata, mas como sintoma da personalidade do agente. A finalidade direta da defesa social é a readaptação; e daí impor-se a individualização da reprimenda, considerando-se o conteúdo do ilícito e a personalidade de seu autor". Por conseguinte, como já foi exemplificado, se dois sujeitos praticam igual crime, sendo semelhantes às circunstâncias judiciais da personalidade, culpabilidade, motivos, personalidade etc., determinando a imposição da pena-base no mínimo ou no máximo abstratamente cominada para o delito, mas sendo diferentes as circunstâncias legais genéricas, existindo agravantes ou atenuantes apenas em relação a um deles, caso não haja uma transgressão dos limites punitivos, o princípio da individualização resultará nitidamente maculado, em uma crassa inconstitucionalidade, já que ambos receberão igual castigo, quando um deles faria jus a uma reprimenda

> mais rigorosa ou mais branda.
> Afinal, o preceito do inciso XLVI do art. 5º da Constituição, como, de resto, todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, tem aplicação imediata, como explicita o parágrafo primeiro do mesmo art. 5º, sendo uma *"norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata"*, no dizer de José Afonso da Silva.
>
> V- CONCLUSÃO
>
> Com profundo respeito pelos que pensam em sentido contrário, concluo, em vista do exposto, que é possível a transgressão dos limites punitivos do tipo, quando da consideração sentencial das circunstâncias atenuantes e agravantes."

VI. A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

A posição do Superior Tribunal de Justiça

Em 1999 foi editada a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor é:

> "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal", com base na qual "perde sentido o exame de atenuantes não aplicadas na sentença, quando a pena já está no mínimo legal" (STJ, HC 10.993/RJ, Rel. Félix Fischer, j. 11-4-2000) .

A posição do STJ, portanto, está espelhada no enunciado acima. Essa súmula, com todas as vênias que merece o Superior Tribunal de Justiça tem por base um arcabouço valorativo ideologicamente comprometido com estruturas jurídicas do passado. Em sua obra *El Enemigo en el Derecho Penal*, Eugenio Raúl Zaffaroni descreve essa visão retrógrada, que já não é mais a proposta vigorante, quando diz:

> Protágoras sostenía una teoria preventiva general

> y especial de la pena, pero también postulaba un derecho penal diferencial, según el cual los incorregibles debían ser excluídos de la sociedad. No es necesario, pues, acudir a los siglos recientes para encontrar teorizado y legitimado lo que siempre hizo el ejercicio del poder punitivo. Esto podría ser prueba de que el enemigo es una construcción tendencialmente estructural del discurso legitimante del poder punitivo.[15]

O pensamento dos novos constitucionalistas volta-se para o compromisso com a Dignidade da Pessoa Humana. Os ventos democráticos já não mais permitem a sobrevivência da Súmula 231 do STJ, que está divorciada da cultura jurídica em voga nos tribunais de países com políticas criminais compatíveis com o respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Então, a razão de se encontrar nos tribunais ordinários certa instabilidade quanto à individualização da pena se deve ao precedente estabelecido na súmula mencionada.

A posição dos Tribunais Ordinários

Nos tribunais de justiça estaduais há divergência acerca desta matéria. Existem tribunais com pensamento favorável à tese da redução da pena abaixo do mínimo legal na 2ª fase da dosimetria, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que é uma Corte preocupada com as conquistas do Homem nos textos constitucionais modernos, bem com textos supralegais, a exemplo da Carta das Nações Unidas (1945), da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica (1969).

Vejamos algumas ementas que revelam esta divergência:

<u>Tribunal de Justiça do Distrito Federal</u>

> DIREITO PENAL. ROUBO. CONDENAÇÃO. PROVA CONSISTENTE. DOSIMETRIA DA PENA: **PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE.** 1. O RECONHECIMENTO DO RÉU PELA VÍTIMA, A CONFISSÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL E A PALAVRA

FIRME DAS TESTEMUNHAS CONFORTAM A CONDENAÇÃO. UNÂNIME.2. PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: "O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, QUE VEM SERVINDO DE ESTEIO PARA A SÚMULA Nº 231 DO STJ, DEVE SER INTERPRETADO SOMENTE COMO GARANTIA INDIVIDUAL E NÃO COMO GARANTIA DA SOCIEDADE" (DESEMBARGADOR SMANIOTTO). MAIORIA.3. **RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO, PARA REDUZIR A PENA IMPOSTA**. (20020410072166 DF, Relator: WALDIR LEÔNCIO C. LOPES JÚNIOR, Data de Julgamento: 18/06/2003, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: DJU 04/02/2004 Pág. : 51, undefined)

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

EMENTA: FURTO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA LEGAL. PENA AQUEM DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. E POSSÍVEL CONVIVER A PRIVILEGIADORA DO ART-155 PAR-2, CP, COM A MODALIDADE QUALIFICADA DO FURTO, DE VEZ QUE NAO CONCORRE QUALQUER ÓBICE LEGAL. **O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ABRIGA A POSSIBILIDADE DE, ESTANDO A PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL, ROMPER COM ESTE LIMITE SE PRESENTE ATENUANTE, MORMENTE SE ELA FOR A QUE SE REFERE À MENORIDADE DO AGENTE. PROVIMENTO PARCIAL**. (Apelação Crime Nº 297036279, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 17/12/1997)

Tribunal de Justiça do Ceará

Relator: Des. FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE

Orgão Julgador : 1ª CÂMARA CRIMINAL
APELANTE : RAQUEL TAVARES PEREIRA
APELADO **:** JUSTIÇA PÚBLICA ESTADO DO CEARÁ PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE
APELAÇÃO CRIME Nº: 2007.0032.2094-8/0, DE FORTALEZA
APELANTE: RAQUEL TAVARES PEREIRA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE
EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. **DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO COMPROVADA. REDUÇÃO INDEVIDA. SÚMULA Nº 231 DO STJ**.
I - A pena-base, fixada acima do mínimo legal, foi devidamente fundamentada pela Juíza a quo, ao esclarecer que assim o fez em virtude da quantidade elevada de droga transportada pela acusada e do maior malefício que causaria à sociedade.
II - Conforme o Enunciado da Súmula nº 231 do STJ, é inadmissível a redução da pena aquém do mínimo legal, em virtude da incidência de circunstância atenuante.
III - Apelo improvido.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

PENA. AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. MULTA. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA. I - A respeito da fixação da pena aquém do mínimo, depois da análise das circunstâncias dos artigos 59, 61 e 65, do Código Penal, o Superior Tribunal Justiça sumulou a questão, declarando: 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal¿. (Súmula nº 231). Questão já pacificada

> nesta Câmara. II - A imposição da pena de multa é decorrência de dispositivo legal penal e, portanto, obrigatória, quando o réu é condenado por crime, no qual há cominação relativa a ela. As questões de isenção ou redução do montante, ou outras possíveis, devem ser discutidas no juízo da execução penal. O mesmo com relação às custas processuais. DECISÃO: Apelo defensivo desprovido. Unânime. (Apelação Crime Nº 70028603850, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 26/03/2009).

A posição do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

No Tribunal de Justiça de Sergipe tem havido dissensão acerca da matéria, com julgados em ambos os sentidos, datados de épocas distintas, em virtude das diferentes composições da Câmara Criminal. Vejamos:

> DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO (ART. 157, §2º, INCISO II, DO CP) - **ATAQUE À DOSIMETRIA PENAL - REPRIMENDA FIXADA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - APLICABILIDADE DO ARTIGO 65, INCISO III, ALÍNEA "D" DO CÓDIGO PENAL** - PREPONDERÂNCIA - PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (ART. 5º, INCISO XLVI DA CF/88) - CONDENAÇÃO MANTIDA - APELO IMPROVIDO - POR MAIORIA. (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0187/2009, 3ª VARA CRIMINAL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. EDSON ULISSES DE MELO , RELATOR, Julgado em 14/07/2009)

> DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO - ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 E ARTIGO 12 DA LEI Nº 10.826/2003 - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS

> - COMPROVAÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA - REVISÃO DOS FUNDAMENTOS ATINENTES ÀS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - ATENUANTE DA CONFISSÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO - ARTIGO 65, INCISO III, D, DO CP - APLICAÇÃO - **POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA LEGALIDADE - REDUÇÃO DA PENA DA PRIMEIRA APELANTE - APELO PARCIALMENTE PROVIDO - POR MAIORIA**. (APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1273/2010, 1ª Vara Criminal de Socorro, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DES. EDSON ULISSES DE MELO , RELATOR, Julgado em 03/05/2011)

A posição do Supremo Tribunal Federal

Julgados do Pleno do STF, no sentido de que o juiz fique adstrito ao mínimo da pena em abstrato, na segunda fase dosimétrica, revelam que seu entendimento é, lamentavelmente, conforme a Súmula 231 do STJ.

No entanto, diante da controvérsia constitucional acerca da matéria, em decorrência de decisões divergentes nos Tribunais Ordinários, o Egrégio Superior Tribunal Federal entendeu ser o tema de relevante importância para o universo jurídico brasileiro, elevando a questão à condição de matéria de repercussão geral, conforme julgado abaixo transcrito:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. PENA-BASE. FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INADMISSIBILIDADE EM FACE DE ATENUANTES GENÉRICAS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 597.270-QO-RG, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso, reconheceu a repercussão geral do tema

> alusivo à fixação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal. Na oportunidade, esta nossa Casa de Justiça reafirmou a sua jurisprudência no sentido da inadmissibilidade da tese quando presentes apenas atenuantes genéricas, e inexistentes causas especiais de diminuição de pena. RE 597.270-2. Agravo regimental desprovido. (643603 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 04/10/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 01-12-2011 PUBLIC 02-12-2011, undefined)

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Admitir a aplicação da circunstância agravante para elevar a pena acima do mínimo legal, sem permitir que as atenuantes reduzam a pena abaixo desse mínimo, é raciocinar com muita dureza, é ter um pensamento respaldado numa construção desumana, alicerçada em um pensamento contrário àquele no qual nossa atual Constituição direcionou os seus comandos (a Dignidade da Pessoa Humana).

A interpretação jurisprudencial não pode, nem deve, ser autoritária ao estabelecer regras de aplicação da pena *contra legem*, já que tanto a incriminação como a pena que cominada devem sempre guardar estreita relação com a defesa de interesses relevantes, segundo lição de Miguel Reale Jr.[16] Tudo isso porque a atuação do intérprete está submissa aos Princípios Constitucionais, não podendo ofender esses relevantes interesses.

Thomas Bustamante[17], em sua obra *Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem*, admite a superabilidade da norma, já que a pretensão de definitividade, para ele, nem sempre é possível. Se Bustamante entende neste sentido, o presente trabalho defende a total impossibilidade de interpretação *contra legem.* Isto quer significar que a Súmula 231 do STJ representa uma interpretação em desconformidade com os Princípios Constitucionais da Proporcionalidade, da Isonomia e da Legalidade e também está em dissonância com o disposto na norma infraconstitucional, que estabelece em seu art.65 do Código Penal Brasileiro, comando expresso que inadmite interpretação aberta, uma vez que traz em seu texto a expressão "São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena".

É claramente inconstitucional e ilegal, portanto, admitir que um benefício outorgado ao réu pela Constituição e pela norma infraconstitucional seja desrespeitado por quem, por juramento, deveria aplicar a Lei e a Constituição, conforme preceitua a Lei de Orgânica da Magistratura Nacional:

> **Art. 35** - São deveres do magistrado:
> I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;
> (...)

Conforme tratado neste trabalho, resta claro que a *mens legis* do Constituinte de 1988 é a ressocialização do condenado, o que fica evidenciado com a não adoção da pena de morte e da prisão perpétua, pois estas evidentemente negam a ressocialização. Ora, se a Constituição tem como princípio a ressocialização, como conceber apenas e tão somente a aplicação de circunstâncias legais que exacerbem a pena e nunca a reduzam? A lógica do sistema, estabelecida pelo art.5º, XLVI da CF, nos leva a acreditar que a proposta é no sentido diametralmente oposto: aplicar a pena, nos termos da lei, com o objetivo de viabilizar a efetiva Individualização da Pena, visando a ressocialização do apenado, independente da formação ou carga ideológica do aplicador da lei.

Diante das razões expendidas, percebe-se que ao confrontar a Súmula 231 do STJ com o Sistema Penal pós-Constituição de 1988, aquele pensamento jurisprudencial encontra-se dissociado da essência desta Carta, ainda atrelado ao espírito das constituições onde o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Individualização da Pena eram meros comandos enunciativos, quando o Cidadão não representava a razão de ser do Estado Democrático de Direito.

Na obra *Brasil Nunca Mais*, percebe-se claramente a ambiência desse período e qual era o tratamento dado aos encarcerados, de maneira que todo o procedimento era consubstanciado na legislação vigente à época do estado ditatorial. Vejamos:

> **Num completo desrespeito a todas as garantias individuais dos cidadãos, previstas na Constituição,** que os generais alegavam respeitar, ocorreu uma prática sistemática de detenções na forma de

> sequestro, sem qualquer mandado judicial, **nem observância de qualquer lei**.[18]

É nítido, a apartir desta elucubração histórica, que não basta apenas a existência da norma, mas aplicá-la em sintonia com os Princípios Constitucionais. É porque isso que o entendimento sumulado precisa evoluir para uma interpretação conforme os instrumentos jurídicos vigorantes. A aplicação da regra jurídica em desrespeito a princípios fundamentais leva, inevitavelmente, a resultados injustos e um sentimento de inconformismo.

O que se espera é que o resultado da aplicação das normas produza julgados moralmente desejáveis e que tenha por fim a realização da justiça. Por isso, acredito na urgente mudança de pensamento dos Tribunais Superiores, no sentido de adequar a sua interpretação no tocante à Individualização da Pena ao sistema jurídico vigente, conformando-a ao texto constitucional, tornando-a compatível com a Dignidade da Pessoa Humana, como já fazem alguns tribunais ordinários.

THE PRINCIPLE OF INDIVIDUALIZATION OF PENALTY IN CONFRONTATION WITH ITS 231 SUMMARY OF STJ

ABSTRACT: This article intends do analyze the Individualization of the Penalty and the possibility of settlement of penalty under the minimum determined by law, from a perspective of Constitutional Human Being Dignity Principle, through other principles such as Isonomy, Proportionality and Legality, all of them included in the 1988 Constitution of Brazil. The explanations are based on the legal Brazilian staff such as the 1998 Constitution of Brazil, other different laws, ordinary and extraordinary court's jurisprudence and also based on Brazilian jurists thoughts. It will be considered the instrument used to individualize the penalty, called The Three-phase System, created by Nelson Hungria and adopted in the Brazilian Criminal Practice. The subject is controversial because the STJ Precedent nº 231 announces a contrary and majority position. This Precedent does not hinder that the ordinary courts decide in a divergent way, therefore it is not a subject of binding abridgement. At the Supreme Court the issue is considered in a high level of importance, called "subject of general repercussion". The purpose of this article is discuss the equivocated

constitutional and philosophical arguments of the STJ Precedent nº 231, considering the 5th article, XLVI of the Brazilian Constitution and the Human Being Dignity, once the penalty aims to reintegrate the guilty to society.

KEYWORDS: Penalty. Individualization. Three-phase System. Constitutional principles. Brazilian Constitution. Penal law. Procedural penal law. Minimum determined by law. Guilty reintegration.

Notas

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
[2] BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
[3] BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação.* 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2006.
[4] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>
[5] ABDERA, Protágoras de. *A verdade*.
[6] DOTTI, Renné Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. – São Paulo: RT, 1998.
[7] VICENTE GRECO FILHO, *Tutela constitucional das liberdades*, p.10.
[8] CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLHE, Hilton Lobo. *Todas as Constituições do Brasil*. Editora Atlas, p.601.
[9] _____. *Todas as Constituições do Brasil*. Editora Atlas, p.207/209.
[10] _____. *Todas as Constituições do Brasil*. Editora Atlas, p.127.
[11] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>
[12] BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
[13] SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória.* Editora JusPodivm, 2009, p.117.
[14] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal.* Parte geral 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p.638.
[15] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. 2006, p.111-112.
[16] REALE JR, Miguel. *A inconstitucionalidade da lei dos remédios*. Revista dos Tribunais. São Paulo, RT, v.763, maio 199, p.415.
[17] BUSTAMANTE, Thomas. *Princípios, regras e conflitos normativo*s: uma nota sobre a superabilidade das regras jurísicas e as decisões contra legem. Direito, Estado e sociedade, n. 37, p. 160.
[18] ARNS, Dom Paulo Evaristo (org.) *Brasil nunca mais*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996, p. 77.

REFERÊNCIAS

ABDERA, Protágoras de. *A verdade*.
ALENCAR, Martsung F.C.R.. *O sistema jurídico*: normas, regras e princípios. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1110, 16 jul. 2006. Disponível na internet via http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.

asp?id=8628. Arquivo capturado em 6 de maio de 2009.
ARNS, Dom Paulo Evaristo (org.) *Brasil nunca mais*. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.
BARBOSA, Rui. *Oração aos moços* - edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: José Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2ª edição. Cit. pg. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm
BUSTAMANTE, Thomas. *Princípios, regras e conflitos normativos*: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. Direito, Estado e sociedade.
CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Todas as Constituições do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Atlas. 1971.
DOTTI, Renné Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. – São Paulo: RT, 1998.
GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008.
GOMES, Luiz Flávio. *Normas, regras e princípios*: conceitos e distinções. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível na internet via http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7527. Arquivo capturado em 03 de maio de 2009.
GONTIJO, André Pires. *A concretização do princípio da individualização da pena*: a interpretação evolutiva da lei de crimes hediondos. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 980, 8 mar. 2006. Disponível na internet via http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8072. Arquivo capturado em 29 de abril de 2009.
KROL, Heloísa da Silva. *Possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo na segunda fase da dosimetria da pena*. Disponível na internet via http://www.paranaonline.com.br/ canal/direito-e-justica/news/56611/.

Arquivo capturado em 04 de maio de 2009.
NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível na internet via http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=161. Acesso em 05 de maio de 2009.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
QUEZADO, Paulo. *Crime hediondo e progressão de regime*. Disponível na internet via http://www.letraselivros.com.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=293. Arquivo capturado em 04 de maio de 2009.
REALE JR, Miguel. *A insconstitucionalidade da lei dos remédios*. Revista dos Tribunais. São Paulo, RT, v.763, maio 1999.
Schmitt, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória*. Editora JusPodivm, 2009.
TORRES, Letícia Assunção. *O princípio constitucional da individualização da pena*. Disponível na internet via http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=470 Arquivo capturado em 29 de abril de 2009.
VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe, Heringer Roxa da. *A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ*. Disponível na internet via http://www.fagundescunha. org.br/amapar/revista/artigos/jorge_felipe_inconstitucionalidade.doc. Arquivo capturado em 05 de maio de 2009.
VICENTE GRECO FILHO, *Tutela constitucional das liberdades*.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. 2006.