



Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP
Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito
Mestrado em Direito Constitucional

**A TÉCNICA DECISÓRIA DA “MINORANTE INOMINADA”: A (IN)VALIDADE DA
FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA MÍNIMA**

Diego Medeiros da Silva

Orientador: Dr. Rafael de Deus Garcia

Brasília-DF
2025

DIEGO MEDEIROS DA SILVA

A técnica decisória da “minorante inominada”: a (in)validade da flexibilização judicial da pena mínima.

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do professor Dr. Rafael de Deus Garcia e apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvido e Pesquisa - IDP.

Brasília-DF
2025

Código de catalogação na publicação – CIP

S586t Silva, Diego Medeiros da

A técnica decisória da “Minorante Inominada” da flexibilização judicial da pena mínima / Diego Medeiros da Silva. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2025.

127 f. : il.

Orientador: Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia

Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional) — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2025.

1. Pena mínima. 2. Flexibilização judicial. 3. Minorante inominada.
4. Garantismo penal. I.Título

CDDir 340

DIEGO MEDEIROS DA SILVA

A Técnica Decisória da “Minorante Inominada”: a (in)validade da flexibilização judicial da pena mínima

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do professor Dr. Rafael de Deus Garcia e apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvido e Pesquisa - IDP.

Brasília, 30 de julho de 2025.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia
Orientador

Profa. Dra. Denise Neves Abade
Examinadora

Profa. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me conceder o dom da vida, a saúde e a força necessária para enfrentar cada etapa deste caminho, assim como pela oportunidade de realização deste curso de mestrado, que representa um marco significativo em minha trajetória pessoal e profissional.

À minha esposa, Célia, à minha filha, Letícia, e aos meus pais, Naim e Luciana, por todo o amor, paciência e generosidade com que compreenderam a minha ausência e a dedicação exigida pelas atividades acadêmicas. O apoio silencioso e constante de vocês foi fundamental para que eu pudesse seguir em frente.

Aos professores do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), pela sólida formação acadêmica proporcionada, pela excelência do ensino e pela constante provocação ao pensamento crítico. Estendo este agradecimento também aos colegas de curso, cuja convivência e pluralidade de ideias enriqueceram sobremaneira minha jornada de aprendizado.

Ao Superior Tribunal Militar, pelo incentivo institucional ao desenvolvimento profissional e ao aprimoramento técnico, sem o qual esta formação não teria sido possível. O reconhecimento da importância da qualificação acadêmica traduz-se em benefício direto à Justiça Militar da União e à sociedade como um todo.

RESUMO

Esta pesquisa dissertativa discute a validade da flexibilização judicial da pena mínima, com enfoque na “minorante inominada” aplicada pelo Superior Tribunal Militar. Esse instituto implica a redução da pena para aquém do mínimo legal, mesmo sem previsão expressa em lei, com o intuito de assegurar a adequação da sanção às particularidades do caso concreto. Adota-se o garantismo penal de Luigi Ferrajoli como referencial teórico. O estudo debruça-se sobre o atual conflito interpretativo existente, citando decisões do Supremo Tribunal Federal (Tema 158) e do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Sumular n. 231 e REsp nº 1.869.764/MS), que têm mantido a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal. No entanto, a pesquisa traz, também, interpretações favoráveis à flexibilização em benefício do resguardo de direitos fundamentais do jurisdicionado. Além disso, realiza-se a análise empírica de 52 (cinquenta e dois) acórdãos do STM (2015-2024) a respeito da “minorante inominada”, para demonstrar as principais características dessa causa de diminuição de pena desenvolvida pela jurisprudência. Com o avanço da pesquisa, percebe-se que a “minorante inominada” se aproxima da argumentação jurídica de Robert Alexy, tendo em vista a adoção de concepções como sopesamento e proporcionalidade para justificar sua aplicação. Entretanto, ressalta-se que o emprego desse tipo de técnica decisória é capaz de comprometer a legitimidade da intervenção jurisdicional, quando não contemplada formalmente no ordenamento jurídico. Nesse sentido, embora destinada a aproximar a pena legal (T11) e a pena necessária (T12) no exercício do poder judicial conotativo, concluiu-se que, no plano do método, a técnica decisória apresenta incompatibilidade com o sistema garantista. Portanto, busca-se estimular a reflexão crítica sobre essa prática penal que permite a flexibilização judicial da pena mínima.

Palavras-chave: Pena mínima; Flexibilização judicial; Minorante inominada; Garantismo penal; Poder judicial de conotação.

ABSTRACT

This dissertation research discusses the validity of judicial flexibility of the minimum penalty, focusing on the “unnamed mitigating factor” (*minorante inominada*) applied by the Superior Military Court. This legal construct entails the reduction of a penalty below the legal minimum, even without express legal provision, with the aim of ensuring the sanction’s adequacy to the specificities of the concrete case. Luigi Ferrajoli's penal guarantees theory (*garantismo penal*) is adopted as the theoretical framework. The study delves into the existing interpretative conflict, citing decisions by the Supreme Federal Court (Theme 158) and the Superior Court of Justice (Summary Precedent No. 231 and REsp No. 1.869.764/MS), which have upheld the impossibility of reducing penalties below the legal minimum. However, the research also presents interpretations favorable to flexibility, in benefit of safeguarding the fundamental rights of the defendant. Furthermore, an empirical analysis of 52 (fifty-two) STM judgments (2015-2024) regarding the “unnamed mitigating factor” is conducted to demonstrate the main characteristics of this penalty reduction cause developed by case law. As the research progresses, it becomes clear that the "unnamed mitigating factor" approaches Robert Alexy's legal argumentation, given its adoption of concepts like balancing (*sopesamento*) and proportionality to justify its application. Nevertheless, it is emphasized that the use of this type of decisive technique can compromise the legitimacy of judicial intervention when not formally contemplated in the legal system. In this sense, although intended to reconcile the legal penalty (T11) and the necessary penalty (T12) in the exercise of connotative judicial power, it was concluded that, on the methodological plane, the decisive technique presents incompatibility with the guarantees system (*sistema garantista*). Therefore, this study seeks to stimulate critical reflection on this penal practice that allows for the judicial flexibility of the minimum penalty.

Keywords: Minimum penalty; Judicial flexibility; *Minorante inominada*; Penal garantism; Judicial power of connotation.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Acórdãos referentes a minorante inominada

Tabela 2 – Aplicação da minorante inominada

Tabela 3 – Jurisdicionados beneficiários da minorante inominada

Tabela 4 – Discussão da minorante inominada por tipos penais

Tabela 5 – Comparativo de penas entre o CPM e o CP

Tabela 6 – Iniciativa de aplicação, de manutenção ou de rechaço da minorante inominada

Tabela 7 – Fundamentos principiológicos da minorante inominada

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição Federal de 1988
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
CPC	Código de Processo Civil
HC	Habeas Corpus
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
T11	Teorema 11 - <i>nulla poena sine lege</i>
T12	Teorema 12 - <i>nulla poena sine necessitate</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A PERSPECTIVA DO SISTEMA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI NA FIXAÇÃO DA SANÇÃO PENAL.	18
2.1 As quatro dimensões do poder judicial na análise dos casos criminais.....	20
2.2 Parâmetros garantistas para a adequada aplicação da sanção penal.....	25
2.3 Poder judicial de decidir: discricionariedade, decisionismo e técnica decisória.....	30
2.4 Constitucionalismo: diálogos sobre o papel do julgador na interpretação do direito.....	36
3 PENA MÍNIMA: DISCUSSÕES QUANTO À (IN)VIABILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL.....	44
3.1 Pena Mínima: aspectos e conclusões do Tema 158 do Supremo Tribunal Federal.....	49
3.2 Pena Mínima: aspectos e conclusões dos REsp nº 1.869.764-MS do Superior Tribunal de Justiça.....	53
3.2.1 A posição favorável à flexibilização judicial da pena mínima.....	58
3.3 Correlação e distinção entre a atenuante genérica e a “minorante inominada”.....	63
4 O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR E SUAS PREMISSAS PRINCIPIOLÓGICAS NA APLICAÇÃO DA “MINORANTE INOMINADA”.....	68
4.1 Razão de decidir: os fundamentos principiológicos da “minorante inominada”.....	79
4.2 Princípio da legalidade: aspectos da teoria da argumentação jurídica na aplicação da “minorante inominada”.....	87
4.3 Princípio da proporcionalidade: aspectos da teoria da argumentação jurídica na aplicação da “minorante inominada”.....	91
4.4 A construção jurisprudencial da “minorante inominada” como resposta à insuficiência normativa da dosimetria penal militar.....	96
5 O GARANTISMO PENAL E A FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA MÍNIMA PELA “MINORANTE INOMINADA”.....	101
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
REFERÊNCIAS.....	125

1 INTRODUÇÃO

A problemática do estudo reside na (in)validade da flexibilização judicial da pena mínima estabelecida pelo legislador e, sobretudo, na criatividade decisória do Superior Tribunal Militar (STM) que, em determinados julgados, tem flexibilizado a sanção para aquém do mínimo legal mediante a incidência de “minorante inominada” – causa de diminuição da pena desprovida de previsão legal. Não se desconhece o fato de que as hipóteses de aumento e de diminuição da pena, próprias da terceira fase, devem estar previstas em lei, inteligência que se extrai do art. 76 do Código Penal Militar (CPM)¹. No entanto, faticamente, é possível que o patamar mínimo estabelecido pelo legislador, quando confrontado com as particularidades do caso submetido a julgamento, resulte em uma sanção penal considerada inadequada. Assim, em determinadas ocasiões, a integral aquiescência do aplicador da norma com o patamar mínimo da pena pode levar o intérprete a proferir decretos condenatórios contraindicados às especificidades do caso submetido a julgamento. Diante desse cenário, algumas decisões do STM, indo além das regras jurídicas fixadas no preceito secundário do tipo penal, têm recorrido ao instituto da minorante inominada, lastreada em princípios, como o da proporcionalidade, o da razoabilidade, o da adequação da pena, o da dignidade humana e o da individualização judicial da pena, com o intuito de alcançar uma melhor adequação da sanção penal às peculiaridades do caso concreto.

A título de exemplo, nos autos de recurso de Apelação², os agentes da ação delitiva subtraíram, durante o repouso noturno e mediante o concurso de pessoas, diversos bens de reduzido valor, o que ensejou a incidência de circunstâncias qualificadoras e viabilizou a fixação da pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Porém, a instância de origem fez incidir no caso a minorante de furto atenuado (em virtude do reduzido valor das coisas furtadas), prevista no § 1º do art. 240 do CPM³. Dessa forma, a Sentença reduziu a pena em 2/3 (dois terços) para estabelecer a sanção final dos réus em 1 (um) ano de reclusão. Ao analisar os recursos de Apelação interpostos por ambas as partes, o Superior Tribunal Militar constatou

¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Art. 76: “Quando a lei prevê causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, não fica o juiz adstrito aos limites da pena cominada ao crime, senão apenas aos da espécie de pena aplicável (art. 58).”

² BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação n. 0000015-78.2009.7.06.0006. Relator: Min. Gen Ex Álvaro Luiz Pinto. Brasília, DF, 11 mar. 2014. Disponível em: <https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2014/50/10019497/10019497.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2025.

³ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Art. 240, § 1º: “Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.”

que a causa de diminuição do § 1º do art. 240 do CPM não deveria ser aplicada no caso vertente, posto que os valores de alguns dos bens subtraídos, ainda que fossem bem reduzidos, ultrapassavam a fração de um décimo do salário mínimo vigente no país⁴. Entretanto, a Corte de Justiça Castrense⁵ entendeu que o restabelecimento da sanção mínima para o patamar de 3 (três) anos violaria a proporcionalidade e a finalidade da pena, motivo que a levou a considerar necessária e adequada a adoção excepcional de uma “minorante inominada” para o caso vertente. Com isso, manteve a redução de 2/3 (dois terços) da pena-base, desta feita, com amparo na referida “minorante inominada”.

Em outro caso⁶, o sujeito ativo apresentou declaração residencial falsa à Administração Militar a fim de receber o Auxílio-Transporte. A conduta acabou por ocasionar prejuízos financeiros à União⁷ e levou à condenação do réu à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. Ao analisar os Apelos do Ministério Público Militar e da Defesa, o STM entendeu que, no caso, deveria incidir a agravante especial do § 3º do art. 251 do CPM⁸, conforme o recurso do *Parquet*. Entretanto, considerou, também, adequada a incidência da “minorante inominada”, consoante o pleito defensivo. Mesmo após o reconhecimento da agravante especial, a interpretação calcada nas particularidades do caso concreto e nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade possibilitou a redução da pena na terceira fase, razão pela qual a pena final restou fixada em 1 (um) ano, 10 (dez) meses e 12 (doze) dias de reclusão, com direito ao *sursis* da reprimenda pelo prazo de 2 (dois) anos.

Como se observa, a alternativa da “minorante inominada” tem sido utilizada, segundo as especificidades do caso concreto, como uma técnica decisória apta a assegurar direitos fundamentais e, conseqüentemente, a melhorar a condição do réu por intermédio da flexibilização judicial da penamínima. Assim, parece-nos prudente verificar, a partir do referencial teórico proposto, se há espaços interpretativos no ordenamento jurídico penal e processual penal para que o julgador busque uma sanção que repute adequada, sobretudo mediante a utilização de causa de diminuição de pena não contemplada nos parâmetros

⁴ À época dos fatos, o décimo do salário mínimo correspondia a R\$46,50 (quarenta e seis reais e cinquenta centavos), consoante a Lei nº 11.944, de 28 de maio de 2009.

⁵ Nome similar utilizado para se referir ao Superior Tribunal Militar.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000740-74.2022.7.00.0000. Relator: Min. Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino. Brasília, DF, 18 mai. 2023. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuid=907ca24ac8e5a24b53261ae8b74722c3a3337ded5a96f697c6f4dab432582b87 Acesso em: 26/2/2025.

⁷ Segundo o Laudo Pericial Contábil, o ex-militar recebeu a título de auxílio-transporte, entre maio de 2016 e setembro de 2016, o valor correspondente a R\$2.869,00 (dois mil oitocentos e sessenta e nove reais).

⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Art. 251, §3º: “A pena é agravada, se o crime é cometido em detrimento da administração militar.”

legalmente estabelecidos. Atente-se ao fato de que inexiste, no atual ordenamento jurídico vigente, regra jurídica dispendo a respeito da “minorante inominada”.

O estudo adota como referencial o sistema garantista proposto por Luigi Ferrajoli na obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. De antemão, alerta-se que esta vertente teórica é fruto do positivismo crítico e compreende que “o juiz não é uma máquina automática na qual por cima se introduzem os fatos e por baixo se retiram as sentenças” (Ferrajoli, 2002, p. 33). Ademais, faz-se essencial a compreensão de que o poder judicial, no sistema de direito penal proposto por Ferrajoli, está atrelado a uma concepção analítica que o subdivide em: a) poder de interpretação ou de verificação jurídica; b) poder de comprovação probatória ou de verificação fática; c) poder de conotação ou de compreensão equitativa; e d) poder de disposição ou de valoração ético-política. Desse modo, a pesquisa parte da pré-compreensão de que “a verificação jurídica dos pressupostos legais da pena nunca pode ser absolutamente certa e objetiva” (Ferrajoli, 2002, p. 33).

Em conformidade com o contexto descrito, e excluídos outros aspectos jurídicos dignos de nota para as exemplificações postas nos parágrafos antecedentes e subsequentes, indaga-se, segundo a ótica do sistema garantista e do positivismo crítico: é permitida, durante a etapa de individualização da pena, a adoção da técnica decisória da “minorante inominada”, na terceira fase da dosimetria sancionatória, com o fito de flexibilizar a pena mínima estabelecida pelo legislador? A proposta da pesquisa é a de apresentar as principais características dessa técnica decisória e de discutir, à luz do referencial teórico, a questão da flexibilização judicial da pena mínima por intermédio da aplicação da referida minorante na salvaguarda de direitos fundamentais. Com base nisso, pretende-se testar a seguinte hipótese: o garantismo penal de Luigi Ferrajoli não concede poder ao intérprete para flexibilizar a pena mínima mediante o reconhecimento de minorante desprovida de previsão legal. A pesquisa pretende elucidar se a técnica decisória da “minorante inominada” é ratificada e/ou encontra sustentação na teoria do garantismo penal.

No que concerne aos objetivos, tem-se por objetivo geral analisar a validade jurídico-constitucional da técnica decisória da “minorante inominada”, construída pelo STM, especialmente sob o enfoque dos princípios da legalidade, individualização da pena e proporcionalidade. Como objetivos específicos, pretende-se: (i) compreender a gênese jurisprudencial da técnica, situando-a no campo de atuação da jurisdição penal militar; (ii) examinar sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito, à luz da teoria do

garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli (2002), segundo a qual o juiz deve atuar vinculado a garantias normativas e não à pura discricionariedade; e (iii) avaliar os reflexos práticos dessa técnica no sistema de justiça criminal militar, com ênfase na busca por uma racionalidade argumentativa que possibilite sua sustentação teórica.

No campo normativo, é inequívoco que a individualização da sanção penal está condicionada à regulação legal⁹. Porém, na prática forense, a tarefa de pormenorização das reprimendas passou a ser encarada como atividade precipuamente judicial, eis que necessita do conhecimento aprofundado das especificidades do caso para se efetivar. Assim, de um lado, não nos parece possível desconsiderar a atual realidade judiciária, em que diversos juristas não mais reconhecem a atividade judicante como estritamente subordinada à lei. Para estes, a atividade judicial é preponderantemente criativa. O levante contra o mero papel lógico-dedutivo do magistrado ganhou inúmeros adeptos no pós-Segunda Guerra e tem fomentado, no século XXI, uma atuação judicial cada vez mais ativa em favor do desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo.

De outro lado, demonstra-se, plenamente, justificável a interpretação jurídica segundo a qual, ao estatuir a pena mínima, o legislador assim o fez para estabelecer um óbice, isto é, um limite à discricionariedade judicial. Ora, é difícil negar que a subordinação dos juízes à lei, de certo modo, garante a segurança jurídica dos jurisdicionados, visto que, sem essa sujeição, o Judiciário poderia se transformar em um veículo de julgados casuísticos em que prevalece a percepção particular de seus respectivos membros.

Em provável reforço a essa vertente interpretativa, contudo, refletindo sobre a segunda fase da dosimetria sancionatória, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial (REsp) nº 1.869.764-MS¹⁰, consignou que¹¹:

VI - No plano judicial, a discricionariedade do magistrado deve respeitar os limites mínimos e máximos estabelecidos em lei, em conformidade com o princípio da reserva legal, que veda a modificação dos parâmetros previstos pelo legislador.

VII - O método trifásico de dosimetria da pena adotado pelo Código Penal (art. 68, CP) limita a discricionariedade judicial na segunda fase e impõe o respeito ao mínimo e máximo legal, de modo que as circunstâncias atenuantes não podem resultar em penas abaixo do mínimo abstratamente cominado pelo tipo penal.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º, XLVI: “A lei regulará a individualização da pena [...]”.

¹⁰ A afetação do tema para a terceira seção, engloba, também, os REsp nº 2.052.085-TO e nº 2.057.181-SE.

¹¹ Cita-se trechos da ementa do Acórdão. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.869.764/MS. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Rel. do Acórdão: Min. Messod Azulay Neto. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902392399&dt_publicacao=18/09/2024 Acesso em 26/2/2025.

VIII - A fixação de penas fora dos limites legais implicaria violação ao princípio da legalidade e usurpação da competência legislativa, o que comprometeria a separação de poderes e criaria um sistema de penas indeterminadas, incompatível com a segurança jurídica.

Diante do evidente conflito interpretativo do tema em estudo, é pertinente questionar se incumbe ao julgador o acatamento da pena mínima nos estritos termos postos pelo legislador ou se pode suplantá-lo, ao menos na terceira fase, mediante o uso da técnica decisória da “minorante inominada”. Com base nessa proposta, a questão da flexibilização judicial da pena mínima é submetida às balizas do sistema garantista de Ferrajoli e do positivismo crítico, almejando-se a contraposição ao tradicional sistema formalista/mecanicista de aplicação da pena e, também, aos dogmas das interpretações pós-positivistas.

No aspecto metodológico, parte-se do método hipotético-dedutivo para se realizar, com fundamento no sistema garantista de Ferrajoli, pesquisa teórica/bibliográfica pela via do juspositivismo crítico, tendo em vista que o tema pesquisado – a (in)validade da flexibilização da pena mínima pelo julgador por intermédio da incidência de “minorante inominada” na terceira fase da dosimetria sancionatória – perpassa pelo exame de aspectos interpretativos do referencial teórico e questiona dogmas pós-positivistas, como o papel discricionário do julgador na criatividade jurisprudencial de bases principiológicas. Além do mais, não se descartam os elementos empíricos, visto que a temática perpassa pelo estudo dos acórdãos que se referem à “minorante inominada” proferidos pelo Superior Tribunal Militar ao longo de um decênio (2015-2024), pelo que foram selecionados 52 (cinquenta e dois) acórdãos para a análise de conteúdo, a fim de se extrair dados aptos a demonstrar as características principais do instituto. Por tais razões, a abordagem realizada nesta dissertação ancora-se na exploração crítica e filosófica do objeto de estudo, mediante o esquadramento de textos normativos, de obras jurídicas, de teses, de dissertações, de artigos científicos e, principalmente, de repositórios jurisprudenciais.

Esclarecidos os aspectos essenciais da temática, o pesquisador propõe o desenvolvimento do objeto de estudo com rigor epistemológico. Além disso, considera também o pragmatismo do direito penal e do processual penal. Para tanto, realiza a estruturação da dissertação em quatro capítulos. Outrossim, informa-se que a pesquisa integra o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, da Escola de Direito e de Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP, na linha de pesquisa 3: A solução de conflitos no

Estado Democrático de Direito. Sublinha 1: Liberdades, sanções estatais e Direito de Intervenção.

O capítulo inicial, destinado às perspectivas do sistema garantista de Luigi Ferrajoli na fixação da sanção penal, lança os pressupostos teóricos da pesquisa acadêmica e, para lograr êxito nesse objetivo, aborda, também, os preceitos do sistema garantista que, enquanto modelo teórico, pode ser cotejado com variados ordenamentos jurídicos de diferentes Estados a fim de aferir se o sistema normativo paradigma está mais próximo do direito penal máximo ou do direito penal mínimo. Nessa etapa, a ótica do formalismo legal é questionada, tendo em vista que a perspectiva crítica do positivismo refuta o legalismo obtuso. Ainda, são examinados os poderes à disposição do julgador no momento de decidir e estabelecidos alguns parâmetros processuais para a adequada aplicação da sanção penal. Em seguida, há a introdução conceitual, segundo as balizas do garantismo penal, sobre o que se deve compreender por discricionariedade e por decisionismo. Igualmente, traz a lume o que se deve entender por técnica decisória no processo penal. Antes do encerramento do primeiro capítulo, a problemática da interpretação judicial pós-positivista que redundou na criação jurídica principiológica é trabalhada para se delimitarem os contrapontos do sistema garantista a essa filosofia jurídica.

O capítulo subsequente fomenta discussões jurídicas a respeito da (in)validade da flexibilização judicial da pena mínima; para tanto, enuncia problemáticas que circundam a prática penal e realiza a introdução dos conceitos de *respeitar a linha*, *contornar a linha*, *deslegitimar a linha* e *cruzar a linha*. Realiza, também, a análise crítica dos fundamentos utilizados pelos julgadores no Tema 158 do Supremo Tribunal Federal (STF) e no REsp nº 1.869.764-MS do STJ que propôs a revisão do Enunciado Sumular n. 231 do STJ, tendo em vista que, nos mencionados julgados, ambas as Cortes Superiores entenderam pela inviabilidade da flexibilização judicial da pena mínima, ainda que diante da incidência de circunstâncias atenuantes. Por oportuno, o capítulo estabelece os limites da correlação, assim como a distinção entre a “minorante inominada” e a atenuante genérica, especialmente pelo fato de que não tem sido incomum arestos as tratarem como instrumentos jurídicos semelhantes.

O penúltimo capítulo realiza a análise de 52 (cinquenta e dois) acórdãos do Superior Tribunal Militar, proferidos entre os anos de 2015 e 2024, que enfrentaram a temática da “minorante inominada”. Neles, as principais características da mencionada minorante são

demonstradas por intermédio de tabelas que visam apurar aspectos como: o percentual de incidência (excepcionalidade da aplicação); os tipos de beneficiários da medida (a quem se aplica); os delitos que mais geraram discussões plenárias do STM quanto à necessidade de aplicação (quais os principais tipos penais); a comparação de tipos penais do CPM com o Código Penal (CP) (maior rigor/diferenças dos preceitos secundários); a iniciativa de aplicação, manutenção ou rechaço (quais operadores do direito mais têm suscitado as discussões sobre o tema); e os principais princípios utilizados na fundamentação (razões de decidir). Estabelece, outrossim, a conexão entre a atividade criativa dos julgadores e a proteção de direitos fundamentais pela ótica do pós-positivismo de Robert Alexy¹². Ato contínuo, abordam-se os principais argumentos jurídicos favoráveis e contrários à utilização da “minorante inominada” no momento da decisão judicial. Considera-se o papel dos princípios e das regras jurídicas no momento de aplicação da pena. Antes do encerramento da parte intermediária, descrevem-se, de forma resumida, os levantamentos da pesquisa empírica com os acórdãos selecionados para facilitar a submissão dos achados ao crivo do garantismo penal e do positivismo crítico de Luigi Ferrajoli.

O capítulo derradeiro confronta os dogmas estabelecidos nos capítulos iniciais da dissertação a fim de verificar se a interpretação que leva à incidência da “minorante inominada” é ratificada ou, ainda, sustentada pelas premissas teóricas do garantismo penal e do positivismo crítico. Com esse objetivo, propõe-se a retomada da pergunta de pesquisa a fim de testar a hipótese. Nessa etapa, o autor opta pela fluidez do texto, sem o estabelecimento de tópicos e subtópicos, para otimizar as discussões decorrentes dos achados da pesquisa. De início, discorre-se sobre o papel do magistrado no exercício da função jurisdicional e, em contrapartida, a respeito do que o garantismo penal diz sobre o objetivo finalístico almejado pelos julgadores do STM ao realizar a flexibilização da pena mínima. Trata-se, ainda, do viés utilitário na quantificação da pena por meio da consideração de critérios complementares do garantismo penal: a necessidade e a dignidade humana. Aborda-se, também, a questão da discricionariedade judicial mediante a defesa da existência de previsão legal, estabelecendo a *conotação em branco*, que deve ser aferida pelo magistrado na etapa de individualização da sanção penal. Não bastasse isso, os conceitos de *respeitar a linha*, de *contornar a linha*, de *deslegitimar a linha* e de *cruzar a linha* são contextualizados ao objeto de estudo e

¹² No pós-positivismo de Alexy, o direito não significa apenas um sistema de normas válidas, mas também um sistema que deve atender a exigências de correção moral e racionalidade prática. Isto é, não basta que uma norma seja criada conforme os procedimentos legais (positivismo); ela também precisa ser minimamente justa ou racionalmente defensável para ser plenamente jurídica.

submetidos ao crivo do referencial teórico. Na parte final, são realizadas as deduções da pesquisa a partir da hipótese, ocasião em que são apresentadas as conclusões sobre os limites da técnica decisória da “minorante inominada” para o garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

O inédito trato acadêmico sobre a (in)validade da flexibilização judicial da pena mínima, na terceira fase da dosimetria, por intermédio da técnica decisória da “minorante inominada”, pretende dar visibilidade à questão jurídica que repercute sobre a prática penal e processual penal. Almeja-se, portanto, estimular juristas e profissionais do direito criminal a refletirem sobre o tema, no âmbito teórico e profissional.

2 A PERSPECTIVA DO SISTEMA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI NA FIXAÇÃO DA SANÇÃO PENAL.

O sistema garantista é um modelo teórico, fruto do positivismo crítico, responsável por estabelecer axiomas e desenvolver teoremas jurídicos para a aplicação da lei penal. Parte-se do postulado de que “a proposta do garantismo é elaborar técnicas (limites, garantias, condições de legitimidade do exercício do poder judicial) no plano teórico, fazê-las vinculantes no plano normativo e assegurar a sua efetividade no plano prático” (Pinho, 2013, p. 110). Os preceitos do referido modelo objetivam a preservação dos ideais democráticos de liberdade frente aos avanços indevidos do poder estatal. Cumpre observar que a vertente garantista, quando confrontada com determinado ordenamento jurídico, afere as complexidades da legislação e da jurisdição do Estado paradigma, sem o intuito de substituí-la por um sistema jurídico penal perfeito. Ao invés disso, debruça, de forma coerente, as premissas do sistema garantista contra o exercício arbitrário do poder que, no campo criminal, demonstra a tendência de o ordenamento jurídico investigado se aproximar do direito penal mínimo ou do direito penal máximo. Nessa perspectiva, o modelo teórico de Luigi Ferrajoli detém atributo axiológico direcionado a medir os níveis de tutela do Estado sob exame contra o arbítrio estatal. Com isso, é possível verificar se o ordenamento jurídico cotejado é mais ou menos garantista.

Pode-se afirmar que esse modelo teórico se assenta na convicção de que o Estado não representa um fim em si mesmo, à frente dele estão os direitos dos indivíduos. Nessa concepção, o princípio da legalidade emerge como mecanismo coibitivo dos eventuais avanços indevidos do Estado sobre as liberdades individuais. Entretanto, a perspectiva garantista não se apega em demasia ao formalismo legal, visto que refuta o legalismo obtuso,

isto é, o legalismo desprovido da “exigência da equidade”.¹³ De um lado, a atuação jurisdicional sobre os desvios puníveis deve estar adstrita apenas aos fatos formalmente reconhecidos pela lei como ensejadores de represália penal, “o que confere relevância penal a um fenômeno não é a verdade, a justiça, a moral, nem a natureza, mas somente o que, com autoridade, diz a lei” (Ferrajoli, 2002, p. 31). De outro, a atividade judicial “deve discernir as conotações que convertem cada fato em diverso dos demais, por mais que estes pertençam ao mesmo gênero jurídico” (Ferrajoli, 2002, p. 34). Como se observa por essa ótica, a intervenção judicial não se resume à mera adequação do fato à norma jurídica. É essencial que o magistrado se comprometa cognitivamente e individualmente com o caso, exercendo juízo comprobatório sobre ele.

Existe uma correlação entre garantismo e racionalidade. A intervenção judicial justifica-se desde que “motivadas por argumentos cognitivos que resultem como determinável a verdade formal” (Ferrajoli, 2002, p. 84). Em consequência, o espaço interpretativo do juiz deve ser exercido com o devido respeito às regras processuais, posto que no sistema garantista inexistente a busca da verdade real. A verificação da hipótese acusatória necessita de corroboração “por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas” (Ferrajoli, 2002, p. 38). A previsibilidade é inerente ao sistema garantista. Diante disso, os espaços de interpretação da discricionariedade judicial devem estar abarcados pelos limites da verdade processual. Refutam-se os espaços de incerteza. O poder da verificação jurídica submete a tese apresentada, quer seja ela de fato ou de direito, ao crivo do magistrado. Assim, as premissas fáticas devem ser comprovadas no âmbito processual, enquanto a norma a ser aplicada deve deter grau suficiente de certeza e de precisão. Nesse contexto, a responsabilidade penal deve ser definida como “o conjunto das condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida à pena” (Ferrajoli, 2002, p. 73).

Portanto, “está claro que a falta de taxatividade das previsões legais e de decidibilidade da verdade processual comporta uma contaminação subjetivista dos pressupostos de fato da pena” (Ferrajoli, 2002, p. 79). A carência desses elementos básicos torna o ordenamento jurídico débil sob a perspectiva do sistema garantista, aproximando-o de um sistema substancialista e autoritário. É a legalidade estrita quem “garante a verificabilidade e a falseabilidade dos tipos penais abstratos” (Ferrajoli, 2002, p. 77). Por outro lado, é a intervenção jurisdicional que “garante a verificação e falseabilidade dos tipos

¹³ Colocação realizada por Norberto Bobbio no prefácio da 1ª edição da obra *Direito e Razão*.

penais concretos” (Ferrajoli, 2002, p. 77), lei e jurisdição complementam-se dentro desse sistema. Por essa lógica, a supressão dos ditames garantistas do processo de fixação da pena culminaria em intervenções punitivas infundadas ou arbitrárias, próprias do direito penal máximo. Ao revés, nos ordenamentos que visam o direito penal mínimo, além de estrita legalidade e estrita jurisdicionalidade, reconhecem-se as margens equitativas de discricionariedade judicial, que são condicionadas para restringirem a intervenção penal e nunca para alargá-la.

Há, de longa data, como se vê, o reconhecimento de “espaços de discricionariedade atribuídos à função judicial” (Ferrajoli, 2002, p. 323). Tais espaços “foram amplísimos” (Ferrajoli, 2002, p. 323) no passado. Porém, ao longo do tempo, restaram mitigados para controlar o espírito despótico dos juízes. Essa situação de controle do poder judicial foi tamanha no iluminismo que o Código Penal Francês de 1791 chegou a dispor “para cada tipo de delito penas fixas e invariáveis, sem permitir ao juiz nenhuma possibilidade de graduá-las segundo a gravidade do delito concreto cometido” (Ferrajoli, 2002, p. 324). Por óbvio, ante a falha epistemológica que excluía a sanção do crivo judicial, a pena fixa não perdurou por muito tempo, motivo que a levou, nos anos seguintes, a ser substituída por um modelo de limites mínimos e máximos pelo qual o julgador deve, em regra, transitar.

À vista dessas duas possibilidades (direito penal mínimo e direito penal máximo), o ordenamento jurídico pode caminhar no sentido de priorizar a tutela das liberdades individuais em face da sanção penal ou pode se enveredar pelo irrestrito enfrentamento das ofensas ocasionadas pelos delitos. Na primeira hipótese, de inspiração garantista, almeja-se que “nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune” (Ferrajoli, 2002, p. 85). Na segunda, de inspiração autoritária, o ordenamento ambiciona que “nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido” (Ferrajoli, 2002, p. 84).

2.1 As quatro dimensões do poder judicial na análise dos casos criminais

O poder judicial, no sistema garantista, subdivide-se em quatro dimensões, quais sejam, “poder de denotação ou de verificação jurídica, o poder de comprovação probatória ou de verificação fática, o poder de conotação ou de discernimento equitativo e o poder de disposição ou de valoração ético-política” (Ferrajoli, 2002, p. 96). Os três primeiros poderes referem-se à cognição e podem ser considerados irreduzíveis e fisiológicos, enquanto o último

refere-se à disposição, sendo patológico e disfuncional (Ferrajoli, 2002, p. 34). Para o garantismo, a denotação “consiste no conjunto dos objetos aos quais o signo se aplica ou se refere” (Ferrajoli, 2022, p. 97). O jurista italiano baseia a sua lógica na teoria referencial do significado, formulada por Gottlob Frege. No poder de denotação ou de verificação jurídica, o magistrado examina as hipóteses (teses) que lhe foram apresentadas a fim de identificar se elas são verificáveis ou falseáveis. A análise judicial capaz de permitir a aplicação da lei penal exige tanto a constatação empírica dos fatos, quanto a observância normativa da taxatividade penal. É essencial que o tipo abstrato seja claro e preciso, pois a cognição judicial incidirá sobre cada um dos elementos constitutivos do delito em respeito à estrita legalidade.

A denotação, portanto, representa o espaço interpretativo “entre a legalidade e verificabilidade, entre convencionalismo e empirismo, entre rigor semântico da linguagem legislativa e cognitivismo judicial” (Ferrajoli, 2002, p. 99). A ausência de denotação leva a análise judicial para uma zona de penumbra e torna a tese inverificável, visto que a transmuta em um ato de valoração baseado “em uma opção subjetiva e meramente potestativa” (Ferrajoli, 2002, p. 100). O processo decisório exige a atenção do juiz no trato da semântica, especialmente, quando se considera que a prática forense produz hipóteses (teses) carregadas de redefinições destinadas a influenciar o poder de denotação judicial. Em consequência, o aplicador da lei precisa atuar com cautela para evitar o uso de palavras equivocadas e os juízos valorativos, uma vez que a intervenção judicial inapta pode promover o esvaziamento das garantias penais e processuais (Ferrajoli, 2002, p. 102). Assim, é factível sintetizar o poder judicial de denotação penal (subsunção) como o poder que visa “integrar os espaços irreduzíveis de discricionariedade deixados em aberto pelos defeitos inevitáveis de denotação da linguagem legal e da linguagem comum” (Ferrajoli, 2002, p. 104).

O poder judicial de comprovação probatória ou de verificação fática perpassa pelo respeito às garantias processuais, no intuito de se cotejar os fatos descritos com as provas produzidas na instrução. Pode-se dizer que esse poder “é o resultado de uma ilação entre os fatos “provados” do passado e fatos “probatórios” do presente” (Ferrajoli, 2002, p. 105). Dessa forma, o raciocínio jurídico se forma por uma inferência indutiva entre os acontecimentos descritos e as provas coligidas. Importante distinguir a prova e o indício: a primeira é de maior consistência para quem está apreciando, ou seja, própria do juízo de verificação direta de fatos do presente; o segundo decorre do juízo de inferência de fatos do passado (Ferrajoli, 2002, p. 107). No exercício do poder de comprovação probatória, a

atividade judicante “não é apenas uma atividade intelectual, mas é também uma atividade jurídica, normativamente disciplinada” (Ferrajoli, 2002, p. 106).

No sistema garantista, predomina “o método maiêutico de discussão e de investigação, de igualdade e de direito à palavra, que excluem verdades de autoridade e postulam a liberdade e paridade dos disputantes” (Ferrajoli, 2002, p. 111). Portanto, o processo decisório sobre a prova deve estar calcado no modelo nomológico-dedutivo de explicação causal, por ele, “cada dado probatório que se acomoda às premissas explicativas pode ser considerado, na realidade, como sua confirmação” (Ferrajoli, 2002, p. 115). Ao revés, os dados probatórios que não respondem às premissas representam a refutação da hipótese acusatória. Nessa etapa, a intervenção judicial no processo penal se vincula por meio da motivação das razões que levou o juízo a determinado entendimento. É fundamental que sejam explicitadas “todas as inferências indutivas, levadas a cabo pelo juiz, além dos critérios pragmáticos e sintáticos por ele adotados” (Ferrajoli, 2002, p. 124). Além do mais, não se deve admitir o implemento da sanção punitiva por única prova, eis que “a hipótese acusatória deve ser, antes de tudo, confirmada por uma pluralidade de provas ou dados probatórios” (Ferrajoli, 2002, p. 121).

O poder judicial de conotação, de maneira diversa dos anteriores, carrega aspectos valorativos e configura “a chamada equidade do juízo” (Ferrajoli, 2002, p. 125). A conotação “consiste no conjunto das propriedades evocadas pelo signo e possuídas pelos objetos concretos que entram na sua extensão” (Ferrajoli, 2002, p. 97). Esse poder parte da pressuposição de que somente o raciocínio judicial é capaz de individualizar a norma segundo as características particulares de cada fato submetido à análise. Por mais completa que seja, é difícil para a lei antever todas as possibilidades que podem circundar o fato criminoso. Dessa forma, “a equidade (ou conformidade com o caso concreto) consiste na conotação do mesmo fato denotado pela lei como delito e em seu conseqüente conteúdo informativo particular” (Ferrajoli, 2002, p. 127). Em dizeres mais simples, o garantismo não observa a legalidade e a equidade como excludentes; pelo contrário, os juízos são complementares: o juízo de legalidade estabelece as características essenciais ou os elementos constitutivos; o juízo de equidade aponta as circunstâncias específicas e as características acidentais, em consonância com as especificidades do caso.

Essas especificidades são figuras acessórias que circundam o delito e podem ocorrer ou não, tais como: agravantes, atenuantes, excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. O sistema garantista compreende o poder de conotação do juiz como “um poder intrínseco à

função judicial, que não pode ser suprimido” (Ferrajoli, 2002, p. 129), visto que na verdade o juiz criminal não está diante de mero tipo abstratamente previsto pela norma repressiva, mas sim de um caso real repleto de particularidades apto a torná-lo único. Conforme já dito, o sistema garantista não defende a legalidade obtusa, ou seja, não é factível, sob o ponto de vista jurídico, deixar de lado a compreensão das características individuais de cada caso. Nota-se que “para o garantismo, a equidade não é um recurso extraordinário ou subsidiário em relação à legalidade, é um recurso ordinário” (Pinho, 2013, p. 100). Assim, o aspecto legal e equitativo acabam sendo considerados interdependentes no modelo garantista, motivo pelo qual “a legalidade e a equidade constituem dois aspectos diversos do conhecimento judicial ligados a duas dimensões distintas, mas logicamente indissociáveis” (Ferrajoli, 2002, p. 130).

O excessivo apego à abstração legal pode levar à desigualdade na aplicação da lei penal, principalmente quando se reconhece que situações sujeitas ao mesmo tipo penal, dificilmente são paritárias. Depreende-se, então, que é por intermédio da valoração equitativa do magistrado “que se realiza o respeito à pessoa humana em julgamento” (Ferrajoli, 2002, p. 132). A individualização do caso concreto considera a gravidade do fato e interfere na medida da pena; nesse passo, o juízo deve compreender todas as circunstâncias, mesmo aquelas desprovidas de previsão legal (Ferrajoli, 2002, p. 129). Admite-se, igualmente, as atenuantes genéricas, “que são conotações em branco que a lei convida o juiz a preencher para mitigar a severidade da pena” (Ferrajoli, 2002, p. 129). Ademais, faz-se oportuno registrar que o poder de conotação equitativa se expressa com alta carga de discricionariedade e encontra especial vazão diante do “favor rei, parece-me em contradição com o princípio da equidade a previsão por parte da lei de limites mínimos, junto aos limites máximos de pena” (Ferrajoli, 2002, p. 133). A compreensão equitativa detém natureza simpática e “requer a não indiferença, isto é, aquela participação na situação de fato conotada que se expressa na benevolência, na compaixão, na pietas” (Ferrajoli, 2002, p. 132). Na filosofia de Ferrajoli, não se deseja o juiz obtuso, isto é, aquele incapaz de captar as conotações específicas do caso em apreço. Por isso, conclui que a amarra legal da pena mínima “humilha a função do juiz” (Ferrajoli, 2002, p. 133) e contrapõe o ideal de valoração plena do caso concreto.

O poder de disposição parte da premissa de que não existe segurança penal absoluta, pois se constitui a partir das carências ou imperfeições dos ordenamentos jurídicos e está relacionado à obrigação de decidir (Ferrajoli, 2002, p. 134). Por conseguinte, é considerado uma espécie de poder judicial discricionário contrário à estrita legalidade e à estrita

jurisdicionalidade que emerge, ainda que com graus distintos de intensidade, em todos os ordenamentos, quer seja ele mais ou menos garantista (Ferrajoli, 2002, p. 136). Em termos mais diretos, o poder de disposição se refere aos espaços interpretativos dos conceitos abertos e/ou indeterminados, das antinomias semânticas e da inverificabilidade das denotações penais. Expressa, portanto, valores “substanciais, extra ou metajurídicos, que em sentido amplo podemos chamar de políticos ou ético-políticos” (Ferrajoli, 2002, p. 136). Merece ser considerado um espaço interpretativo de insegurança e de incerteza, que será colmatado pelo magistrado “mediante opções discricionárias não suscetíveis de controles de verdade nem, portanto, de legalidade” (Ferrajoli, 2002, p. 137). À vista dessas peculiaridades, o juiz decide sobre a questão sem estar lastreado em elementos cognitivos para a identificação do desvio punível, isto é, decide de forma potestativa a partir de suas próprias valorações ético-políticas. Extrai-se dessa vertente que o sistema garantista jamais estará “totalmente satisfeito, pois sempre existirá o poder do juiz de fazer escolhas discricionárias” (Pinho, 2013, p. 103). Na seara penal, o exercício não balizado do poder potestativo pode dar origem a hermenêuticas constitutivas dos tipos puníveis, o que denota a sua ilegitimidade estrutural.

Como se nota, há nessa espécie de poder certa contrariedade ao sistema garantista, visto que o modelo cognitivo de Ferrajoli é “uma técnica de definição legal e um método de comprovação judicial do desvio punível que, se não excluem, pelo menos reduzem ao mínimo os momentos potestativos e os elementos de arbítrio no direito penal” (Ferrajoli, 2002, p. 135). Contudo, diante da inevitabilidade do poder de disposição própria dos ordenamentos jurídicos que proíbem o *non liquet*, o sistema garantista propõe que o exercício desse poder seja realizado ao menos com legitimidade relativa. Para alcançar tal intento, o juízo valorativo do magistrado deve ser exercido de forma a observar os princípios de direito estabelecidos na Constituição e nas leis, uma vez que a função desses princípios é “a de orientar politicamente as decisões e permitir sua valoração e seu controle cada vez que a verdade processual seja em todo ou em parte indeterminada” (Ferrajoli, 2002, p. 139).

O sistema garantista, ainda que de base eminentemente positivista, não fecha os olhos para a realidade do direito, por essa razão estabelece parâmetros para que o exercício da jurisdição nesses espaços interpretativos de incerteza e de indeterminação ocorra de maneira a mitigar os potenciais danos arbitrários. Logo, exige que a intervenção judicial potestativa, nesses espaços, seja realizada de forma racionalizada com esforço argumentativo principiológico e mediante a submissão das decisões judiciais ao controle público. Ante a

inevitabilidade do cenário dispositivo, tem-se que a finalidade contributiva do sistema garantista está em “analisar todos os espaços de discricionariedade que caracterizam o juízo penal, com o fim de submetê-los às formas de argumentação racional, próprias dos juízos de valor e de expô-los à responsabilidade política e ao controle público” (Ferrajoli, 2002, p. 141). Entretanto, o modelo garantista adverte que o ideal para os ordenamentos de direito penal mínimo não está no campo decisório dispositivo, mas sim na transparência dos juízos de certeza focados na verdade processual e amparados pela estrita legalidade e pela estrita jurisdicionalidade, sem que o julgador se socorra da “integração judiciária com elementos extralegais de tipo substancialista e largamente arbitrários, em razão do caráter não taxativo consentido às previsões legais” (Ferrajoli, 2002, p. 174).

2.2 Parâmetros garantistas para a adequada aplicação da sanção penal

Recorde-se que a jurisdicionalidade (reserva de jurisdição) é um princípio para o exercício da ação penal; em virtude dessa circunstância, o processo penal é confiado “com exclusividade a um órgão “judiciário”, ou seja, estranho às partes interessadas e investido de autoridade para decidir sobre as razões em oposição” (Ferrajoli, 2002, p. 433). Assim, o sistema garantista visualiza o processo que pode ou não desencadear a sanção penal como um instrumento de proteção dos indivíduos contra as vinganças privadas e as arbitrariedades punitivas. É cediço que, entre os mecanismos punitivos já testados pelas diferentes sociedades, o processo criminal, desde que respeite as premissas do sistema garantista, é quem oferece o melhor custo-benefício na tutela dos cidadãos contra o arbítrio estatal. A atividade de “imposição de penas não pode jamais ser matéria de administração ou de governo; nem pode ser informada pelos critérios de discricionariedade ou de oportunidade que orientam as atividades administrativa e política” (Ferrajoli, 2002, p. 438), visto ser o exercício da jurisdição, perante terceiro imparcial, o elemento essencial da salvaguarda dos interesses em contraposição. Em decorrência do caráter aflitivo e coercitivo das sanções de natureza criminal, faz-se necessário a prévia instrução processual, a qual deve transcorrer em estrita observância aos ditames normativos.

Para compreender o garantismo, é essencial reconhecer as duas faces do sistema, que é composto por pessoas não desviantes e por pessoas desviantes. De um lado, as pessoas não desviantes devem ser protegidas pelas normas jurídicas no intuito de preservar o seu bem-estar contra os impulsos daqueles que insistem em violar a lei penal. Na outra ponta, estão os sujeitos desviantes que serão submetidos aos dissabores da aplicação da pena. Para

estes, é igualmente verdadeira e até mais intensa, dentro da lógica de tutela dos direitos fundamentais, a afirmação de que o mal-estar causado não deve ir além do necessário, uma vez que “a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições” (Ferrajoli, 2002, p. 268). Nessa senda, o exercício da justiça penal precisa se desenvolver com racionalidade a fim de maximizar as liberdades individuais e de minimizar os possíveis arbítrios da discricionariedade punitiva. A legitimidade do poder judicial de decidir é de “tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo da sua qualificação jurídica” (Ferrajoli, 2002, p. 437), razão que impõe aos órgãos jurisdicionais o dever de fundamentação das decisões. Defende-se, sobretudo, o modelo cognitivo de processo penal em que a possibilidade de verificação ou de refutação das hipóteses acusatórias é um pressuposto para a eventual aplicação da reprimenda.

Na concepção de Ferrajoli, a legitimação do uso judicial da força por intermédio das sanções penais depende da efetivação de uma estrutura jurídica de baixos custos no que concerne à tutela da preservação dos direitos fundamentais, capaz de contrapor os custos da anarquia punitiva. Daí por que se pode concluir que “a pena é justificada como mal menor – ou seja, somente se menor, menos aflitiva e menos arbitrária – se comparada com outras reações não jurídicas, que, é lícito supor, se produziriam na sua ausência” (Ferrajoli, 2002, p. 271). Consciente do cunho protetivo da pena, o aplicador da norma jurídica precisa se revestir das garantias orgânicas (independência, imparcialidade, competência, entre outras) e assegurar as garantias procedimentais (contraditório, ampla defesa, ônus da prova, entre outras) a fim de que possa examinar o caso sem estar imbuído dos sentimentos carregados pelas partes (acusação ou defesa) e, também, dos sentimentos dos eventuais ofendidos.

Portanto, o julgador deve atuar com equilíbrio visando moderar o uso da força na tentativa de minimizar o exercício da violência, quer seja na fase pré-processual ou na fase processual, “minimizar a violência, mas, também, o arbítrio que de outro modo seria produzido de forma ainda mais selvagem e desenfreada” (Ferrajoli, 2002, p. 483), caso os procedimentos legais não fossem assegurados. Sabe-se que essa relação de forças, que vai do delito à aplicação da reprimenda, muda de posição a depender do momento de intervenção, o mais forte “no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários” (Ferrajoli, 2002, p. 270). Nessa equação, o magistrado precisa evitar que o próprio sistema de justiça penal operado por ele enseje violências desnecessárias. Dentro do modelo garantista de processo penal, não se recomenda a prolação de decisões

judiciais sustentadas por critérios políticos ou por valores de índole potestativa, visto ser imprescindível que a legitimidade da decisão judicial se ampare em “argumentos cognitivos de fato e re-cognitivos de direito” (Ferrajoli, 2002, p. 436). O julgador encontra na verdade processual os elementos de que necessita para decidir, pois a legitimidade decisória do magistrado “está condicionada pela verdade ou credibilidade, fática ou jurídica, dos discursos assertivos que formam sua motivação” (Ferrajoli, 2002, p. 436). Por conseguinte, seria despiciendo e indesejável a criação de razões jurídicas não encampadas pelos autos da ação penal.

No sistema garantista, o processo penal visa preservar o cidadão inocente das possíveis punições ilegítimas e, conseqüentemente, arbitrárias, para tanto compreende existir três garantias processuais epistemológicas que se destinam a essa finalidade, a saber, a garantia de contestação da acusação, a garantia do ônus da prova que cabe ao acusador e a garantia do direito de defesa. Defende-se, ainda, a presença de garantias de segundo nível que seriam a publicidade, a oralidade, a legalidade dos procedimentos e a motivação. Além disso, pontua-se que o direito posto pelo Estado, especialmente na era constitucionalista, incorpora uma série de valores (princípios) prontos a influírem na formação da convicção judicial. Sob a ótica constitucionalista, a atual realidade jurídica dos modernos Estados de direito tem propiciado a introdução de “múltiplos princípios ético-políticos ou de justiça que impõem valorações ético-políticas das normas produzidas e atuam como parâmetros ou critérios de legitimidade e ilegitimidade” (Ferrajoli, 2002, p. 289). O ordenamento jurídico de Estados que encampam o direito penal mínimo pressupõe a incorporação de princípios e garantias nos níveis normativos mais altos, a exemplo da Constituição.

A grande questão a partir desse entendimento é o de que as eventuais intervenções judiciais passam a deter limites no tocante ao poder punitivo. Explique-se melhor: o método de incidência da lei penal deve, necessariamente, considerar as garantias e os princípios incorporados no texto constitucional. Desse modo, não se recomenda a aplicação da regra jurídica por si só; antes, é necessário realizar a valoração principiológica. Para o modelo teórico deste estudo, quanto “mais valores ético-políticos incorporados em seus níveis normativos superiores, maior é a capacidade de deslegitimação jurídica ou interna que eles exercem sobre os níveis normativos inferiores” (Ferrajoli, 2002, p. 295). Em outros termos, infere-se que as normas inferiores necessitam, em certa medida, serem referendadas pelas

normas superiores e é justamente esse o pressuposto para o regular funcionamento do sistema garantista.

Não se pode perder de vista o fato de que “a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente as formas, senão também, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais” (Ferrajoli, 2002, p. 306), cumpre, portanto, ao julgador, a tarefa de contraposição ao indesejável legislador onipotente, que seria aquele dotado do poder de regular todas as situações apresentadas. Diante da inviabilidade prática desse tipo de legislador, é a figura do juiz quem exerce o verdadeiro papel reflexivo sobre a norma a ser aplicada. Por esse motivo, a atuação do juiz exige “tolerância às razões controversas, atenção e controle sobre todas as hipóteses e contra-hipóteses em conflito, imparcialidade diante do conflito, prudência, equilíbrio, ponderação e a dúvida como hábito profissional” (Ferrajoli, 2002, p. 439). Caso assim não fosse, o autoritarismo penal poderia ganhar vazão, posto que o mero formalismo de adequação do fato à norma se demonstra insuficiente para justificar a legitimação jurídica da lei penal a ser aplicada. Ao magistrado, incumbe verificar a existência de “legitimação jurídica material que deriva dos vínculos que condicionam a validade das normas vigentes à tutela dos demais direitos fundamentais incorporados também às constituições” (Ferrajoli, 2002, p. 306). Como visto, a sujeição legal do agente violador da norma à sanção penal depende de dupla verificação, a saber, formal e material. A inobservância de uma das etapas induz vício na incidência da sanção.

Nos aspectos qualitativo e quantitativo, não se deve ceder à ilusão “de que a pena deva igualar-se ao delito e consistir portanto num mal da mesma natureza e intensidade” (Ferrajoli, 2002, p. 312), pois o sistema garantista reprovava o postulado de talião, que endossa a brutalidade e reduz a dignidade humana mediante o uso de sanções infamantes. Ora, “um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão se ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes” (Ferrajoli, 2002, p. 318). Por isso, nos ordenamentos modernos de direito penal mínimo, o magistrado se ancora na predeterminação legal que fixa a espécie da pena e traz parâmetros para a medida da pena, tal concepção representa notórios avanços por considerar a reprimenda um instrumento cerceador de direitos e de bens jurídicos. Nesse rumo, o aplicador da lei precisa realizar um ajuste valorado pela proporcionalidade da sanção à gravidade do delito,

além de ter em mente que “o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena” (Ferrajoli, 2002, p. 318).

O sistema garantista apenas reconhece as penas necessárias (*nulla poena sine necessitate*). Assim, a primeira missão do julgador é a de verificar no caso concreto a necessidade da pena; seria ineficaz realizar um raciocínio simplório presumindo que o legislador, de forma genérica e abstrata, tenha, por si só, se desincumbido desta missão. Não se espera que a intervenção judicial seja vista com receio ou como objeto de temor por parte do jurisdicionado inocente, posto que “toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito” (Ferrajoli, 2002, p. 441). A culpa impreterivelmente necessita de prova, enquanto a inocência é sempre presumida. Daí decorre a regra fundamental da relação processual penal segundo a qual “não é o imputado que deve provar ser inocente, mas a acusação que deve prová-lo culpado” (Ferrajoli, 2002, p. 589). Duas acepções dessa afirmação devem ser consideradas durante o processo: a presunção de inocência como regra de tratamento com vistas a preservação da liberdade pessoal no curso do processo e, também, como regra de juízo em que o ônus da prova é do Órgão acusador.

Sem embargo, reconhecida a necessidade da pena pelo magistrado, o modelo garantista vai além, pois, ainda assim, entende que “toda pena qualitativa e quantitativamente maior do que a suficiente para reprimir reações informais mais aflitivas para o réu, pode ser considerada lesiva para a dignidade da pessoa” (Ferrajoli, 2002, p. 318), percebe-se que esse modelo teórico incentiva o julgador a fixar a pena menos aflitiva à dignidade humana. No aspecto quantitativo, essa constatação permite inferir que, obedecidos os parâmetros legais, a fixação da pena privativa de liberdade deve ser a menor possível. O poder judicial se serve de aspectos objetivos (grau do dano) e de aspectos subjetivos (grau de culpabilidade) para buscar o equilíbrio na fixação de uma pena que possa ser considerada justa, “dentro de um sistema garantista a função judicial não pode ter outros fins que não a justiça do caso concreto” (Ferrajoli, 2002, p. 326). A justiça da decisão judicial pode ser submetida a verificação no que atine ao seu método e ao seu conteúdo. Quanto ao método, a decisão precisa estar apoiada em juízos de certeza explícitos e, além disso, estar fundamentada “em argumentações pertinentes que evidenciem as inevitáveis premissas valorativas dos mesmos” (Ferrajoli, 2002, p. 326). Por sua vez, no que se refere ao conteúdo, a decisão judicial não deve se afastar do caso submetido à análise, logo é preciso “limitar-se ao fato que está sendo julgado e não se estender em considerações estranhas a ele” (Ferrajoli, 2002, p. 326).

O modelo teórico de Ferrajoli pressupõe a constante criticidade das leis penais vigentes no ordenamento jurídico, posto ser “uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo” (Ferrajoli, 2002, p. 684). Com isso, apregoa-se existir diferenças entre o direito expresso na lei e o direito efetivamente aplicado. Tal situação, explica aquilo que se denomina de graus de garantismo, que podem diferir no plano normativo e no plano realístico. No campo punitivo, a capacidade de determinado Estado de direito de efetivar os direitos fundamentais e a tutela das liberdades individuais caracteriza seu ordenamento como de poder mínimo (plano epistemológico), de proteção (plano político) e de vínculos à função punitiva (plano jurídico). Reconhecida a divergência entre aquilo que está escrito e aquilo que é aplicado, o sistema garantista requer do julgador “a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consciência do caráter em larga medida ideal” (Ferrajoli, 2002, p. 685).

2.3 Poder judicial de decidir: discricionariedade, decisionismo e técnica decisória

O garantismo proclama o uso de técnicas processuais normativamente preestabelecidas a fim de prevenir ilegítimos avanços na esfera de liberdades dos cidadãos. Dentro dessa lógica, o decisionismo processual representa uma contraposição ao desejável cognitivismo, visto ser este o modelo de referência utilizado nas decisões judiciais não arbitrárias. Assim, cumpre esclarecer ser o decisionismo processual um elemento de “epistemologia antigarantista” (Ferrajoli, 2002, p. 36), uma vez que é fruto de juízo potestativo apto a afastar o julgador das balizas da estrita legalidade e da estrita jurisdicionalidade levando-o a um modelo penal dotado de “intrínseca natureza autoritária” (Ferrajoli, 2002, p. 37). Enquanto sistema, o garantismo crê e incentiva o juízo cognitivista e, conseqüentemente, restringe os espaços de discricionariedade jurisdicional. Por seu turno, no decisionismo, o processo decisório da intervenção punitiva prescinde das bases normativas para ceder à razão dos julgadores. Isto é, a decisão fica refém dos “critérios substanciais considerados subjetivamente por eles na identificação dos pressupostos da pena” (Ferrajoli, 2002, p. 39).

Na acepção decisionista, a aplicação das sanções penais ganha contornos inquisitivos mediante a ampliação da discricionariedade potestativa, de modo que o magistrado passa a decidir em um sistema jurídico de legalidade atenuada no qual o argumento prevalente é o de autoridade. Os valores substanciais e extrajurídicos denominados também de políticos e ético-políticos por Ferrajoli colaboram com o enfraquecimento do alicerce legalista e com a desvinculação de “critérios rígidos e certos de qualificação penal” (Ferrajoli, 2002, p. 37);

além de promover o alargamento da percepção discricionária do magistrado sobre o sistema jurídico que ele opera. Tudo isso leva à fragilidade das estruturas normativas e “reduz sobremaneira a coerência e a integridade do ato judicial de fixação da pena” (Carvalho, 2020, p. 312). A utilização de fatores externos alheios ao ordenamento jurídico e aos elementos probatórios cotejados no processo irão denotar o viés subjetivista do decisor; por essa razão, “a motivação é imprescindível para a defesa contra decisionismos e arbitrariedades pelo Judiciário” (Abboud, 2024, p. RB-1.10). O enfrentamento ao decisionismo judicial depende do “esforço para a sofisticação dos mecanismos de redução da discricionariedade e do subjetivismo judicial, de forma que as decisões observem rigorosamente os limites normativos e probatórios” (Carvalho, 2020, p. 312).

Para Pinho, que se ampara na hermenêutica como contraponto aos espaços de discricionariedade admitidos pelo sistema garantista, nem mesmo no campo do *favor rei*, isto é, segundo a ótica de decisões judiciais aparentemente de direito penal mínimo (aquelas adotadas com menos restrições aos direitos fundamentais do réu): os elementos de discricionariedade judicial encontram legitimidade. A posição da autora, quanto ao uso da discricionariedade, apresenta certa divergência com a de Ferrajoli; ela entende que a justificação hermenêutica deve se constituir em exigência inafastável, porquanto “o sistema constitucional não convive com casuísmos e decisões salomônicas” (Pinho, 2013, p. 101). Adiante, reforça que a arte judicial de decidir não compactua “com decisionismos, nem que sejam *pro reo*” (Pinho, 2013, p. 101), exige-se, portanto, que a atividade judicante nos estados democráticos de direito seja submetida a controles de diferentes esferas. Dessa forma, “o juiz criminal há de ter constrangimentos, inclusive quando toma uma decisão favorável ao imputado” (Pinho, 2013, p. 102). Nessa linha, o fato de a decisão judicial ser adotada em prol dos direitos fundamentais do acusado não funciona como argumento válido para assegurar a legitimidade do julgado.

Dito isso, repara-se que a grande celeuma está em diferenciar o que é discricionariedade judicial do que é arbítrio decisionista. Tratar as terminologias como equivalentes pode enveredar o intérprete pelo caminho dos equívocos. Sem embargo, sabe-se que o próprio conceito de discricionariedade “é circunstancial, isto é, tem seu conteúdo em grande parte determinado por circunstâncias temporais e espaciais, traduzidas em diferenças político-jurídicas” (Alvim; Dantas, 2019, p. RB-2.20). O problema, então, reside no fato de que, atualmente, parece ser dominante a alguns juristas pátrios “a interpretação de que a

discricionariedade nada mais é do que um permissivo para que o juiz decida conforme sua vontade” (Abboud, 2024, p. RB-3.28), conceito que denota certa confusão com o arbítrio decisionista. Essa ótica é refutada pelo sistema garantista, pois a discricionariedade e o decisionismos são aspectos distintos da interpretação judicial; a discricionariedade pode ser dotada de legitimidade, já o decisionismo será sempre ilegítimo.

No entanto, o garantismo penal admite ser contraditório os espaços de discricionariedade e, por esse motivo, visa mitigá-los com a estrita jurisdicionalidade e a estrita legalidade; porém, reconhece que nem mesmo o melhor dos sistemas é capaz de afastar a discricionariedade judicial por completo: “naturalmente nenhum poder pode ser puramente jurídico, isto é, inteiramente predeterminado pela lei e totalmente privado de discricionariedade” (Ferrajoli, 2002, p. 747). Portanto, na lógica garantista, a discricionariedade judicial possui margens em que o intérprete não incide em arbítrios. Mesmo no âmbito do direito criminal em que a taxatividade é uma garantia contra os arbítrios punitivos, Ferrajoli entende existir “três espaços fisiológicos e insuprimíveis de discricionariedade judiciária” (Ferrajoli, 2022, p. 42), os quais ele denomina de poder de qualificação jurídica, de poder de verificação factual e de poder equitativo de conotação. O poder de qualificação jurídica “corresponde aos espaços de interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal” (Ferrajoli, 2022, p. 42). O poder de verificação factual “corresponde aos espaços da ponderação dos indícios e dos elementos probatórios” (Ferrajoli, 2022, p. 42). O poder equitativo de conotação “corresponde aos espaços da compreensão e ponderação dos fatos conotados singulares e irrepetíveis de cada fato, mesmo se todos igualmente subsumíveis na mesma figura legal” (Ferrajoli, 2022, p. 42). A atuação do intérprete nesses espaços insuprimíveis de discricionariedade revelam a importância do desenvolvimento de uma adequada argumentação teórica, que assegure a coerência, a integridade e a racionalidade dos fundamentos da decisão judicial.

Por evidente, caso se adote o cognitivismo e/ou a hermenêutica como fontes de controle da decisão, o intérprete certamente disporá de elementos para reduzir a discricionariedade judicial. Contudo, parece ser contraproducente pensar que, mesmo com a utilização de ambos os métodos, será capaz de inibi-la por completo. Conforme demonstrado em tópico anterior, a equidade é um dos poderes judiciais à disposição do magistrado no momento de decidir. Ainda que o sistema garantista pretenda tecer justas amarras nas prescrições legais para reduzir os espaços discricionários, especialmente no exercício dos

poderes denotativo e de verificação probatória, ele compreende ser inviável, no poder conotativo, a recusa da discricionariedade judicial voltada ao respeito da dignidade humana, porquanto “plenamente legítima e pertinente, ao ser uma dimensão epistemológica constitutiva da jurisdição” (Ferrajoli, 2002, p. 132).

Em contrapartida, Ferrajoli defende que o decisionismo, na acepção de discricionariedade não legitimada (potestativa), está atrelado a verdade substancial, as orientações autoritárias, a falta de fundamentos empíricos e a subjetividade dos pressupostos da sanção (Ferrajoli, 2002, p. 36). O uso do poder até pode se iniciar de forma discricionária, mas, caso o intérprete ultrapasse a faixa limite, verá o poder se convertendo em poder potestativo, “que é, todavia, um poder ilegítimo” (Ferrajoli, 2022, p. 46). Com isso, o aplicador da lei deve sempre realizar a autocontenção do poder impedindo que o exercício da jurisdição invada a competência política das funções de governo. Portanto, a lógica garantista entende inviável considerar equivalentes o decisionismo e a discricionariedade judicial.

É válido dizer que para essa teoria o uso da discricionariedade não significa a admissão do *direito livre*, ou seja, o direito arbitrariamente exercido por seu intérprete. Por tal razão, no garantismo os princípios ético-políticos incorporados à Constituição devem ser interpretados como mecanismos redutores da discricionariedade, uma vez que somente serão válidas as interpretações compatíveis com o texto constitucional (Ferrajoli, 2022, p. 46). A análise individualizada das questões jurídicas exige do julgador pronta resposta fundamentada, pois a fundamentação opera “como um instrumento de fiscalização contra abusos” (Carvalho, 2020, p. 312). Como se observa, a discricionariedade do sistema garantista “exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição” (Ferrajoli, 2022, p. 48), uma vez que a legitimação da jurisdição não reside na discricionariedade, mas sim no cognitivismo.

É certo que toda intervenção judicial na esfera penal deve estar sujeita a constrangimento e a controle, características as quais são inerentes à prestação jurisdicional nos estados democráticos. Não se observa no garantismo a defesa de uma discricionariedade não legitimada, mas sim aquela “que se realiza o respeito à pessoa humana em julgamento” (Ferrajoli, 2002, p. 132). Por tal razão, depreende-se que “nos momentos da definição e da quantificação da pena, o ato judicial depende de uma exposição clara e objetiva dos elementos concretos, referenciados na prova, que justificaram determinada conclusão” (Carvalho, 2020, p. 312). A racionalidade, a clareza dos fundamentos e a coerência dos pressupostos que

legitimam a pena são exigências inafastáveis do sistema garantista; ora “ainda que o sistema jurídico fosse totalmente irracional, caberia ao juiz racionalizá-lo, pois sua função é a de apresentar uma quantidade clara e precisa de pena” (Carvalho, 2020, p. 313).

No sistema garantista, a tarefa judicial de fixação do *quantum* da pena apresenta notórios desafios, reconhece-se precipuamente a dificuldade de eliminar os aspectos valorativos das circunstâncias judiciais, integrantes da primeira fase, que devem se acautelar dos subjetivismos do magistrado; para esse desafio em específico: “o caminho proposto por Ferrajoli passa, primordialmente, pela depuração da linguagem utilizada pela lei, ou seja, por maior precisão semântica por parte do legislador” (Campos; Coura, 2024, p. 117). Contudo, deparando-se com a omissão legislativa, torna-se essencial que o processo de individualização da pena esteja calcado na racionalidade e na motivação.

Aliás, faz-se imprescindível ao juiz a noção de que a discricionariedade judicial admitida pelo garantismo é de natureza restritiva, ou seja, voltada à tutela dos direitos fundamentais, em especial, daquele que está sob julgamento, “o problema da determinação da pena pelo juiz identifica-se em grande parte com o problema dos espaços de discricionariedade atribuídos à função judicial” (Ferrajoli, 2002, p. 323). Para o garantismo, o alargamento potestativo da discricionariedade fatalmente converte a reprimenda em arbítrio/decisionismo. Diante de juízos axiológicos, inexistente controle certo e objetivo, o que leva esse modelo teórico a proclamar que a discricionariedade da sentença penal seja apreciada no plano do método e no plano do conteúdo. No plano do conteúdo, “o objeto da conotação judicial deve limitar-se ao fato que está sendo julgado e não se estender em considerações estranhas a ele” (Ferrajoli, 2002, p. 326). No plano do método, as premissas valorativas utilizadas devem ser explicitadas, sem se socorrer de critérios vagos, e a fundamentação deve ser construída com argumentações pertinentes.

No que atine às técnicas decisórias, o ordenamento jurídico brasileiro traz previsões normativas que indicam o dever judicial de decisão, entre elas, é possível citar a inafastabilidade de jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV), os mecanismos integradores (LINDB, art. 4º) e a ausência de escusas para decidir (CPC, art. 140). Tais dispositivos revelam a proibição de juízos de *non liquet*. Entende-se, portanto, haver a obrigatoriedade de proferir decisões por parte do Poder Judiciário, “se o juiz pudesse deixar de decidir, os conflitos sociais não seriam solucionados e a própria configuração do Estado restaria comprometida” (Koatz, 2015, p. 174). Considerado o referido ônus, é razoável defender que o processo

decisório se cerque de métodos, instrumentos e/ou ferramentas que possam subsidiar a racionalidade da decisão a ser tomada. Especificamente, objetiva-se reduzir os equívocos e maximizar os acertos com o fito de alcançar o melhor resultado possível na solução da questão. Contudo, é prudente considerar que “a decisão judicial não decorre da pura aplicação da lei considerando um dado caso concreto” (Direito, 2001, p. 49); o julgador, no alcance da resposta adequada, deverá se esforçar para bem identificar o objeto da causa, para verificar se as premissas fáticas se adequam ao direito pleiteado, para realizar um cotejo crítico das contraposições postas pelas partes, além de refletir sobre as consequências práticas da decisão que irá proferir.

Logo, a aplicação de determinada técnica decisória pressupõe a utilização de regras e estratégias para a tomada de decisão, a importância dessa concepção reflete no fato de que “as regras permitem que os atores criem expectativas uns sobre os outros e, assim, sejam capazes de induzir resultados específicos” (Schaitza, 2022, RB-2.1); além de criar para o julgador vínculos de constrangimentos, caso deixe de aplicá-la quando diante de situações equivalentes. A técnica decisória perpassa pela identificação do problema, pela escolha da estratégia de solução e pela explicitação racional das premissas da decisão. O processo de confecção das Sentenças e dos Acórdãos baseia-se na racionalidade e, caso pretenda ser considerado técnico, é indispensável que os caminhos percorridos pelo Órgão judicial na escolha da solução jurídica para o caso sejam explicitados. Ao enfrentar o problema jurídico, o magistrado, ante a possibilidade ou não de incidência de determinada técnica decisória, deve indagar se o seu emprego “é necessário para a decisão correta, é imprescindível que a Corte discuta, decida e justifique a técnica de decisão” (Marinoni, 2022, RB15.20); a superação do desafio da justificação adequada é, rigorosamente, aquilo que poderá diferenciar uma técnica decisória de uma intervenção judicial decisionista, visto que a técnica se distingue por apresentar integridade, coerência e respeito aos princípios constitucionais.

Na órbita do direito criminal, a concepção interpretativa na incidência da sanção penal operada no presente estudo considera que o “juiz não julga o tipo de delito, que é uma questão legislativa, mas o delito concreto, singular e não repetível, e portanto deve entendê-lo em sua especificidade” (Ferrajoli, 2002, p. 129). Nessa senda, soa pertinente destacar que o processo de tomada de decisão pode não se limitar às regras jurídicas que encontram respaldo no método dedutivo; por vezes, o julgador será desafiado a realizar interpretações se socorrendo de técnicas “principiológicas para a resolução de casos para os quais o sistema normativo não

oferece um regra” (Alberto, 2019, p. 127); esse exercício próprio da atividade judicante é fundamental diante da pluralidade de realidades que são apresentadas ao crivo do juiz.

A intervenção judicial visa solucionar o conflito, mas o que fazer se as normas legais preestabelecidas forem insuficientes para legitimar a resposta penal em consonância com os princípios constitucionais? Contentar-se com a declaração de invalidade da norma, conforme propõe o juspositivismo, nem sempre será suficiente para a solução da questão. O uso de técnicas judiciais de decisão amparadas no juízo de ponderação trazem maior flexibilidade para o julgador, pois permite o alargamento dos elementos interpretativos à sua disposição. Pesquisas acadêmicas têm sustentado que “a técnica decisória da ponderação de princípios e valores jurídicos, além de inexorável na atualidade, é de grande valia para o sistema normativo vigente” (Neto, 2016, p. 165). Ora, soa irresponsável não reconhecer o fato de que o constitucionalismo contemporâneo estabeleceu forte influência nas fontes de legitimação do direito e, bem como, o fato de que a Constituição detém centralidade nos ordenamentos jurídicos atuais. Logo, é importante refletir sobre as opções jurídicas disponíveis aos Órgãos judiciais no constitucionalismo brasileiro.

2.4 Constitucionalismo: diálogos sobre o papel do julgador na interpretação do direito

De início, destaca-se que a discussão sobre o papel dos julgadores na interpretação do direito não é tarefa fácil, assim, esclarece-se que os resultados alcançados em determinada pesquisa podem apresentar divergências a depender da corrente jurídico-filosófica adotada. O tópico parte do positivismo crítico de Luigi Ferrajoli e estabelece contrapontos a algumas das atuais e predominantes vertentes filosóficas, a exemplo do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo. Outrossim, entende que a interpretação judicial e a criação judiciária são instrumentos que merecem a atenção dos julgadores, motivo pelo qual pretende demonstrar a percepção do sistema garantista quanto aos limites da discricionariedade na interpretação do direito e à adequada utilização dos princípios. Adotado esse parâmetro, toma por base que o verdadeiro problema está nas margens de discricionariedade, nos modos de uso, na ausência de regras e limites, além da plena aceitação dos princípios como instrumento de criação do direito por obra dos juízes e tribunais. O referencial teórico deste estudo, enquanto modelo jurídico, reconhece a positivação de variados princípios ético-políticos nos textos constitucionais, os quais servem de guia para a produção normativa e para a aplicação do direito. Nessa diretiva, os princípios configuram-se “como um sistema de limites e de

vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade” (Ferrajoli, 2022, p. 22).

Na filosofia garantista, pode-se dizer que o *dever ser* é expressado no plano constitucional e o *ser* no plano infraconstitucional (Ferrajoli, 2022, p. 22). Portanto, as regras estabelecidas na constituição condicionam a atividade legislativa e a validade das demais normas produzidas. Essa diferenciação traz algumas consequências na aplicabilidade das normas jurídicas, visto que nem todas as leis vigentes, isto é, aprovadas segundo as regras do processo legislativo serão consideradas válidas, “porque incompatíveis com as normas substanciais sobre a sua produção” (Ferrajoli, 2022, p. 22). A incompatibilidade com aquilo que está prescrito no texto da Constituição ocasiona a invalidade da norma, ainda que ela esteja vigente. Rememora-se, ainda, o fato de o sistema garantista realizar um jogo de significados e de semântica dos princípios constitucionais para limitar a discricionariedade do julgador, mas também do paradoxal reconhecimento de que, na prática, todos os ordenamentos jurídicos admitem certo grau de discricionariedade. Nesse norte, “Ferrajoli toma a discricionariedade como um dado inexorável que, em seu modo de ver, é fruto da natureza linguística das normas constitucionais que são objeto de interpretação e, em particular, de seu grau de indeterminação” (Pinho, 2013, p. 107).

A pesquisa entende, igualmente, ter ocorrido a superação do antigo paradigma exegético em que prevalecia o *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere potest* (onde a lei não distingue, o intérprete não deve distinguir). Argumento propício do tempo em que a equivalência entre a razão legislativa e a razão jurídica eram os eixos norteadores de aplicação das normas. Ora, o pensamento da *École de l'exégèse* deixou claro ao magistrado que “a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei” (Bobbio, 1995, p. 87). Em termos mais contundentes, o juiz era pensado como mero aplicador (juiz boca da lei) e não propriamente como intérprete, mormente pelo predomínio do entendimento de que “os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este já não tem por missão fazer o direito, pois o direito está feito. Acabou a incerteza: o direito está escrito nos textos autênticos” (Laurent, François *apud* Lima, 2008, p. 110). Como se observa, a criação jurídica se constituía em atividade eminentemente legislativa e nunca judiciária, ao magistrado incumbia seguir a vontade da lei sem qualquer tipo de inovação. Em consequência, depreende-se que o julgador não dispunha de espaços interpretativos para a

utilização de qualquer elemento valorativo e/ou externo à lei na aplicação das normas jurídicas.

Essa concepção do positivismo exegético (legalista), fruto da propagação dos códigos nos países ocidentais, fomentou o “princípio da certeza do direito” (Bobbio, 1995, p. 79), isto é, estabeleceu um critério seguro tanto para os operadores do direito quanto para os violadores da norma, posto que as consequências de eventuais ações comportamentais estavam previamente previstas em um corpo estável de leis. Portanto, ganhou força, dentro dessa escola, o ideal de segurança jurídica que “faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei” (Bobbio, 1995, p. 80). Todavia, faz-se prudente ressaltar que esse modelo interpretativo mecanicista, por vezes, ocasionou a ineficácia das respostas judiciais para inúmeros casos submetidos aos pretórios. Foi, justamente, a incapacidade resolutiva da lei para os diferentes casos submetidos à análise do Poder Judiciário que fomentou a fase de declínio da interpretação exegética, posto que a etapa final desta escola teve “como ponto nevrálgico a discussão acerca das lacunas na lei e como o juiz deveria agir em tais casos” (Filha; Cavalcante; Batista, 2022, p. 9192).

À vista desses desafios, Geny defendeu que o juiz não deveria pensar na lei como única fonte interpretativa (Filha; Cavalcante; Batista, 2022, p. 9194). Ao reabrir o direito para além do legalismo, com o fito de assegurar voz a interpretação dos magistrados, François Geny, na obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de 1899, enfrentou as bases exegéticas predominantes ao longo do século XIX com o objetivo de trazer a cientificidade para a interpretação judicial. Permeando caminho semelhante, o sistema garantista pressupõe a superação do positivismo legalista, o qual Ferrajoli denomina de modelo paleo-juspositivista, especialmente pelo fato de que houve, no âmbito das Constituições, a positivação de princípios estabelecendo um sistema de limites e de vínculos para “todos os poderes e que devem ser garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade” (Ferrajoli, 2022, p. 22). Logo, o estudo e os consequentes questionamentos aqui exarados dá por superado o dogma do “juiz boca da lei”, pois revelam que “o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais” (Cappelletti, 1999, p. 32).

No Brasil, os Órgãos judiciais foram revestidos de poder para efetivar o núcleo central da constituição mediante a salvaguarda dos direitos fundamentais e o momento mais adequado para o exercício dessa árdua tarefa tem sido o da apreciação dos casos concretos (controle difuso). O pensamento pós-positivista tem apregoado que os juízes “são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito” (Cappelletti, 1999, p. 74). Inevitavelmente, após a provocação, o magistrado deixa de lado a natural passividade da jurisdição com o objetivo de encontrar um deslinde para o caso em análise, que nem sempre será solucionado com o juízo de subsunção das regras jurídicas. Quanto a ausência de estrita submissão do julgador à lei, pertinentes às indagações realizadas por Lenio Streck: “o positivismo está esgotado? O neoconstitucionalismo veio para superar o positivismo? Qual é o papel da jurisdição? Há espaço para o assim denominado “ativismo judicial”?” (Streck, 2022, p. 53). Logo, é factível questionar se os princípios, muitas das vezes flexíveis e abertos, podem ser o paradigma da resposta judicial que, para além de interpretar, ensejará a criação *ex novo* do direito. Ferrajoli aponta que “o paradigma principialista se afirmou, sobretudo, no Brasil, onde arrisca produzir os maiores desequilíbrios no sistema dos poderes públicos” (Ferrajoli, 2022, p. 215). Diante dos desafios interpretativos na análise do ordenamento jurídico brasileiro neste século, pensa-se nos óbices enfrentados pelos Órgãos judiciais que terão de realizar escolhas, por vezes, dotadas de certo grau de discricionariedade, mas não necessariamente de arbitrariedade.

A discricionariedade judicial possui diferentes margens de atuação a depender da lente escolhida para realizar a interpretação jurídica, “enquanto o garantismo tem como objetivo a redução do poder judiciário ilegítimo através da redução dos espaços excessivos e patológicos da indeterminação da linguagem legal, o principialismo parece favorecer o seu crescimento” (Ferrajoli, 2022, p. 230). No âmbito do sistema garantista, deve-se perquirir os vínculos e limites impostos pelo positivismo crítico aos julgadores na interpretação do constitucionalismo contemporâneo. O jurista florentino reflete a respeito dos referidos vínculos, mormente pelo fato de que o constitucionalismo decidiu positivar uma série de princípios ético-políticos advindos do direito natural. Essa particularidade do sistema constitucional transformou os princípios em fonte de legitimação ou de deslegitimação jurídica interna das demais normas. O constitucionalismo garantista compreende que “a reparação das lacunas e das antinomias que se manifestam não é confiada ao ativismo interpretativo dos juízes” (Ferrajoli, 2022, p. 31), ou seja, a superação de lacunas e de

antinomias deve ser fruto da atividade legislativa ou do exercício da jurisdição constitucional, mediante a estrita observância da lei à luz dos princípios incorporados ao texto constitucional. Ao revés, a lente pós-positivista converte o Poder Judiciário “de poder de aplicação da lei por meio de provas e interpretações, em poder dispositivo de criação de novo direito, tendencialmente arbitrário e ilegítimo, porque em contraste com o princípio da sujeição à lei” (Ferrajoli, 2022, p. 247).

Para o garantismo, os princípios constitucionais subdividem-se em diretivos e reguladores. Os princípios diretivos expressam valores e objetivos de caráter político, dos quais não se identifica, ao menos, explicitamente a observância ou inobservância (Ferrajoli, 2022, p. 34). Por sua vez, os princípios reguladores estabelecem limites e vínculos gerando expectativas normativas específicas e determinadas, razão pela qual não se deve deixar de observar tais princípios insertos na carta constitucional como cogentes, visto que as possíveis refutações quanto a essa lógica causam interferências na aplicabilidade das demais normas, pois promove “o ofuscamento do alcance normativo dos princípios constitucionais” (Ferrajoli, 2022, p. 39). Por isso, critica a formulação realizada por Ronald Dworkin e trabalhada por Robert Alexy na defesa de um constitucionalismo principialista, posto que estes autores realizam a distinção entre regras na qualidade de normas sujeitas ao juízo de subsunção e princípios na categoria de normas sujeitas ao juízo de ponderação.

Em oposição, Ferrajoli defende que os princípios constitucionais reguladores não podem ser desprovidos do juízo de subsunção, visto que essa acepção leva ao enfraquecimento da esperada força vinculante, aproximando-os de princípios morais, “cujo respeito, quando estão em conflito entre eles, é remetido à discricionariedade argumentativa do intérprete” (Ferrajoli, 2022, p. 40). Assim, entende que a maior diferença entre os princípios e as regras jurídicas está na forma em que são formuladas. Os princípios são constituídos “com base no seu respeito, e não na sua violação” (Ferrajoli, 2022, p. 35), no intuito de demonstrar o alcance desse entendimento, o professor italiano se socorre de exemplos que bem se encaixam no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, em que a observância das regras jurídicas atinentes ao homicídio se relaciona com o respeito ao princípio do direito à vida, a observância das regras jurídicas relativas ao furto demonstram o respeito ao princípio de preservação da propriedade privada e assim por diante. Com isso, conclui ser factível afirmar que “por trás de cada regra existe um princípio” (Ferrajoli, 2022, p. 35). De modo semelhante, Streck assevera inexistir a regra jurídica “sem um princípio

instituidor” (Streck, 2022, p. 62). Essa certificação teria o condão de endossar o caráter vinculante dos princípios reguladores os aproximando do juízo de subsunção.

Sobre o juízo de ponderação, Ferrajoli esclarece reconhecer a importância dessa espécie de juízo, mas observa existir, no cenário atual, uma excessiva ampliação desse papel de forma que a ponderação teria se tornado “uma espécie de bolha terminológica, tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo quanto no nível jurisdicional” (Ferrajoli, 2022, p. 43). No plano legislativo, diante de princípios constitucionalmente expressos, não cumpre ao legislador ponderar sobre quais princípios devem prevalecer ou ceder, tanto pela ótica da hierarquia das fontes, quanto pelo risco de se derogar o preceito fixado na Constituição. Nesse norte, defende que os direitos fundamentais apresentam posição de sinergia uns em relação aos outros, sendo despreciosa a ponderação que limita ou até mesmo sacrifica um princípio em prol de outro (Ferrajoli, 2022, p. 44). No plano jurisdicional, a problemática da ponderação reside no alargamento da discricionariedade visto que o juízo exercerá alta carga valorativa na escolha de qual dos princípios deve se sobrepor ao outro, essa ampliação demasiada da discricionariedade “arrisca comprometer não apenas a submissão do juiz à lei, mas também, como observou justamente Riccardo Guastini, os valores da certeza e da igualdade perante a lei” (Ferrajoli, 2022, p. 45). Logo, a filosofia garantista entende ser equivocado o exercício da ponderação nos termos aqui postos (princípio que cede em favor de outro).

Inevitavelmente, o exercício da jurisdição é dependente do direito preexistente, ora basta se pensar que a fonte de legitimação dos poderes jurisdicionais advém da lei. No entendimento garantista, criação judicial e interpretação judicial são fenômenos antagônicos: “onde há interpretação, não há criação, assim como onde há criação, não há interpretação, mas apenas produção ilegítima de novo direito” (Ferrajoli, 2022, p. 264). A legitimidade do poder judicial está arraigada, sobretudo, no cognitivismo, modelo que se ancora na legalidade e pressupõe a objetividade e racionalidade das decisões judiciais, mediante a máxima exclusão de elementos valorativos. O cognitivismo admite certos espaços de discricionariedade por serem inevitáveis, mas não os deseja, portanto, conclui que “o grau de decidibilidade da verdade jurídica de uma decisão judicial é diretamente proporcional ao grau de taxatividade das normas por ela aplicadas e inversamente proporcional ao espaço exigido à argumentação interpretativa” (Ferrajoli, 2022, p. 246). Dado esta característica, entende ser

necessário promover “uma linguagem legislativa e constitucional o mais rigorosa possível” (Ferrajoli, 2022, p. 49). Logo, a aplicação das normas necessita evitar, tanto quanto possível, os subjetivismos axiológicos do julgador.

O princípio regente dos Estados de Direito, ainda hoje, é o da legalidade. Isso significa que “entre os fatores mais graves da discricionariedade judicial e do crescente papel da argumentação, está a crise da linguagem legal, que chegou a uma verdadeira disfunção” (Ferrajoli, 2022, p. 49), essa disfunção dos textos legais pode ser sintetizada na imprecisão e ambiguidade das normas, na obscuridade, na contradição e na inflação legislativa. Daí, a grande problemática dos pós-positivistas principialistas reside na plena aquiescência com esta estrutura normativa imperfeita, que ocasiona vícios jurídicos, “porque violam os princípios da separação dos poderes e da submissão dos juízes à lei, comprometendo, assim, a preservação de todo o edifício do estado de direito” (Ferrajoli, 2022, p. 50). Para o sistema garantista, o modelo pós-positivista da ponderação leva ao enfraquecimento e ao colapso normativo dos princípios constitucionais, transformando-os em armas da discricionariedade potestativa dos juízes. Acolhida a referida distorção, a ciência jurídica e a jurisprudência, “graças ao papel associado à ponderação dos princípios, voltam assim a reivindicar o seu papel de fontes supremas do direito” (Ferrajoli, 2022, p. 50). O uso potestativo da discricionariedade reforça a expansão do poder judicial e, com isso, mitiga a sua fonte de legitimidade e o esperado equilíbrio entre os poderes.

No pós-positivismo, a criatividade jurisprudencial se desenvolve como nova fonte de legitimação do direito e inevitavelmente tende a desancorar os juízes da submissão à lei. Diante da contínua desfiguração da legalidade como baliza regente, questiona-se, então, se haveria uma crise do Estado de Direito? Ora, a tese da jurisprudência como fonte, nos sistemas de “*civil law*, se mostra inadmissível para a abordagem garantista” (Ferrajoli, 2022, p. 221). Os sistemas de *civil law* reservam a produção normativa aos órgãos legislativos ou às instituições de natureza política. Por conseguinte, “os precedentes jurisprudenciais, em suma, possuem nos nossos sistemas o valor de argumentos persuasivos, mas não valor de lei” (Ferrajoli, 2022, p. 222). Na *civil law*, o precedente é um elemento de valor que pode até funcionar como mecanismo de uniformidade interpretativa em decorrência do princípio da igualdade perante a lei. Todavia, não deve ser pensado como fonte de legitimação do direito. A acepção garantista refuta a acomodação e defende a assunção de certas responsabilidades pela ciência jurídica; logo, parece impróprio que esta se limite a constatar e legitimar aquilo

que acontece somente porque acontece (realismo jurídico). Os grandes legados do positivismo jurídico são a “projeção e transformação do direito” (Ferrajoli, 2022, p. 259), a segurança jurídica, bem como, a submissão da política à legalidade e, por tal razão, merecem ser preservados.

O positivismo de Ferrajoli defende que a argumentação serve para sustentar a opção decisória realizada pelo juízo. Contudo, é preciso distinguir as duas formas de argumentação, a saber, a interpretativa e a equitativa. A interpretativa “tem como objeto a lei” (Ferrajoli, 2022, p. 270), já a equitativa tem por objeto as “características singulares, valoradas como relevantes, que fazem do fato julgado um fato diferente de todos os outros” (Ferrajoli, 2022, p. 270). Em outros termos, a argumentação interpretativa se refere às normas, enquanto a argumentação equitativa se atine aos fatos. Por exemplo, o delito de furto na forma como se apresenta na lei, isto é, em abstrato, consiste na subtração de coisa alheia móvel. Em regra, no campo da denotação (argumentação interpretativa), pouco importa para a norma se o imputado subtraiu uma maçã ou se subtraiu um diamante avaliado em milhões de dólares. Entretanto, no campo da conotação (argumentação equitativa), importa saber todas as nuances fáticas e singulares que circundam a violação do tipo penal. A argumentação equitativa compõe, portanto, “uma dimensão insuprimível e fisiológica do juízo, completamente independente da interpretação da lei e de sua argumentação” (Ferrajoli, 2022, p. 271). É evidente que a lei até pode nominar e individualizar boa parcela de fatos e circunstâncias que podem ocorrer durante a conduta delitiva, mas, para a lei, é admissível a omissão de algumas. Porém, a valoração jurisdicional não pode se omitir frente aos desafios de apreciar as circunstâncias nominadas e inominadas. Diante disso, a argumentação equitativa deve compreender todas “as conotações singulares e específicas, mesmo se não previstas, porque nem todas são previsíveis, pela lei” (Ferrajoli, 2022, p. 272).

Estabelecidos tais parâmetros, a pesquisa define transparente ponto de partida (garantismo penal e positivismo crítico) para as reflexões vindouras.

3 PENA MÍNIMA: DISCUSSÕES QUANTO À (IN)VIABILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL

A proposta deste capítulo é enunciar problemáticas que circundam a prática penal no que tange à possibilidade ou não de flexibilização judicial da pena mínima. Inicialmente, tem-se que a discussão a respeito do limiar legal da pena não é tão simples, já que não há vedação absoluta à sua redução, considerando que as normas preestabelecidas contam com circunstâncias atenuantes que “sempre atenuam a pena” e, também, com minorantes. Em trabalho acadêmico, foi dito que “a presença de uma pena mínima na legislação criminal não nos diz imediatamente nada de definitivo sobre o seu estatuto: se ela é simplesmente indicativa (facultativa) ou obrigatória e, se ela é obrigatória, sob que condições” (Machado, 2009, p. 6). Dessa forma, demonstra-se pertinente a indagação a respeito da pretensa rigidez contida nos preceitos secundários dos tipos penais: será que a limitação completa da discricionariedade judicial na dosimetria da pena é realmente propícia para todos os casos debatidos pelos pretórios, ou o mais adequado seria possibilitar alguma margem discricionária ao julgador para aquilatar a situação fática submetida a julgamento e, se for o caso, equilibrar a pena por intermédio da incidência de atenuante genérica ou de “minorante inominada”?

Um dos teoremas garantistas proclama o *nulla poena sine lege* (T11), do qual é factível extrair que a justificação da pena advém da lei. Contudo, o ordenamento jurídico deve ser entendido como um sistema complexo, marcado por diferentes normas que, de modo semelhante, merecem ser acatadas. O desafio do intérprete, portanto, consiste na preservação máxima da integridade do ordenamento, de modo a não sobrepujar a racionalidade do sistema normativo. No entanto, é preciso recordar que o teorema seguinte estabelece ser *nulla poena sine necessitate* (T12), isto é, as penas se justificam em consonância com a sua necessidade. E qual seria a lógica dessas reflexões para a pesquisa? Pela lente do referencial teórico, a legitimidade da pena está diretamente atrelada à previsão em lei e, também, à necessidade. É claro que essa acepção de teor utilitário traz consequências práticas para a interpretação, pois o juiz não se apresenta mais na qualidade de mero aplicador formal da regra jurídica; pelo contrário, desde a superação do positivismo exegético, exige-se a criticidade sobre todos os aspectos que circundam a sanção penal, inclusive o quantitativo.

Consequência disso é que, em contraposição ao plano normativo-abstrato do legislador, o magistrado, após realizar a dosimetria da pena, pode chegar à conclusão de que o patamar mínimo estabelecido em lei está em descompasso com aquele que seria o adequado

para o caso concreto submetido a julgamento. Nessa senda, faz-se prudente destacar que a pena mínima estabelece o limiar legal e não o limiar fático: “por exemplo, na pena mínima de multa o valor nunca aparece no formato “um real” e, na pena de prisão, nunca aparece como “um dia” de prisão” (Machado, 2009, p. 12). Como se vê, no plano da realidade fática, o intérprete sempre dispõe de maior margem do que a fixada no preceito secundário do tipo penal. Em que pesem as potenciais controvérsias jurídicas geradas por essa simples constatação, facilmente se nota que o órgão judicial não pode, simplesmente, ignorar a possibilidade de contraposição entre a pena mínima estabelecida pelo legislador (T11) e a pena adequada (T12) para a repreensão do caso submetido a julgamento.

Por decorrência, importa saber a posição a ser adotada pelo intérprete, visto que ele possui algumas alternativas para lidar com a questão da pena mínima desproporcional à conduta delitiva¹⁴. A primeira circunscreve-se ao acatamento integral do patamar mínimo do tipo penal fixado pelo Congresso Nacional, órgão que tem a aptidão de expressar, em nome da sociedade, os parâmetros da sanção almejada. Nessa vertente, os princípios vetores da decisão são a legalidade e a segurança jurídica. O direito positivo fica responsável por estabelecer todas as premissas e os pressupostos da pena, incumbindo ao magistrado a aferição do juízo de subsunção. O legislador dita as regras normativas, e o magistrado se limita a fazer com que elas sejam cumpridas. Seguindo esta opção, a intervenção judicial é realizada na condição de fonte subordinada, pois parte do pressuposto de que o crivo de adequação do patamar mínimo já foi previamente resolvido pelo legislador. Nota-se que a margem interpretativa disponível é reduzida. Bobbio ensina que, nessas condições, “o poder judiciário, [...], não é uma fonte principal (ou fonte de qualificação) do direito” (Bobbio, 1995, p. 171).

Com base nisso, soa plausível a denominação que ora se propõe, no sentido de que a *primeira alternativa* do intérprete se constitui em *respeitar a linha* da pena cominada no preceito secundário pelo legislador. A exegese do juiz visa convalidar a vontade legislativa, de modo que a intervenção judicial deve obedecer aos parâmetros legais da sanção, mantendo, portanto, a divisão de funções entre o Judiciário e o Legislativo. Como se identifica, a margem interpretativa do julgador para flexibilizar a pena mínima é limitada às hipóteses legais. Logo, não se espera que o magistrado exerça maiores reflexões sobre a adequação da sanção quando ela estiver em conformidade com o limiar legal e não houver causas de

¹⁴ A análise realizada nos parágrafos subsequentes parte da premissa de que o órgão judicial perpassou pelas três fases da dosimetria sancionatória e chegou à pena mínima. Contudo, ainda assim, no exercício do poder judicial conotativo, verifica que, dadas as circunstâncias dos autos, à pena mínima fere direitos fundamentais em razão da desproporcionalidade entre a conduta e a reprimenda.

diminuição, tendo em vista que a compatibilidade do patamar mínimo já teria sido previamente considerada pela Casa Legislativa na definição do tipo legal e do seu preceito secundário. Aqui, subentende-se que a pena necessária (adequada), sob a ótica judicial para as especificidades do caso concreto, deve ser ignorada. Na verdade, ao esbarrar com o limiar legal, o esperado dessa alternativa disponibilizada ao magistrado é a integral submissão à lei, ou seja, uma postura mais mecanicista e compatível com o positivismo legalista.

A *segunda opção* do intérprete, diante da contraposição entre a pena mínima e a pena adequada, é aquela que Machado denomina de *contornar a linha* (Machado, Garcia, Pires, 2020, p. 26). Nela, o ordenamento é explorado na busca de alternativas jurídicas que assegurem a razoabilidade da decisão, de modo a inviabilizar a aplicação de reprimenda considerada inadequada ao caso concreto. Atualmente, é frequente a realização de releituras da imputação (desclassificação do delito) e/ou das circunstâncias do delito (incidência de causa de diminuição) como estratégias interpretativas (técnicas decisórias) que visam evitar o rigor da sanção estabelecida pelo legislador. A título de exemplo, podem ser citados – isso para ficar apenas sob a égide da Lei nº 11.343/2006 – o estratagema de desclassificar o delito do artigo 33¹⁵ (tráfico de entorpecentes) para o artigo 28¹⁶ (porte de entorpecentes) no intuito de possibilitar o abrandamento da resposta penal¹⁷. Ou ainda, a aplicação da minorante do § 4º¹⁸ do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 para se evitar os rigores punitivos da Lei nº 8.072/1990¹⁹. Com base nas discussões do primeiro capítulo da pesquisa, depreende-se que a segunda opção se aproxima do positivismo crítico, visto que não se acomoda frente ao legalismo obtuso e objetiva realizar a implementação da justiça para o caso concreto.

É importante registrar o fato de Machado, Garcia e Pires entenderem que a hipótese de absolvição “caracterizaria uma forma de contorno da linha mais que uma forma de

¹⁵ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Art. 33: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.”

¹⁶ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.”

¹⁷ Nesse sentido, confira o Acórdão [2007433](#) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. “Art. 33, § 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

¹⁹ Com esse entendimento, confira o Acórdão [2008645](#) do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

cruzamento” (Machado, Garcia, Pires, 2020, p. 25). Contudo, entendemos que, nessa situação²⁰, a absolvição não representa o contorno da linha, e muito menos o cruzamento da linha, pois promove, naquele específico caso, a deslegitimação/desconsideração por completo do preceito secundário. Logo, em vez de contorno ou cruzamento, denota-se mais apropriado tratar esta hipótese como *deslegitimar a linha*.

Deve ficar claro que essa deslegitimação é pontual; não se opera a invalidade da norma no campo da abstração, mas tão somente no campo concreto da aplicação. Por isso, a *terceira alternativa* do intérprete merece ser denominada de *deslegitimar a linha*. A deslegitimação ocorre quando o magistrado, devido ao descompasso da pena mínima com as peculiaridades do caso concreto, opta pela solução mais favorável ao resguardo dos direitos fundamentais do jurisdicionado. Nesta opção, a solução do caso almeja evitar a violação de direitos; para isso, o julgador desconsidera o preceito secundário e absolve o imputado, ainda que os pressupostos para a aplicação da pena estejam satisfeitos. Pode-se dizer que o ato de deslegitimação da linha está correlacionado com a pretensa invalidade da pena mínima para o caso concreto submetido a julgamento. No âmbito da corrente filosófica, é factível afirmar que o positivismo crítico assenta-se bem nessa vertente, porquanto compreende que os princípios incorporados no ordenamento jurídico e, em especial, no texto constitucional são instrumentos de validação (legitimação) ou de invalidação (deslegitimação) das normas inferiores. Diante disso, o rechaço à pena mínima em prol da absolvição, ainda que por discutível via transversa²¹, acaba por repercutir no plano da (in)validade do preceito secundário para o caso concreto.

A *quarta opção* do intérprete consiste em *cruzar a linha* (Machado, Garcia, Pires, 2020, p. 29), com o intuito de viabilizar, fora das permissões legais, a flexibilização judicial do patamar mínimo para que a pena aplicada ao caso concreto não se configure inadequada. A técnica decisória utilizada pelo julgador, em regra, busca auxílio nos princípios fixados pelo legislador no plano constitucional e/ou infraconstitucional. Objetiva-se alcançar a adequação da sanção para não deixar o caso concreto sem a resposta penal. Assim, a celeuma surge ao se cotejar a pena mínima estabelecida abstratamente pelo parlamento com as especificidades do caso em análise, momento em que se torna possível verificar a incompatibilidade da reprimenda com o “princípio da proporcionalidade, previsto constitucionalmente” (Machado, Garcia, Pires, 2020, p. 30).

²⁰ Em que a absolvição ocorre para a sanção não violar os direitos fundamentais do jurisdicionado.

²¹ Considera-se via transversa, pois não se realiza, formalmente, o controle de constitucionalidade.

Na verdade, o órgão judicial parte da premissa de que o legislador dispôs, em outros normativos (e não apenas na legislação penal), sobre princípios que devem servir de sustentação para todo o ordenamento jurídico. A proporcionalidade funcionaria, então, como metaprincípio, “constituindo-se teoria particular da validade das normas infraconstitucionais, com vistas a um maior e mais eficiente resguardo de direitos fundamentais, que não devem ser “arranhados” ou “minimizados”, pela legislação ordinária” (Alvim Netto, 2005, p. 370). Ao se considerar o intento de *cruzar a linha* do patamar mínimo, depreende-se que o intérprete não está a utilizar o princípio na forma de limites e vínculos, consoante propõe Ferrajoli, mas sim no campo pós-positivista, o que nos permite, no campo filosófico, enquadrar a quarta alternativa na teoria da argumentação jurídica trabalhada por Robert Alexy.

Como se nota, o autor propõe o estudo da questão referente ao uso da “minorante inominada” na flexibilização judicial da pena mínima, para fins de futura classificação, por intermédio da consideração destas quatro alternativas à disposição do intérprete: *respeitar a linha*, *contornar a linha*, *deslegitimar a linha* e *cruzar a linha*²². Por pertinente, adverte-se que o termo *linha*, no escopo deste estudo, deve ser subentendido no contexto de conflito da pena mínima com as particularidades do caso concreto e, conseqüentemente, com o resguardo de direitos fundamentais.

Indo além, devido ao objeto da pesquisa que visa aferir a (in)validade da flexibilização judicial da pena mínima por intermédio da “minorante inominada”, entende-se prudente compreender as razões de decidir do Tema 158 (fixação da pena aquém do mínimo legal, em face da incidência de circunstância atenuante genérica) do Supremo Tribunal Federal e, bem assim, do REsp nº 1.869.764-MS do Superior Tribunal de Justiça (proposta de revisão do Enunciado Sumular n. 231). Vale recordar que o citado enunciado atesta a inviabilidade de circunstância atenuante legítima, na segunda fase da dosimetria, a redução da pena abaixo do mínimo legal²³. Entender as objeções de ambas as Cortes, quanto à não aquiescência com a flexibilização do patamar mínimo da sanção, por certo, traz mais subsídios para a criticidade

²² Os referidos termos são trabalhados, de forma autoral, pelo pesquisador com fundamento no positivismo crítico e no garantismo penal de Luigi Ferrajoli. No entanto, a ideia surge a partir das propostas oriundas do artigo acadêmico: *É injusto, mas é a lei: a pena mínima de prisão como obstáculo à pena justa* de autoria dos(as) professores(as) Maíra Rocha Machado, Margarida Garcia e Álvaro Pires. Por isso, faz-se prudente esclarecer que os termos *respeitar a linha* e *deslegitimar a linha* não são mencionados no referido artigo. Além do mais, por transparência, consigna-se que o termo *contornar a linha* é, parcialmente, reconfigurado a partir da proposta de releitura desenvolvida neste estudo.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 231: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

do estudo acerca do uso da “minorante inominada” como técnica decisória na flexibilização judicial da pena mínima.

O aprofundamento sobre a temática no âmbito da segunda fase possibilita, ainda, a diferenciação dos óbices que recaem sobre as atenuantes (próprias da segunda fase de aplicação da pena) e aqueles que incidem nas minorantes (próprias da terceira fase de aplicação da pena). Elucida, também, com exemplos práticos, as dificuldades dos intérpretes em distinguir a “minorante inominada” que, não de modo infrequente, acaba sendo tratada como se fosse a atenuante genérica do artigo 66 do CP²⁴.

3.1 Pena Mínima: aspectos e conclusões do Tema 158 do Supremo Tribunal Federal

O tópico é desenvolvido a partir da pesquisa das informações contidas no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de flexibilização judicial da pena mínima com base na circunstância atenuante genérica do art. 66 do CP (Tema 158)²⁵. Objetiva-se, com isso, identificar os pontos primordiais da tomada de decisão pelo colegiado e, também, escrutinar e discorrer a respeito dos argumentos que lhe dão sustentação. A decisão do STF é de 26/3/2009 e foi adotada em sessão plenária pela unanimidade dos ministros²⁶.

Na análise do Tema 158, o relator do RE 597.270-4-RG-QO/RS, Ministro Cezar Peluso, destaca estar consolidada, desde a década de 70, a jurisprudência de que “as chamadas “atenuantes genéricas”, que intervêm na segunda fase da dosimetria da pena, não têm força para reduzir esta para aquém do mínimo legal” (Peluso, 2009, p. 9)²⁷, não havendo, portanto, motivos para alterá-la. Já no que se refere à possibilidade de flexibilização judicial da pena mínima, o ministro relator asseverou que não são só as minorantes especiais taxativamente previstas que podem indicar a redução da pena para aquém do mínimo legal: “as circunstâncias concretas de cada caso, que não se confundem com as atenuantes genéricas, podem, a meu ver, com o devido respeito, reduzir a pena aquém do mínimo legal. São circunstâncias excepcionais de cada caso concreto” (Peluso, 2009, p. 10). Para o ministro, se o

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Art. 66: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 158 da Repercussão Geral. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2663001&numeroProcesso=597270&classeProcesso=RE&numeroTema=158>. Acesso em: 25/2/2025.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 597.270 QO-RG. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 26 mar. 2009. Disponível em: [RE 597270 QO-RG](https://portal.stf.jus.br/RE597270-QO-RG) Acesso em 25/2/2025.

²⁷As referências de página da citação estão lastreadas no inteiro teor do Acórdão.

juiz se inibir frente às circunstâncias concretas de cada caso, ele, inevitavelmente, irá violar a individualização da pena e o devido processo legal, visto que não terá assegurado ao réu tratamento justo. Entretanto, elucida que o caso em apreço não reflete essas excepcionais circunstâncias.

Como se observa da análise inicial, o primeiro ponto de relevo é a distinção realizada pelo relator entre a atenuante genérica (jurisprudencialmente incapaz de reduzir a reprimenda abaixo do mínimo legal) e as excepcionais circunstâncias concretas de cada caso (perceptíveis como prováveis redutoras do patamar mínimo). O principal argumento utilizado no acórdão para manter a tradicional jurisprudência de inflexibilidade da pena mínima por intermédio da atenuante genérica está relacionado à segurança jurídica, visto que admitir, nesses casos, a possibilidade de redução da sanção para aquém do mínimo legal poderia levar “a um regime em que a discricionariedade judicial conduziria a que se aplicasse pena sem nenhum significado, em termos de política criminal” (Peluso, 2009, p. 11). Algumas lições podem ser extraídas do voto: a primeira é a de que a decisão demonstra cautela com a atuação discricionária dos juízes, pois, caso houvesse a permissão do STF para a quebra da pena mínima pela atenuante genérica, isto poderia estimular os juízes a agirem baseados em sua própria convicção. Quanto a essa possibilidade, o Ministro Marco Aurélio observou que a alteração da jurisprudência ensejaria uma variação incontida nas decisões judiciais, “de acordo com a formação técnica e humanística do julgador, na fixação da pena, uma vez abandonados o piso e o teto previstos para o tipo” (Marco Aurélio, 2009, p. 21).

Porém, não deixa de ser perceptível que aferir as circunstâncias concretas de cada caso, conforme aquiesce o ministro Cezar Peluso, esbarra na mesma problemática, isto é, na discricionariedade judicial, posto que o crivo do julgador, diante do caso que examina, é quem dirá se é recomendável a redução da pena abaixo do mínimo legal. Daí se depreende, a partir do mencionado voto, que a intervenção discricionária, nesta última hipótese (circunstâncias concretas de cada caso), somente justifica a transposição do patamar mínimo se a decisão benéfica almejar a justa individualização da pena e tiver por finalidade a viabilização de questões de política criminal.

Em seu voto, o Ministro Eros Grau, após concordar com o voto do relator, disse que “não se pode substituir a legalidade em matéria penal por uma discricionariedade atribuída ao juiz” (Eros Grau, 2009, p. 16). Indo além, aborda o princípio da proporcionalidade aduzindo que ele não pode ser utilizado para corrigir a lei. Para tanto, esclarece que “a

proporcionalidade só pode atuar no momento da norma de decisão, não no da produção da norma jurídica geral” (Eros Grau, 2009, p. 16), ou seja, a violação da proporcionalidade deve ser aferida diante do caso concreto e não da norma em abstrato. Para o ministro, “o juiz toma das normas jurídicas gerais e então define uma norma de decisão. É o momento da chamada “aplicação concreta”. Só neste momento pode atuar a proporcionalidade” (Eros Grau, 2009, p. 16). Em contraponto, o Ministro Ayres Britto limitou-se a ressaltar que a proporcionalidade também atinge o legislador no processo de constituição das normas jurídicas (Ayres Brito, 2009, p. 18). No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes pontuou que a proporcionalidade está contida na reserva legal (Gilmar Mendes, 2009, p. 24).

Das colocações, infere-se que, na seara penal, a mitigação da legalidade merece ser evitada o tanto quanto possível, pois a atuação discricionária não é desejável. Todavia, há o reconhecimento de distinção entre a norma jurídica geral (estabelecida pelo legislador) e a norma de decisão (fixada pelo julgador). Na vertente do que defende Eros Grau, o uso da proporcionalidade pelo intérprete parece propício para que a norma de decisão seja aplicada de forma adequada. Logo, é viável deduzir que a aplicação da proporcionalidade – excetuada a específica individualização da pena operacionalizada no caso concreto – não gera a derrogação do preceito secundário do tipo penal, que, em sua abstração, continua íntegro e em plena vigência.

Da análise do Tema 158, é possível extrair que não há um fechamento categórico em torno de uma compreensão jurisprudencial que inviabilize por completo a flexibilização judicial da pena com base em circunstâncias não previstas em lei. Pelo contrário, o acórdão da lavra do Ministro Cezar Peluso admitiu, expressamente, o entendimento de que excepcionais circunstâncias do caso concreto, para além das minorantes taxativamente previstas em lei, são capazes de justificar a flexibilização judicial do patamar mínimo da pena. Contudo, é verdade que a decisão deixa em aberto a forma de operacionalização prática dessa possibilidade, visto que não se aprofunda no assunto. O entendimento visa evitar a aplicação de sanção inadequada ao caso e, para tal intento, ampara-se na ideia de proporcionalidade entre a gravidade da conduta delitiva e a repreensão imposta pelo Estado.

No entanto, o uso da proporcionalidade demanda cautela, conforme defende Lenio Streck. Para o professor gaúcho, “não é da subjetividade pura e simples do aplicador que, ad hoc, exsurgirá a (des)proporcionalidade” (Streck, 2022, p. 61). O uso indistinto da proporcionalidade pode levar o intérprete à produção de decisionismos. Logo, denota-se

prudente que a utilização da saída extralegal, admitida por Cezar Peluso, para uma pena justa, esteja acompanhada de elementos concretos aptos a justificá-la. Assim, soa plausível afirmar que, quando o intérprete se resguarda no princípio da proporcionalidade, é essencial que ele tenha lastro objetivo para sustentar a exegese.

Ferrajoli consigna que o raciocínio judicial não é composto apenas pelos aspectos silogísticos próprios dos poderes de denotação e de verificação, pois a prática penal traz infinitas conotações particulares não previstas em lei (Ferrajoli, 2002, p. 125). Todo fato delitivo possui conteúdo informativo particular que será valorado, exclusivamente, pelo juiz. Nesse norte, “legalidade e equidade – referindo-se uma à denotação e a outra à conotação, levadas a cabo no julgamento – podem ser concebidas consequentemente como dois aspectos distintos do conhecimento judicial” (Ferrajoli, 2002, p. 127). O *mínus* jurisdicional não se restringe às circunstâncias legalmente previstas: “além das legais, o juiz tem, contudo, a tarefa de compreender todas as circunstâncias – legalmente imprevisas e a miúdo imprevisíveis” (Ferrajoli, 2002, p. 129). Esse exercício equitativo sobre as circunstâncias não previstas em lei detém, na ótica garantista, a capacidade de influir na medida da pena. O professor florentino defende que essa espécie de poder pode até ser reduzida ou disciplinada, mas jamais deve ser inibida. A carga discricionária inerente ao juízo equitativo, por si só, não possui a capacidade de enfraquecer a decisão; mesmo aqueles que se posicionam de forma antagônica à discricionariade judicial reconhecem que “qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade; deve haver uma justa proporção entre as penas do direito penal” (Streck, 2022, p. 60).

Realizadas as reflexões, detecta-se que a solução do Tema 158 do STF está diretamente relacionada às atenuantes genéricas do artigo 66 do Código Penal, além de revelar certa preocupação dos ministros com as possíveis interpretações discricionárias que, supostamente, se originariam no caso de mudança da tradicional jurisprudência que inadmite a flexibilização da pena mínima na segunda fase da dosimetria sancionatória. Porém, visualiza-se, de forma categórica, que não há diretamente uma inibição do Supremo Tribunal Federal contrária à flexibilização da pena mínima em outras hipóteses, tendo sido externalizada, inclusive, a possibilidade de sobrelevação da lei frente às circunstâncias excepcionais de cada caso concreto. Desse modo, não nos parece impróprio deduzir, na vertente dos argumentos lançados em *obiter dictum*²⁸ ao longo do RE 597.270-4-RG-QO/RS, a aptidão jurídica de que a interpretação quanto à aplicação da pena mínima possa *cruzar a*

²⁸ Pode ser traduzido como: dito de passagem.

linha, em benefício do réu, a fim de que a reprimenda seja proclamada com adequação às peculiaridades do caso concreto.

3.2 Pena Mínima: aspectos e conclusões dos REsp nº 1.869.764-MS do Superior Tribunal de Justiça

O tópico e o subtópico a seguir são desenvolvidos com base em pesquisa realizada a partir das informações contidas no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça²⁹, a respeito da proposta de revisão pela Terceira Seção do Enunciado Sumular n. 231, segundo o qual: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. A análise verifica os fundamentos utilizados pelos julgadores no processo de tomada de decisão, no intuito de identificar e de discutir os principais argumentos que servem para autorizar ou para impedir a flexibilização judicial da pena mínima na segunda fase. De início, cumpre salientar a inexistência de consenso sobre a temática, visto que a decisão final, de 14/8/2024, foi tomada por apertada maioria (5x4)³⁰.

Na proposta de revisão do enunciado, prevaleceu o voto do Ministro Messod Azulay Neto, que manteve inalterado o entendimento que considera inviável a flexibilização judicial da pena mínima na segunda fase. Na análise jurídica da questão, o ministro entendeu que o colegiado do STJ (Terceira Seção) não poderia discordar do precedente fixado no Tema 158 pelo STF, uma vez que “o julgamento de tema na sistemática da repercussão geral denota, a partir da padronização decisória, natureza de precedente vinculante e instrumento importantíssimo de uniformização e segurança jurídica” (Azulay, 2024, p. 68)³¹. Por essa razão, a pretensão de revisitação do Enunciado Sumular n. 231 era indevida. A posição encampada no voto do ministro foi a de que apenas a Suprema Corte é a instituição que detém a legitimidade para enfrentar a matéria. Em suas palavras: “cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, em atenção ao aspecto de coerência e de hierarquia, realizar eventual revisão da tese firmada em repercussão geral” (Azulay, 2024, p. 69/70). Na perspectiva do voto prevalecente, a superação do entendimento ensejaria grande quantidade de reclamações

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.869.764/MS. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 13 jun. 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201902392399. Acesso em 10/02/2025.

³⁰ Votaram a favor da manutenção do Enunciado Sumular n. 231 do STJ os ministros: Messod Azulay Neto, Reynaldo Soares da Fonseca, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT). Pelo cancelamento do referido enunciado votaram os ministros: Rogério Schietti Cruz, Daniela Teixeira, Otávio de Almeida Toledo (Desembargador Convocado do TJSP) e Sebastião Reis Júnior.

³¹ As referências de página da citação estão lastreadas no inteiro teor do Acórdão.

ao STF, comprometendo a estabilidade, a integridade e a coerência do atual sistema de precedentes vigente no direito processual brasileiro.

De início, é importante consignar que a análise do Ministro Messod Azulay se debruça, no primeiro momento, sobre os aspectos formais e deixa clara a concepção de preservação da estabilidade do ordenamento jurídico, no intuito de que a revisão do tema não venha a provocar a multiplicação de demandas no sistema de justiça brasileiro, em virtude de eventual alteração do entendimento jurisprudencial. A ótica do voto pressupõe “a existência de tese em repercussão geral com redação coincidente com o enunciado da Súmula n. 231 do STJ” (Azulay, 2024, p. 69). Nesse passo, defende que a decisão proferida com eficácia vinculante no Tema 158 do STF constitui óbice à reforma do Enunciado Sumular n. 231 do STJ. Portanto, não haveria outra opção para o STJ que não a de respeitar, em razão do *stare decisis* vertical, a tese decidida no Tema 158 do STF. A bem da verdade, mesmo para os que rechaçam a equivalência entre as decisões³², deve ser reconhecida certa semelhança lógico-jurídica entre o que foi decidido no Tema 158 pelo STF e o entendimento do Enunciado Sumular n. 231 do STJ.

Contudo, é necessário ter em conta que o debate judicial a respeito de determinada jurisprudência consolidada não deve ser compreendido como algo ruim e/ou inadequado, ainda que possa ensejar alguma turbacão temporária na prática jurídica. Pelo contrário, de tempos em tempos, parece salutar que as altas cortes revisitem temas jurídicos inquietantes, os quais, devido à sua importância, acabam por gerar frequentes insurgências dos operadores do direito. Além do mais, é indiscutível que a palavra final sobre matérias infraconstitucionais, a exemplo de inúmeras nuances referentes à aplicação das penas – é de competência do STJ por força da própria Constituição Federal³³. Desse modo, ante a perspectiva crítica deste estudo, não se denota impertinente a discussão, na forma do art. 125, § 3º, do Regimento Interno do STJ³⁴, de enunciados frequentemente questionados, porquanto, ainda que venham a ser

³² Nesse sentido, Muniz e Rocha. *Tese 158 do STF não é empecilho para superar a Súmula 231 do STJ*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-abr-28/munize-rocha-tese-158-stf-sumula-231-stj/> Acesso em: 16/2/2025.

³³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 105, III, *a*: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.”

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Art. 125, §3º: “Os enunciados da súmula prevalecem [...] A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes.”

cancelados na órbita interna, mediante a modificação do entendimento, a decisão não terá a aptidão de desconstituir ou de afastar aquela proferida em instância superior.

Já no que se refere ao mérito da questão, o voto majoritário acentua que “os fundamentos e o contexto econômico, político, cultural e social relativos à matéria não sofreram alterações substanciais” (Azulay, 2024, p. 71). A inexistência de modificações significativas nesses campos infirma a intenção de mudança no entendimento do enunciado. Além disso, observa que a individualização da sanção comporta três planos: o legal, o judicial e o executivo. Na perspectiva do voto condutor, a margem de discricionariedade do plano judicial esbarra nas balizas impostas pela lei, não devendo, portanto, ultrapassá-la (*cruzar a linha*). A postura reticente do magistrado, quanto à não obediência aos limites legais, implica em ofensa à separação de poderes, visto que o julgador estaria entrando na seara legislativa. Essa indevida ingerência em esfera alheia, para além de fomentar a usurpação de atribuições, tem a aptidão de promover a violação da lei.

Ressalta-se que o espaço de discricionariedade outorgado aos juízes, especialmente na primeira e segunda fases, denota maior amplitude, em virtude da inexistência de critério matemático rígido indicando as margens de aumento ou de redução. Contudo, ressalva a existência de uma imposição lógica no sentido de que o sopesamento do *quantum* da pena deve estar circunscrito aos limiares do preceito secundário do tipo penal. O respeito aos patamares máximos e mínimos visa a evitar ofensas ao princípio da legalidade. Em sentido oposto, a terceira fase é caracterizada pela menor margem de discricionariedade judicial, eis que o legislador já estabelece a fração específica das majorantes e das minorantes que deseja ver aplicada, caso se confirme a circunstância prevista em lei. Assim, parece lógico “que causas de diminuição ultrapassem as barreiras mínimas, ao passo que as atenuantes sejam limitadas ao parâmetro abstrato” (Azulay, 2024, p. 76).

Na sequência, o Ministro Messod Azulay relembra que “em nenhum momento da história brasileira, independentemente do critério adotado – bifásico ou trifásico – admitiu-se que atenuante induzisse pena em patamar inferior ao mínimo legal” (Azulay, 2024, p. 75), daí porque nem mesmo as razões históricas recomendam a aquiescência com a pretensão do recurso. O voto, igualmente, ressalta que a metodologia do Código Penal, aliada a doutrina da separação de poderes da Constituição Federal enseja empecilhos, de ordem sistemática e teleológica, à superação do Enunciado Sumular n. 231 do STJ. Em consequência, ao precluir,

nos arts. 61³⁵ e 65³⁶ do CP, que existem circunstâncias que “sempre agravam a pena” e “sempre atenuam a pena”, a intenção do legislador é evidenciar que “o julgador está obrigado a aplicar a circunstância, ou seja, não pode, mesmo que fundamentadamente, afastar o aumento ou a diminuição” (Azulay, 2024, p. 75). Todavia, isso não significa que o aumento ou a diminuição da segunda fase deva ser promovido ao custo dos parâmetros máximos e mínimos estabelecidos pelo mérito legislativo. Na parte final do voto, o relator registra, também, o receio de que eventual alteração do entendimento expresso na referida súmula venha a gerar a proteção insuficiente dos bens jurídicos, posto que “o entendimento poderia resultar, por via transversa, em uma insuficiência da resposta estatal para tutela de bens jurídicos” (Azulay, 2024, p. 76).

Dos fundamentos do voto, percebe-se que o principal ponto de apoio para a não modificação do entendimento sumular se alicerça na preservação da segurança jurídica que advém da manutenção do enunciado. Há, contudo, argumentos que demandam maior reflexão. Por exemplo, não parece prosperar a narrativa de que as diversas frentes do contexto atual permanecem equivalentes àquelas do tempo de julgamento do Tema 158 pelo STF. Para tanto, basta verificar a profunda renovação intelectual pela qual passou a composição da Suprema Corte: dos ministros que participaram do julgamento, no ano de 2009, apenas dois continuam no tribunal. Caso se considere o tempo da edição do Enunciado n. 231 do STJ, o disparate é ainda maior, posto que o entendimento foi firmado no ano de 1999. No aspecto da persecução penal, houve, inclusive, a incorporação no ordenamento criminal de novos institutos, que, direta ou indiretamente, repercutem sobre a sanção, promovendo uma exegese diferenciada quanto à abordagem do princípio da legalidade. A ascensão do direito penal negocial, com seus diversos institutos, é a maior prova das profundas transformações pelas quais a aplicação da pena tem passado ao longo desses anos. Não se deve esquecer, também, das questões de política criminal que acabam por incentivar a flexibilização das sanções devido às frequentes dificuldades enfrentadas no âmbito das execuções penais. Assim, não parece defensável afirmar que o contexto de análise do caso não sofreu alterações significativas.

Na qualidade de positivista crítico, Ferrajoli tece considerações contrárias à jurisprudência criativa. Para o professor italiano, a inovação do direito amparado na jurisprudência é fruto de uma crise de legalidade, pois leva ao abandono da legislação em prol

³⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Art. 61: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...]”

³⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Art. 65: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...]”.

da criação jurisprudencial (Trindade, 2022, p. 292). Sabe-se que, no Código Penal vigente, inexistia dispositivo impedindo a flexibilização judicial da pena mínima na segunda fase. Logo, o entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 231 refletiu a opção do Superior Tribunal de Justiça de, naquele momento, considerar as circunstâncias atenuantes, dos artigos 65 e 66 do Código Penal, contraindicadas à redução do patamar da pena para aquém do mínimo legal. Por isso, não soa adequado dizer que a superação do enunciado violaria a separação de poderes, quando a própria edição do enunciado, por si só, ocupa espaço interpretativo para além do que diz o texto legal. Em termos diretos, pode-se entender que o enunciado cria óbice não expresso em lei.

Ainda que se possa sustentar que a intenção inicial do legislador na reforma de 1984 do Código Penal tenha sido a de manter a quantidade da pena dentro dos limites estabelecidos, conforme se extrai da exposição de motivos³⁷, onde se lê que: “49. [...] Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites estabelecidos [...]”. É igualmente perceptível que a *mens legis*, ao longo da exposição, ratifica o caráter utilitário da pena, destinando o maior rigor da norma para os casos realmente necessários. Nesse norte, assenta-se a importância do desenvolvimento de “26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade”, mediante a restrição da “pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade”. Daí, é factível retomar os teoremas garantistas, T11 e T12, pelos quais, diante do caso concreto, não basta a pena ser legal, visto que também deve ser necessária. Por tal explanação, figura-se discutível que a vontade legislativa seja a de punir estritamente pela lei, caso as específicas circunstâncias do caso concreto exijam a moderação do intérprete na adequação da pena.

Segundo Ferrajoli, o legalismo ratificado pelo garantismo penal não é o obtuso, mas sim aquele ratificado à luz da Constituição. Destarte, a pena fixada em abstrato no preceito secundário não extrai a sua legitimidade pelo simples fato de refletir a opção do legislador. Antes de tudo, a pena deve ser cotejada com a Constituição e somente após referendada por ela é que a regra pode ser considerada legítima/válida. Por seu turno, a pena do caso concreto adota as mesmas premissas, visto que o julgador, por incumbência constitucional, deve individualizar a sanção segundo as características do fato submetido a julgamento. Por isso,

³⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Exposição de Motivos n. 211, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicao-de-motivos-148972-pe.html> Acesso em 13/4/2025.

depreende-se que a validade substancial da pena aplicada deve demonstrar “coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais, e sobre os quais se funda a dimensão substancial da democracia constitucional” (Ferrajoli, 2022, p. 21).

Nessa trilha, conforme o demonstrado, é plenamente factível que o julgador, no processo de dosimetria da pena, conclua que, para aquele específico caso, em razão de suas peculiares circunstâncias, a pena mínima definida em abstrato pelo legislador seja contraindicada. Diante dessa hipótese, restam quatro alternativas: aplicar a pena considerada inadequada (*respeitar a linha*); desclassificar a conduta delitativa, se possível (*contornar a linha*); flexibilizar a pena mínima (*cruzar a linha*); ou absolver o acusado (*deslegitimar a linha*). A par dos aspectos abordados no texto, percebe-se que o Enunciado Sumular n. 231 do STJ surge para ocupar determinado espaço interpretativo e obstaculizar a flexibilização judicial da pena mínima, porquanto retira do julgador, muito provavelmente, a melhor opção normativa (atenuantes) de que dispõe para a justa solução do caso. Na lógica do referido enunciado, prevalece a pena legal (T11) em detrimento da pena adequada (T12). Com base nisso, no campo decisório, não se denota inadequado inferir que a interpretação jurisprudencial explicitada no enunciado do STJ *cruza a linha* em evidente óbice ao direito fundamental do acusado de ter a pena individualizada, segundo as peculiaridades do caso concreto.

3.2.1 A posição favorável à flexibilização judicial da pena mínima

Na qualidade de Ministro Relator do REsp nº 1.869.764-MS, Rogério Schietti Cruz amplificou o debate da temática mediante a realização de audiência pública com variadas instituições e juristas³⁸. Tendo, após isso, apresentado à Terceira Seção do STJ solução jurídica favorável à flexibilização judicial da pena mínima na segunda fase e, conseqüentemente, à superação do Enunciado Sumular n. 231 daquela Corte.

É válido consignar que a perspectiva do voto favorável à flexibilização judicial da pena mínima pressupõe o afastamento de injustiças na fixação da sanção:

[...] porquanto, não rara vezes, a realidade apresenta situações concretas em que a pena mínima obtida no processo judicial de individualização da sanção penal ainda parece ser excessiva e nada pode ser feito – mesmo ante a presença de uma

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Audiência Pública – STJ – 17/05/2023. Disponível em: [Audiência Pública - STJ - 17/05/2023](#) Acesso em 13/4/2025.

circunstância atenuante – em virtude de uma categorização penal que se mostra inflexível. (Schietti, 2024, p. 20)³⁹.

Do trecho, percebe-se boa dose de similitude com as preocupações externalizadas por Ferrajoli em *Direto e Razão*, quando destaca o fato de que o magistrado, em cada caso, enfrenta delitos únicos, não repetíveis. A previsão legal em abstrato da pena traz segurança jurídica, mas, por si só, não é capaz de assegurar a justiça da decisão. Logo, é essencial que o intérprete exerça a tarefa de individualização da pena, a qual, para ser completa, precisa considerar todas as peculiaridades do caso submetido a julgamento. Sabe-se que, cotidianamente, os tipos penais sofrem violações por diversos agentes que atuam em circunstâncias variadas, isto é, não equânimes. Assim, o julgador deve se ater às especificidades daquela conduta, que é única no mundo dos fatos, pois, mesmo que o agir delitivo possua proximidade ou semelhança com outro, ele nunca será idêntico. Nas palavras do professor italiano: “a individualização das características particulares do fato e as consequentes valorações configuram a chamada equidade do juízo” (Ferrajoli, 2002, p. 125). Daí, não parece incoerente deduzir que, no modelo garantista, o poder judicial de conotação irá equilibrar a realidade do cenário fático com o preceito abstratamente previsto na norma. Realizada a breve reflexão, cumpre conhecer os caminhos percorridos na *ratio decidendi*⁴⁰ do voto favorável à flexibilização judicial da pena mínima, eis que o seu teor ganha relevância por enfrentar a jurisprudência tradicionalmente prevalente.

A análise do Ministro Rogério Schietti acentua a inexistência de regra jurídica, no atual ordenamento, apta a vedar a redução da pena para aquém do mínimo legal no trato das atenuantes. Para tanto, recorda que o sistema normativo suplantou esse óbice, com a reforma realizada em 1984, ao extrair do ordenamento o antigo parágrafo único do artigo 48 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, segundo o qual: “se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”. Ao estatuir o sistema trifásico em 1984, o legislador optou por direcionar os limites da pena em abstrato apenas à primeira etapa da dosimetria, na forma do inciso II do art. 59 do Código Penal⁴¹. Para essa concepção teórica, a

³⁹ A citação realizada no REsp nº 1.869.764-MS retoma trecho do voto proferido pelo mencionado ministro no Habeas Corpus n. 482.849/MS, de 7/12/2018.

⁴⁰ Pode ser traduzido como: razão de decidir.

⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Art. 59, II: “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: [...] II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.”

pena mínima nada mais é do que a definição do ponto de partida para a fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria sancionatória. Em consequência, a segunda e terceira fases estariam desprovidas de óbices no que se refere à possibilidade de flexibilização judicial da sanção.

Dado esse contexto, o voto do relator entende que a opção jurisprudencial de inviabilizar a flexibilização judicial da pena pelas atenuantes, na forma do Enunciado Sumular n. 231 do STJ, pode ensejar rugas ao princípio da legalidade, uma vez que o intérprete, ao acatar o entendimento, deixa de cumprir a lei que determina o aquilate na pena de todas as circunstâncias atenuantes consoante as peculiaridades do caso. Na percepção da corrente minoritária, esse tipo de intervenção judicial, pouco refletida e que se limita a reproduzir o equivocado entendimento, incentiva o rigor do sistema punitivo para além dos limites legalmente previstos. O relator lembra que a disposição legal do artigo 65 do Código Penal consigna de forma categórica que aquelas circunstâncias “sempre atenuam a pena”. Nesse sentido, afirma que “não existe, pois, na legislação penal em vigor, nenhuma norma que ratifique, mesmo por via transversa, a conclusão de que atenuantes não podem reduzir a reprimenda aquém do mínimo legal” (Schietti, 2024, p. 36).

Daí, não fica difícil perceber que, na segunda fase, o discurso de respeito à pena mínima cominada pelo legislador é utilizado pelos pretórios para recrudescer a reprimenda aplicada. Sem demora, a atual exegese tem de ser interpretada como afronta ao princípio da legalidade, porquanto inibe a flexibilização judicial da sanção em flagrante contrariedade ao estabelecido em lei. Nesse passo, “quando o Estado-juiz cria, a partir da edição de uma súmula, hipótese na qual é defeso reduzir uma pena, ele está, por via reflexa, conduzindo ao agravamento de uma pena sem a existência de dispositivo legal” (Schietti, 2024, p. 39). Por conseguinte, é possível inferir, da sistemática hoje adotada pela jurisprudência prevalecente, afronta ao modelo garantista de direito penal mínimo, posto que a situação acaba favorecendo o avanço do poder punitivo em prejuízo à preservação de direitos fundamentais dos indivíduos.

Outro princípio violado, diante da rigidez do Enunciado Sumular n. 231 do STJ, é o da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Carta Maior, que, igualmente, resvala no princípio da isonomia. A individualização só está a serviço da preservação das liberdades públicas se for efetiva. Em regra, individualizar “significa, de forma concisa, dar a cada réu, de maneira singular, a sanção que merece” (Schietti, 2024, p. 40). Logo, parece defensável

que o aplicador da sanção não esteja preso às padronizações, ainda mais quando estas detêm origem não legal, a exemplo do referido enunciado. Nessa ótica, a aquiescência dos julgadores com o direito criado a partir da jurisprudência, para além de inibir a redução do *quantum*⁴² da pena, revela a acomodação do intérprete frente à obrigação constitucional de não tratar de modo idêntico situações jurídicas que, em verdade, são díspares.

Em face da problemática exposta, o voto do relator proclama que “as atenuantes previstas na legislação ordinária são vetores que possuem consequências juridicamente vinculadas: não há margem para discricionariedade judicial em sentido contrário” (Schietti, 2024, p. 43). E, se não há margem discricionária frente à claridade da lei, é possível dizer que o julgador, por intermédio do enunciado, tergiversa para não cumprir a incumbência de atenuar a reprimenda. Por isso, conclui não ser “coerente que o mesmo Estado que, por meio do Poder Legislativo, edita uma norma garantindo a atenuação da pena, desconsidere, agora por intermédio do Poder Judiciário, o direito legalmente previsto” (Schietti, 2024, p. 43). Aqui, é fácil notar que o voto propõe a prevalência do direito legislado (atenuantes dos arts. 65 e 66⁴³ do CP) sobre aquele criado a partir do entendimento jurisprudencial (Enunciado n. 231 do STJ). Já, na técnica de flexibilização judicial da pena objeto deste estudo, há situação distinta, consoante veremos no Capítulo Terceiro, em que o direito legislado (pena mínima) cede em face da criatividade jurisprudencial (“minorante inominada”).

No cenário brasileiro, existem fundamentos político-criminais que não devem ser descartados do debate judicial, principalmente em virtude das frequentes dificuldades enfrentadas pelo sistema penitenciário. A precariedade sistêmica dos cárceres tem exigido respostas imediatas de diferentes areópagos; muitas delas, do mesmo modo que a “minorante inominada”, advém de soluções jurídicas não expressamente previstas em lei. No âmbito internacional, o ministro recorda que os problemas humanitários do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e do Complexo do Curado levaram a Corte Interamericana de Direitos Humanos a determinar o cômputo em dobro dos dias de privação da liberdade, providência que restou ratificada no Superior Tribunal de Justiça⁴⁴ e pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁵. Segundo o

⁴² Pode ser traduzido como: quantidade.

⁴³ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Art. 66: “A pena poderá ainda ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 774.763/PE. 5ª Turma. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 07 mar. 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203121000&dt_publicacao=13/02/2023 Acesso em: 25/3/2025.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 208.337/PE. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6288828> Acesso em: 25/3/2025.

ministro, a “contagem da pena em dobro, aliás, não deixa de configurar novel instrumento mitigador, não previsto em lei, que respalda a tese relativa à possibilidade de fixação da pena intermediária aquém do mínimo legal” (Schietti, 2024, p. 52).

No âmbito interno, tem-se o Enunciado Vinculante n. 56⁴⁶, que, calcado em questões de política criminal, estabelece o abrandamento da resposta penal. Esses exemplos ilustram a aquiescência, por parte de Tribunais Superiores pátrios, quanto à adoção de soluções jurídicas que mitigam os rigores da pena estabelecida em lei, além de evidenciar a falta de “coerência lógico-sistêmica” (Schietti, 2024, p. 52) da vedação jurisprudencial que, ao inviabilizar a flexibilização judicial da pena na segunda fase da dosimetria sancionatória, impõe o agravamento das reprimendas. Assim, não se entende válida outra exegese que não aquela que entende o vocábulo *sempre* do artigo 65 do Código Penal como “um comando impositivo mitigador que deve incidir nos cenários em que estiver presente alguma atenuante” (Schietti, 2024, p. 38). Em vista do cenário exposto, o voto do relator entende que “não existem argumentos válidos que legitimem a manutenção da vigência do enunciado sumulado” (Schietti, 2024, p. 53).

A posição exarada pelo Ministro Rogério Schietti ao longo do voto revela compatibilidade com a submissão do juiz à lei, porquanto a indicação normativa registrada é uma só, isto é, a de que é obrigatória a atenuação da pena sempre que houver circunstância recomendando essa providência. Do que se observa, o fundamento do voto se aproxima da concepção de *respeitar a linha*, eis que permite o cumprimento daquilo que está claramente externalizado no Código Penal. Não se deve perder de vista que a legalidade é uma característica estruturante do sistema garantista; o modelo teórico concebido por Ferrajoli entende que a submissão do juiz à lei com o fito de assegurar os direitos dos cidadãos constitui uma “garantia forte” (Ferrajoli, 2002, p. 475).

Na jurisdição penal, o respeito à legalidade está diretamente relacionado ao direito de liberdade. A disposição legal de determinada matéria criminal visa à “sujeição apenas à lei de toda a função judiciária, o que exclui seu impulso com base em critérios puramente arbitrários e potestativos” (Ferrajoli, 2002, p. 457). É bem verdade que o modelo garantista, pelo poder conotativo, admite certa dose de discricionariedade; entretanto, o exercício desse poder, para ser válido, deve objetivar a preservação dos direitos fundamentais em face do poder punitivo

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 56. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

do Estado. Recorde-se que, para Ferrajoli, o exercício da discricionariedade judicial não deve ser amplificado ao ponto de “ameaçar a submissão do juiz à lei” (Ferrajoli, 2022, p. 44). Por tal razão, considera-se criticável o Enunciado Sumular n. 231 do STJ, na medida em que desconsidera as especificidades do caso concreto para amplificar o poder punitivo em nítido prejuízo ao resguardo de direitos fundamentais.

3.3 Correlação e distinção entre a atenuante genérica e a “minorante inominada”

O presente tópico possui natureza argumentativa e objetiva refletir a respeito da correlação de causa/consequência que culminou no surgimento da “minorante inominada” no Superior Tribunal Militar em face da rigidez dos entendimentos contrários à flexibilização judicial da pena mínima, externalizados no Tema 158 do STF e no Enunciado Sumular n. 231 do STJ. Ademais, traz exemplos práticos, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em que se observa a dificuldade do intérprete de diferenciar entre a atenuante genérica e a “minorante inominada”.

Antes da adoção da técnica da “minorante inominada”, as discussões mais contundentes, no que se refere ao abrandamento da pena mínima, cingiam-se aos juízos de primeira instância. Contudo, chegando a apelação ao Superior Tribunal Militar, as teses flexibilizadoras eram, frequentemente rechaçadas, com fundamento no artigo 73 do Código Penal Militar⁴⁷ e no Enunciado Sumular n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode verificar de diversos pronunciamentos judiciais⁴⁸. Nesse período, o Ministro Fernando Sérgio Galvão, em julgado⁴⁹, chegou a consignar que “o conteúdo presente nesse verbete sumular provém de reiteradas decisões daquela Instância Superior, o qual ecoou pelos tribunais do país que, com normalidade, replicam idêntica compreensão” (Galvão, 2013, p. 19). Do trecho, é admissível deduzir que, após o enunciado do STJ, houve certo conformismo dos pretórios quanto à inflexibilidade da pena mínima na segunda fase, o que fez com que esse entendimento se assentasse.

⁴⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Código Penal Militar*. Art. 73: “Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime.”

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelações n° 0000021-47.2011.7.05.0005; n° 0000037-34.2011.7.03.0303; n° 0000188-85.2010.7.01.0401; n° 0000019-24.2011.7.10.0010; n° 0000070-65.2011.7.09.0009; 0000075-85.2011.7.02.0202; n° 0000113-02.2011.7.09.0009; n° 0000022-72.2012.7.09.0009; n° 0000019-76.2012.7.03.0303, entre outros. Disponíveis em: <https://jurisprudencia.stm.jus.br/> Acesso: 26/2/2025.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação n° 0000102-36.2012.7.09.0009. Relator: Min. José Coelho Ferreira. Rel. do Acórdão: Min. Gen Ex Fernando Sérgio Galvão. Brasília, DF, 3 out. 2003. Disponível em: <https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2013/50/10014339/10014339.pdf> Acesso em 26/2/2025.

Por conseguinte, conclui-se que, sem se debruçar sobre reflexões pertinentes acerca da questão, grande parte dos juristas criminalistas simplesmente internalizou o saber de que a sanção penal na segunda fase não deve ultrapassar o patamar mínimo. A rigidez do entendimento estabelecido no enunciado impediu os magistrados de aquilatar as circunstâncias do caso concreto na etapa apropriada, isto é, na segunda fase da dosimetria sancionatória. Apesar disso, não se espera do aplicador da norma que a jurisdição seja exercida para proclamar decisões desarrazoadas. Por esse motivo, não é incomum que o julgador busque soluções, ou seja, caminhos alternativos para que a decisão seja fixada em compatibilidade com o T11 (pena legal) e o T12 (pena necessária).

A teoria da decisão trabalha com as razões de primeira ordem e as de segunda ordem. Pode-se dizer que “as razões de primeira ordem são quaisquer razões para que alguém faça algo. As razões de segunda ordem são para agir ou deixar de agir com base em outra razão” (Abboud, 2019, p. RB-2.20). Daí, denota-se crível assumir que a edição do Enunciado Sumular n. 231 do STJ obteve como efeito de primeira ordem a compreensão de grande parte dos intérpretes de que o patamar mínimo da pena não pode ser ultrapassado na segunda fase da dosimetria. No entanto, o citado enunciado foi incapaz de solucionar o real problema do jurista que, diante das especificidades do caso concreto, percebe que a incidência da pena mínima não se mostra adequada (T12). Na busca de caminhos alternativos, o julgador, conscientemente ou não, passa a encontrar razões “para abdicar de agir com fundo nas razões de primeira ordem” (Abboud, 2019, p. RB-2.20). Em termos bem claros, é como se o intérprete refletisse sobre o precedente judicial que o vincula e, ato contínuo, dissesse para si mesmo: – Tudo bem, mas o que posso fazer agora?

Como se nota, o precedente judicial estabelece uma relação de causa/consequência, expressa na busca de soluções alternativas (efeitos de segunda ordem) pelo intérprete. Nesse cenário, a primeira aceção diante dos efeitos de primeira ordem é a de *contornar a linha*, mediante a exploração do saber jurídico. Abboud ressalta que “a justificação de segunda ordem envolve dois elementos, quais sejam, a argumentação consequencialista e a argumentação que avalia deliberações propostas com o intuito de testá-las frente à coesão e coerência com o sistema jurídico vigente” (Abboud, 2019, p. RB-2.39). Diante da compreensão jurídica estimulada pelo Tema 158 do STF e pelo Enunciado Sumular n. 231 do STJ de que a segunda fase da dosimetria deve obedecer ao patamar mínimo fixado pelo legislador, o Superior Tribunal Militar levou o trato da questão (flexibilização da pena

mínima) para a última etapa da dosimetria, ciente de que é pacífica a possibilidade de, na terceira fase, diminuir a pena aquém do cominado no tipo penal.

Com esse proceder, o STM deixou evidente o intento de *contornar a linha*, porquanto a questão de flexibilizar ou não a pena mínima passou a ser tratada na terceira fase da dosimetria, etapa em que a mitigação do patamar mínimo é permitida. Porém, a opção da Corte de Justiça Castrense não se limita apenas a *contornar a linha*, pois, em seu âmago, a técnica da “minorante inominada” se desenvolve mediante a criatividade jurisprudencial, isto é, sem regra jurídica que a ampare. Na verdade, a interpretação judicial que a possibilita detém cunho principiológico, conforme será visto no capítulo seguinte. Assim, depreende-se que a técnica decisória da “minorante inominada” é efeito de segunda ordem proveniente da rigidez da interpretação jurisprudencial que inviabiliza a flexibilização da pena mínima na etapa apropriada, a saber, na segunda fase da dosimetria sancionatória.

Observa-se que, caso as excepcionalidades do caso concreto pudessem ser aquilatadas na qualidade de atenuantes genéricas, nos moldes do que dispõe o artigo 66 do Código Penal, não haveria razão para o intérprete buscar caminhos exegéticos alternativos na pretensão de alcançar a pena necessária (T12) para a repreensão do fato. Portanto, deve ficar esclarecido que a rigidez de determinados entendimentos judiciais tem a capacidade de gerar efeitos de segunda ordem, o que faz com que os operadores do direito busquem novas soluções jurídicas para enfrentar os casos concretos com proporcionalidade.

A técnica da “minorante inominada” está em uso há mais de uma década no STM. Porém, existem diferenças fundamentais entre ela e a atenuante genérica, sobretudo pela ausência de previsão legal, uma vez que é fruto de inovação da jurisprudência da Corte. Soma-se também a esse fato o momento de sua incidência, pois recai sobre a terceira fase da dosimetria sancionatória, etapa em que a flexibilização da pena mínima é admitida. Não obstante, deve-se alertar que o ineditismo dessa técnica decisória, por vezes, ocasiona dificuldades ao intérprete, justamente pelo desconhecimento a respeito de seu teor e de suas características. Diante disso, nota-se a confusão do aplicador da norma que, de forma equivocada, acaba por tratar a “minorante inominada” como se ela correspondesse à atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal, o que é uma inverdade.

Em decisão monocrática, adotada nos autos do HC 224.870/AM⁵⁰, de relatoria do Min. André Mendonça, a Defensoria Pública da União, por entender existir desproporcionalidade na pena aplicada, solicitou explicitamente ao STF a revisão da dosimetria mediante a aplicação da “minorante inominada” na terceira fase da dosimetria. Contudo, a decisão judicial, de forma perceptível, confunde o objeto do pedido, pois trata a solicitação de maneira equivalente à atenuante genérica da segunda fase e recorre à tese fixada em repercussão geral no Tema 158 do próprio STF para rechaçar o pedido defensivo. Essa incompreensão na diferenciação entre os institutos, por vezes, não escapa nem mesmo do âmbito interno do STM. No voto convergente, proferido pelo Min. Artur Vidigal de Oliveira, referente à Apelação n° 579-35.2020⁵¹, está posto que “o réu veio condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, após a aplicação da “minorante inominada”, prevista no art. 66 do CP comum, pelo patamar de 1/2 (um meio)”. No mesmo sentido, nos autos dos EI n° 428-30.2024⁵², o Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, referindo-se à “minorante inominada”, destaca que “o art. 66 do Código Penal traz redação autorizativa, a qual então é empregada por esta Corte para possibilitar a aplicação do citado instituto” (Queiroz, 2024, p. 3). Diante do cenário apontado, faz-se prudente a cautela do intérprete ao se deparar com o tema, vista a distinção que deve realizar para evitar equívocos.

As ilações são dogmaticamente incorretas. Portanto, deve estar claro para o julgador que a atenuante genérica do artigo 66 do CP diz respeito unicamente à segunda fase da dosimetria sancionatória, tendo sido, inclusive, objeto específico do Tema 158 do STF. Como se vê, o dispositivo do Código Penal não oferece substrato normativo para a “minorante inominada” desenvolvida pela jurisprudência do STM. Por isso, ele não pode ser transposto ou utilizado como lastro para justificar a intervenção judicial realizada na terceira fase da dosimetria sancionatória. No ponto, deve ficar cristalino para o intérprete que a “minorante inominada” não detém nenhum amparo legal, ou seja, é obra do criacionismo judiciário (efeito de segunda ordem), operacionalizada por ativismo judicial, com o intuito de adequar a reprimenda às peculiaridades do caso concreto.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 224.870/AM. Relator: Min. André Mendonça. Brasília, DF, 02 jul. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1421617/false> Acesso em: 01/03/2025.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação n° 7000579-35.2020.7.00.0000. Relator: Min. Gen Ex Marco Antônio Farias. Brasília, DF, 03 dez. 2020. Disponível em: [Ap 7000579-35.2020.7.00.0000.pdf](#) Acesso em: 01/3/2025.

⁵² BRASIL. Superior Tribunal Militar. Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000428-30.2024.7.00.0000. Relator: Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Brasília, DF, 17 dez. 2024. Disponível em: [EIfNu 7000428-30.2024.7.00.0000](#) Acesso em: 01/3/2025.

Por essa razão, firmou-se que a opção do intérprete de tratar a questão da flexibilização da pena mínima na terceira fase, ao invés de na segunda, teve o condão de *contornar a linha*, mas, na verdade, não se limita a esse efeito, porquanto a “minorante inominada” faz uso da criatividade judicial e estabelece, ao menos para o caso concreto, causa de diminuição da pena não prevista pelo legislador. Por essa característica, a técnica da “minorante inominada” também consiste em *cruzar a linha*. Como se vê, o julgador, diante das excepcionalidades do caso, faz uso da discricionariedade judicial para ir além do limite mínimo estabelecido pelo preceito secundário do tipo penal. É, portanto, nítido o contraste que se faz com a desejável submissão do juiz à lei.

Pesa favorável, entretanto, a lógica do poder equitativo de conotação defendida por Ferrajoli para quem o juiz não pode deixar de se imiscuir em todas as particularidades do caso concreto. É imperioso dizer que, para o professor florentino, devem ser aquilatadas na pena mesmo as circunstâncias não previstas em lei (Ferrajoli, 2002, p. 129). Todavia, é bem verdade que, para ele, os ordenamentos jurídicos devem prever para tal finalidade as atenuantes genéricas, aceção que melhor se compatibiliza com sua filosofia de positivista crítico. Por esse entendimento, o legislador deve autorizar que o juiz valore “a gravidade específica do fato em relação ao contexto ambiental que se verificou, com suas causas objetivas e seus motivos subjetivos” (Ferrajoli, 2002, p. 125). Então, de um lado, é possível cravar que o sistema garantista entende que todas as peculiaridades do caso concreto devem ser levadas em conta na aplicação da pena, incumbência da qual o juiz não deve se esquivar. De outro, deseja que a lei seja o norte de atuação do magistrado. Contudo, não nega, em matéria penal, o exercício da discricionariedade equitativa do juízo, por intermédio de conotações em branco, com fins ao abrandamento da reprimenda, quando destinada à preservação de direitos fundamentais.

Como visto até aqui, o ordenamento jurídico brasileiro, expressamente, prevê as atenuantes genéricas no artigo 66 do Código Penal, próprias e exclusivas da segunda fase da dosimetria sancionatória, as quais, segundo as impressões deste pesquisador, a partir dos elementos levantados ao longo deste estudo, deveriam ser o instrumento regente da flexibilização judicial da pena mínima. O porquê dessa impressão ficará esclarecido no decorrer da pesquisa. Por agora, o fundamental é perceber que a atual prática penal tem oposto resistência interpretativa a esse entendimento, o que limita a plena aplicabilidade do dispositivo devido aos óbices criados pelo Tema 158 do STF e pelo Enunciado Sumular n. 231 do STJ. A rigidez dos entendimentos leva a soluções alternativas, razão pela qual é

possível estabelecer a correlação de causa/consequência dessa inflexibilidade com a origem da “minorante inominada”, no âmbito do STM. Por outro lado, em que pese essa correlação de teor consequencialista, não se pode perder de vista a autonomia entre a atenuante genérica e a “minorante inominada”. A justificação da última está baseada não propriamente nas regras legais, mas sim nas excepcionais circunstâncias concretas de cada caso (poder conotativo), perceptíveis, pelo Ministro Cezar Peluso, como prováveis redutoras do patamar mínimo.

Em certa medida, identifica-se que a lógica do poder judicial conotativo (equitativo) defendido por Ferrajoli se faz presente na técnica decisória “minorante inominada”.

4 O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR E SUAS PREMISSAS PRINCIPIOLÓGICAS NA APLICAÇÃO DA “MINORANTE INOMINADA”

O presente capítulo apura de maneira mais detida os detalhes em torno da técnica decisória da “minorante inominada” no âmbito do Superior Tribunal Militar, com o intuito de apresentar aspectos relevantes que caracterizam essa forma de flexibilização judicial da pena mínima. Metodologicamente, efetua-se o estudo de acórdãos pela análise de conteúdo do tipo quantitativa/qualitativa proposta por Laurence Bardin, que se caracteriza por três fases principais: a *pré-análise*, responsável pela coleta, organização inicial do material de pesquisa (acórdãos) e a leitura do conteúdo; a *exploração do material*, etapa intermediária que consiste na identificação dos dados primordiais com a consequente explicitação justificada desses pontos; e, o *tratamento dos achados*, ocasião em que o pesquisador faz as inferências e deduções (interpretação) a partir dos dados coletados, conectando-os ao contexto da pesquisa⁵³.

Para facilitar o entendimento, o estudo utiliza a estrutura de tabelas com o objetivo de demonstrar pontos relevantes para a discussão a respeito da incidência dessa causa de diminuição de pena formatada pela jurisprudência do STM. Adicionalmente, a pesquisa considera os principais fundamentos utilizados nos precedentes judiciais para expor a lógica de pensamento dos julgadores ao tratar da referida minorante. Sem perder o foco do objeto de estudo, cotejam-se, ainda, princípios específicos como os da legalidade, da dignidade humana e da proporcionalidade com as premissas teóricas da argumentação jurídica de Robert Alexy destinada à salvaguarda de direitos fundamentais. Ademais, esclarece-se que os embates entre o referencial teórico (positivismo crítico e o garantismo penal de Luigi Ferrajoli) e o

⁵³ A terceira parte da obra *Análise de Conteúdo* de Laurence Bardin descreve a referida metodologia organizacional. (Laurence, 2016, p. 125-131).

pós-positivismo de Alexy são postergados para o próximo capítulo, mormente pelo fato de que as finalidades precípua deste capítulo são apresentar os dados, descrever os fundamentos decisórios e estabelecer a correlação dos julgados com a teoria da argumentação jurídica.

A fim de alcançar os objetivos iniciais, realizou-se a pesquisa da palavra-chave “Minorante inominada” no sítio eletrônico do Superior Tribunal Militar: <https://jurisprudencia.stm.jus.br/>, que resultou em 60 (sessenta) acórdãos⁵⁴. Com o intuito de otimizar o estudo, optou-se por estabelecer o recorte temporal pela data de julgamento limitando os acórdãos a um decênio, isto é, entre os anos de 2015 a 2024. Por pertinente, destaca-se que o ano de 2015 foi escolhido para o início do interregno, posto que, nesse específico ano, iniciou-se a aquiescência do plenário do Superior Tribunal Militar com esta técnica decisória⁵⁵. Ademais, consigna-se que também foram excluídos do escopo da pesquisa os acórdãos em segredo de justiça, ante a não disponibilização do inteiro teor, e os que não enfrentaram o tema da “minorante inominada”, ou seja, limitam-se a meras referências em *obiter dictum*⁵⁶. Por conseguinte, em consonância com os critérios expostos, o acervo inicial foi reduzido para 52 (cinquenta e dois) acórdãos, os quais restaram selecionados para a pesquisa acadêmica. Vide tabela abaixo:

Tabela 1 - “Acórdãos referentes a minorante inominada”

Categorias	Quantitativo (acórdãos)
Resultado da pesquisa	60
Estão fora do recorte temporal ⁵⁷	3
Não enfrentam o tema e/ou fazem referência <i>obiter</i>	4

⁵⁴ A pesquisa de jurisprudência foi realizada no dia 08.04.2025.

⁵⁵ Vide a Apelação nº 0000015-78.2009.7.06.0006.

⁵⁶ Pode ser traduzido como: dito de passagem.

⁵⁷ Por esse critério, foram excluídos os acórdãos da Apelação nº 0000137-38.2009.7.11.0011, julgada em 09.02.2011; da Apelação nº 0000092-66.2012.7.03.0103, julgada em 16.12.2014; e da Apelação nº 7000201-72.2023.7.03.0103, julgada em 13.02.2025. Disponíveis em: [https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&q=\(data_decisao:\[2015-01-01T00:00:00.000Z%20TO%202024-12-31T23:59:59.000Z\]\)](https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&q=(data_decisao:[2015-01-01T00:00:00.000Z%20TO%202024-12-31T23:59:59.000Z])) Acesso: 15/3/2025.

<i>dictum</i> ⁵⁸	
Segredo de Justiça ⁵⁹	1
Selecionados para o estudo ⁶⁰	52

Fonte: elaborado pelo pesquisador.

⁵⁸ Por esse critério, foram excluídos os acórdãos dos Embargos Infringentes e de Nulidade n° 0000092-66.2012.7.03.0103, julgado em 01.12.2015; da Revisão Criminal n° 7000498-86.2020.7.00.0000, julgada em 08.04.2021; da Apelação n° 7000689-97.2021.7.00.0000, julgada em 09.06.2022; e da Apelação n° 7000424-95.2021.7.00.0000, julgada em 28.06.2022. Disponíveis em: [https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&&q=\(data_decisao:\[2015-01-01T00:00:00.000Z%20TO%202024-12-31T23:59:59.000Z\]\)](https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&&q=(data_decisao:[2015-01-01T00:00:00.000Z%20TO%202024-12-31T23:59:59.000Z])) Acesso: 15/3/2025.

⁵⁹ O inteiro teor não está disponível, por esse critério foi excluído o acórdão da Apelação n° 7000966-45.2023.7.00.0000, julgada em 01.08.2024. Disponível em: [https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&&q=\(data_decisao:\[2015-01-01T00:00:00.000Z%20TO%202024-12-31T23:59:59.000Z\]\)](https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&&q=(data_decisao:[2015-01-01T00:00:00.000Z%20TO%202024-12-31T23:59:59.000Z])) Acesso: 15/3/2025.

⁶⁰ Os acórdãos selecionados para o estudo estão identificados a seguir: 1) Apelação n° 0000053-51.2012.7.03.0303, julgada em 26.03.2015; 2) Apelação n° 0000015-78.2009.7.06.0006, julgada em 16.04.2015; 3) Apelação n° 0000052-03.2012.7.06.0006, julgada em 25.08.2015; 4) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 0000053-51.2012.7.03.0303, julgado em 15.03.2016; 5) Apelação n° 0000001-81.2014.7.04.0004, julgada em 23.06.2016; 6) Apelação n° 0000065-65.2012.7.03.0303, julgada em 13.12.2016; 7) Apelação n° 0000146-15.2014.7.01.0201, julgada em 09.02.2017; 8) Apelação n° 0000084-17.2015.7.02.0102, julgada em 05.09.2017; 9) Apelação n° 0000138-70.2014.7.02.0007, julgada em 13.03.2018; 10) Apelação n° 7000096-10.2017.7.00.0000, julgada em 21.06.2018; 11) Apelação n° 7000404-12.2018.7.00.0000, julgada em 26.03.2019; 12) Apelação n° 7000964-51.2018.7.00.0000, julgada em 07.05.2019; 13) Apelação n° 7000924-69.2018.7.00.0000, julgada em 19.06.2019; 14) Apelação n° 7000484-73.2018.7.00.0000, julgada em 03.09.2019; 15) Apelação n° 7000761-55.2019.7.00.0000, julgada em 19.09.2019; 16) Apelação n° 7000628-13.2019.7.00.0000, julgada em 13.08.2020; 17) Apelação n° 7000579-35.2020.7.00.0000, julgada em 03.12.2020; 18) Apelação n° 7000584-57.2020.7.00.0000, julgada em 23.03.2021; 19) Apelação n° 7000636-53.2020.7.00.0000, julgada em 17.06.2021; 20) Apelação n° 7000623-20.2021.7.00.0000, julgada em 11.11.2021; 21) Embargos de Declaração n° 7000637-04.2021.7.00.0000, julgado em 11.11.2021; 22) Apelação n° 7000275-02.2021.7.00.0000, julgada em 09.12.2021; 23) Apelação n° 7000473-39.2021.7.00.0000, julgada em 10.02.2022; 24) Apelação n° 7000341-79.2021.7.00.0000, julgada em 10.03.2022; 25) Apelação n° 7000444-86.2021.7.00.0000, julgada em 17.03.2022; 26) Apelação n° 7000737-56.2021.7.00.0000, julgada em 07.04.2022; 27) Apelação n° 7000547-93.2021.7.00.0000, julgada em 28.04.2022; 28) Apelação n° 7000835-41.2021.7.00.0000, julgada em 28.04.2022; 29) Apelação n° 7000693-37.2021.7.00.0000, julgada em 19.05.2022; 30) Apelação n° 7000372-02.2021.7.00.0000, julgada em 15.09.2022; 31) Apelação n° 7000800-81.2021.7.00.0000, julgada em 20.09.2022; 32) Apelação n° 7000878-75.2021.7.00.0000, julgada em 27.10.2022; 33) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000161-29.2022.7.00.0000, julgado em 24.11.2022; 34) Apelação n° 7000897-81.2021.7.00.0000, julgada em 07.12.2022; 35) Apelação n° 7000621-50.2021.7.00.0000, julgada em 14.12.2022; 36) Apelação n° 7000867-46.2021.7.00.0000, julgada em 09.02.2023; 37) Apelação n° 7000404-70.2022.7.00.0000, julgada em 06.03.2023; 38) Apelação n° 7000139-68.2022.7.00.0000, julgada em 30.03.2023; 39) Apelação n° 7000740-74.2022.7.00.0000, julgada em 18.05.2023; 40) Apelação n° 7000615-09.2022.7.00.0000, julgada em 25.05.2023; 41) Apelação n° 7000136-79.2023.7.00.0000, julgada em 22.06.2023; 42) Apelação n° 7000026-80.2023.7.00.0000, julgada em 27.02.2024; 43) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000721-68.2022.7.00.0000, julgado em 18.04.2024; 44) Apelação n° 7000764-68.2023.7.00.0000, julgada em 25.04.2024; 45) Apelação n° 7000578-45.2023.7.00.0000, julgada em 25.04.2024; 46) Apelação n° 7000932-70.2023.7.00.0000, julgada em 09.05.2024; 47) Apelação n° 7000024-13.2023.7.00.0000, julgada em 12.06.2024; 48) Apelação n° 7000868-60.2023.7.00.0000, julgada em 03.10.2024; 49) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000428-30.2024.7.00.0000, julgado em 17.10.2024; 50) Apelação n° 7000253-36.2024.7.00.0000, julgada em 05.12.2024; 51) Apelação n° 7000992-43.2023.7.00.0000, julgada em 05.12.2024; e 52) Apelação n° 7000147-45.2022.7.00.0000, julgada em 18.02.2024. Disponíveis em: [https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&&q=\(data_decisao:\[2015-01-01T00:00:00.000Z%20TO%202024-12-31T23:59:59.000Z\]\)](https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&&q=(data_decisao:[2015-01-01T00:00:00.000Z%20TO%202024-12-31T23:59:59.000Z])) Acesso: 16/3/2025.

Dos 52 (cinquenta e dois) acórdãos selecionados, é possível verificar a semelhança nos fundamentos utilizados para requerer ou justificar a flexibilização judicial da pena mínima por meio da aplicação da “minorante inominada”. As características primordiais desta técnica decisória serão estudadas ao longo deste capítulo. Contudo, de antemão, faz-se prudente antecipar que o principal vetor para a aplicação da “minorante inominada” consiste nas excepcionais circunstâncias do caso concreto. Os principais fundamentos jurídicos utilizados para permitir a flexibilização judicial da pena mínima são os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da adequação da pena. Por vezes, foram mencionados, ainda, os princípios da individualização da pena e da dignidade humana. Além disso, com bem menos intensidade, questões de política criminal foram citadas.

A partir dos 52 (cinquenta e dois) acórdãos selecionados, constata-se que a alegada excepcionalidade da medida pode ser aferida em termos numéricos. De 2015 a 2024, estão registrados 8.331 (oito mil, trezentos e trinta e um) acórdãos, segundo os dados disponibilizados ao público na pesquisa avançada de jurisprudência⁶¹. Desse total, houve a aquiescência do Superior Tribunal Militar com a incidência da “minorante inominada” em apenas 0,30% (trinta centésimos), o que revela um quantitativo ínfimo de julgados em termos percentuais. Nessa perspectiva, os dados levantados, pela baixa incidência, endossam o caráter excepcional de utilização dessa técnica decisória, ainda mais quando se compreende que as 25 (vinte e cinco) decisões de aquiescência foram proferidas ao longo de um decênio. Para fins de referência, isso equivale a 2,5 (duas vírgula cinco) decisões ao longo de 1 (um) ano de trabalho judiciário.

Tabela 2 - “Aplicação da minorante inominada”

Categorias	Quantitativo (acórdãos)
Acórdãos proferidos pelo STM entre os anos de 2015 a 2024. ⁶²	8.330
Acórdãos em que houve a	25

⁶¹ Foi observado o mesmo recorte temporal utilizado para a confecção da tabela 1, ou seja, pela data de julgamento, considerando-se a totalidade dos acórdãos proferidos entre os anos de 2015 a 2024. Disponível em: [https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&q=\(data_decisao:\[2015-01-01T00:00:00.000Z%20TO%202024-12-31T23:59:59.000Z\]\)](https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&q=(data_decisao:[2015-01-01T00:00:00.000Z%20TO%202024-12-31T23:59:59.000Z])) Acesso em: 20/3/2025.

⁶² Para se manter a semelhança com os critérios dos acórdãos selecionados para esta pesquisa, o parâmetro utilizado, na pesquisa de jurisprudência do sítio do Superior Tribunal Militar, para o levantamento do quantitativo de acórdãos foi a data de julgamento entre os dias 1º/1/2015 a 31/12/2024.

aquiescência com a “minorante inominada”. ⁶³	
Acórdãos em que se discutiu, mas não se aplicou a “minorante inominada”. ⁶⁴	27
Representatividade em termos percentuais da aplicação da “minorante inominada”. ⁶⁵	0,30 (%)

Fonte: elaborado pelo pesquisador.

Igualmente, faz-se prudente elucidar se os jurisdicionados beneficiários da referida minorante ostentam ou não a condição de militares no momento da aplicação da pena. Nesse intuito, a Tabela 3 considera, tão somente, os 25 (vinte e cinco) acórdãos em que houve a aquiescência do Superior Tribunal Militar com a incidência da “minorante inominada” na terceira fase da dosimetria, eis que a condição de beneficiário, desta excepcional causa de

⁶³ Dentre os 52 (cinquenta e dois) acórdãos selecionados que atendem os critérios da pesquisa houve a aquiescência do plenário do STM com a “minorante inominada” nos seguintes: 2) Apelação nº 0000015-78.2009.7.06.0006; 3) Apelação nº 0000052-03.2012.7.06.0006; 4) Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000053-51.2012.7.03.0303; 5) Apelação nº 0000001-81.2014.7.04.0004; 6) Apelação nº 0000065-65.2012.7.03.0303; 7) Apelação nº 0000146-15.2014.7.01.0201; 8) Apelação nº 0000084-17.2015.7.02.0102; 9) Apelação nº 0000138-70.2014.7.02.0007; 10) Apelação nº 700096-10.2017.7.00.0000; 11) Apelação nº 7000404-12.2018.7.00.0000; 14) Apelação nº 7000484-73.2018.7.00.0000; 16) Apelação nº 7000628-13.2019.7.00.0000; 18) Apelação nº 7000584-57.2020.7.00.0000; 19) Apelação nº 7000636-53.2020.7.00.0000; 21) Embargos de Declaração nº 7000637-04.2021.7.00.0000; 22) Apelação nº 7000275-02.2021.7.00.0000; 27) Apelação nº 7000547-93.2021.7.00.0000; 28) Apelação nº 7000835-41.2021.7.00.0000; 31) Apelação nº 7000800-81.2021.7.00.0000; 32) Apelação nº 7000878-75.2021.7.00.0000; 36) Apelação nº 7000867-46.2021.7.00.0000; 37) Apelação nº 7000404-70.2022.7.00.0000; 38) Apelação nº 7000139-68.2022.7.00.0000; 39) Apelação nº 7000740-74.2022.7.00.0000; e 42) Apelação nº 7000026-80.2023.7.00.0000.

⁶⁴ Dentre os 52 (cinquenta e dois) acórdãos selecionados que atendem os critérios da pesquisa, o plenário do STM deixou de aplicar a “minorante inominada” nos seguintes: 1) Apelação nº 0000053-51.2012.7.03.0303; 12) Apelação nº 7000964-51.2018.7.00.0000; 13) Apelação nº 7000924-69.2018.7.00.0000; 15) Apelação nº 7000761-55.2019.7.00.0000; 17) Apelação nº 7000579-35.2020.7.00.0000; 20) Apelação nº 7000623-20.2021.7.00.0000; 23) Apelação nº 7000473-39.2021.7.00.0000; 24) Apelação nº 7000341-79.2021.7.00.0000; 25) Apelação nº 7000444-86.2021.7.00.0000; 26) Apelação nº 7000737-56.2021.7.00.0000; 29) Apelação nº 7000693-37.2021.7.00.0000; 30) Apelação nº 7000372-02.2021.7.00.0000; 33) Embargos Infringentes e de Nulidade nº 7000161-29.2022.7.00.0000; 34) Apelação nº 7000897-81.2021.7.00.0000; 35) Apelação nº 7000621-50.2021.7.00.0000; 40) Apelação nº 7000615-09.2022.7.00.0000; 41) Apelação nº 7000136-79.2023.7.00.0000; 43) Embargos Infringentes e de Nulidade nº 7000721-68.2022.7.00.0000; 44) Apelação nº 7000764-68.2023.7.00.0000; 45) Apelação nº 7000578-45.2023.7.00.0000; 46) Apelação nº 7000932-70.2023.7.00.0000; 47) Apelação nº 7000024-13.2023.7.00.0000; 48) Apelação nº 7000868-60.2023.7.00.0000; 49) Embargos Infringentes e de Nulidade nº 7000428-30.2024.7.00.0000; 50) Apelação nº 7000253-36.2024.7.00.0000; 51) Apelação nº 7000992-43.2023.7.00.0000; e 52) Apelação nº 7000147-45.2022.7.00.0000.

⁶⁵ Para chegar ao percentual, o cálculo realizado foi o seguinte: $30 / 8.330 = 0,36$.

diminuição da pena mínima, é ostentada apenas pelos réus que lograram êxito na aplicação da medida.

Tabela 3 - “Jurisdicionados beneficiários da minorante inominada”

Tipo de beneficiário	Quantitativos (acórdãos)
Militar ⁶⁶⁶⁷⁶⁸	7
ex-Militar ⁶⁹⁷⁰	10
Civil ⁷¹⁷²⁷³	7

Fonte: elaborado pelo pesquisador.

Dos dados, observa-se que, ao longo de um decênio, 24 (vinte e quatro) réus se beneficiaram da aplicação da técnica decisória da “minorante inominada”. Outro ponto relevante a se destacar é a inexistência de viés corporativista, posto que a referida técnica é aplicada aos diferentes tipos de jurisdicionados sujeitos à Justiça Militar da União. Com base nisso, fica visível que a “minorante inominada” não se refere a uma exceção suprallegal destinada a beneficiar militares. Pelo contrário, os dados confirmam que, no momento de aplicação da lei penal, a maioria dos beneficiários resguarda a condição de civil. Lembre-se

⁶⁶ Para os fins desta pesquisa, é considerado militar todo aquele que ao tempo do crime e da aplicação da lei penal ostenta a condição de membro das Forças Armadas, nos termos do art. 3º da Lei nº 6.880/1980.

⁶⁷ Acórdãos: 8) Apelação nº 0000084-17.2015.7.02.0102; 9) Apelação nº 0000138-70.2014.7.02.0007; 11) Apelação nº 7000404-12.2018.7.00.0000; 16) Apelação nº 7000628-13.2019.7.00.0000; 37) Apelação nº 7000404-70.2022.7.00.0000; 38) Apelação nº 7000139-68.2022.7.00.0000; e 42) Apelação nº 7000026-80.2023.7.00.0000.

⁶⁸ Dos 7 (sete) militares da ativa beneficiários da minorante inominada, apenas um deles ostentava, no momento da decisão, a patente de oficial das Forças Armadas (Apelação nº 7000404-12.2018.7.00.0000).

⁶⁹ Para os fins desta pesquisa, entende-se por ex-militar aquele que cometeu o delito enquanto ostentava a condição de membro das Forças Armadas, mas que, no momento da aplicação da lei penal, já estava na condição de civil em virtude de exclusão, licenciamento ou desligamento da organização militar.

⁷⁰ Acórdãos: 2) Apelação nº 0000015-78.2009.7.06.0006; 4) Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000053-51.2012.7.03.0303; 5) Apelação nº 0000001-81.2014.7.04.0004; 6) Apelação nº 0000065-65.2012.7.03.0303; 14) Apelação nº 7000484-73.2018.7.00.0000; 22) Apelação nº 7000275-02.2021.7.00.0000; 27) Apelação nº 7000547-93.2021.7.00.0000; 31) Apelação nº 7000800-81.2021.7.00.0000; 36) Apelação nº 7000867-46.2021.7.00.0000; e 39) Apelação nº 7000740-74.2022.7.00.0000.

⁷¹ Para os fins desta pesquisa, entende-se por civil aquele que ao tempo do crime e, também, da aplicação da lei penal ostentava a condição de civil.

⁷² Acórdãos: 3) Apelação nº 0000052-03.2012.7.06.0006; 7) Apelação nº 0000146-15.2014.7.01.0201; 10) Apelação nº 700096-10.2017.7.00.0000; 18) Apelação nº 7000584-57.2020.7.00.0000; 19) Apelação nº 7000636-53.2020.7.00.0000; 21) Embargos de Declaração nº 7000637-04.2021.7.00.0000; 28) Apelação nº 7000835-41.2021.7.00.0000; e 32) Apelação nº 7000878-75.2021.7.00.0000.

⁷³ Por se tratar do mesmo réu, há único cômputo entre a Apelação nº 7000636-53.2020.7.00.0000 e o Embargos de Declaração nº 7000637-04.2021.7.00.0000;

que esse cômputo abrange os civis e os ex-militares, pois o *status* de militar é conferido apenas aos membros que se encontram na condição do art. 3º da Lei nº 6.880/1980.⁷⁴

Outrossim, resta perceptível que determinados tipos penais, devido ao maior rigor das penas estabelecidas em abstrato no Código Penal Militar, têm exigido dos intérpretes percucientes reflexões a respeito da necessidade ou não de se flexibilizar a pena mínima na terceira fase da dosimetria mediante a incidência da denominada “minorante inominada”. Dito isso, propõe-se a demonstração, por tipo penal, dos crimes que mais deram ensejo às discussões plenárias do STM quanto à aplicação ou não dessa causa de diminuição de pena desprovida de previsão legal.

Tabela 4 - “Discussão da minorante inominada por tipos penais”

Tipo Penal no CPM (<i>nomen iuris</i>)	Quantitativos (acórdãos)
Art. 158 (violência contra militar de serviço). ⁷⁵	10
Art. 163 (recusa de obediência). ⁷⁶	1
Art. 195 (abandono de posto). ⁷⁷	1
Art. 205 (homicídio). ⁷⁸	1
Art. 206 (homicídio culposo). ⁷⁹	2
Art. 240 (furto). ⁸⁰	8

⁷⁴ BRASIL. Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980. *Dispõe sobre o Estatuto dos Militares*. Art. 3º: “Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.”

⁷⁵ Acórdãos: 1) Apelação nº 0000053-51.2012.7.03.0303; 3) Apelação nº 0000052-03.2012.7.06.0006; 4) Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000053-51.2012.7.03.0303; 5) Apelação nº 0000001-81.2014.7.04.0004; 6) Apelação nº 0000065-65.2012.7.03.0303; 19) Apelação nº 7000636-53.2020.7.00.0000; 20) Apelação nº 7000623-20.2021.7.00.0000; 21) Embargos de Declaração nº 7000637-04.2021.7.00.0000; 28) Apelação nº 7000835-41.2021.7.00.0000; e 32) Apelação nº 7000878-75.2021.7.00.0000.

⁷⁶ Acórdão: 11) Apelação nº 7000404-12.2018.7.00.0000.

⁷⁷ Acórdão: 15) Apelação nº 7000761-55.2019.7.00.0000.

⁷⁸ Acórdão: 44) Apelação nº 7000764-68.2023.7.00.0000.

⁷⁹ Acórdão: 16) Apelação nº 7000628-13.2019.7.00.0000; e 52) Apelação nº 7000147-45.2022.7.00.0000.

⁸⁰ Acórdãos: 2) Apelação nº 0000015-78.2009.7.06.0006; 14) Apelação nº 7000484-73.2018.7.00.0000; 17) Apelação nº 7000579-35.2020.7.00.0000; 18) Apelação nº 7000584-57.2020.7.00.0000; 26) Apelação nº 7000737-56.2021.7.00.0000; 40) Apelação nº 7000615-09.2022.7.00.0000; 46) Apelação nº 7000932-70.2023.7.00.0000; e 51) Apelação nº 7000992-43.2023.7.00.0000.

Art. 251 (estelionato). ⁸¹	10
Art. 299 (desacato a militar). ⁸²	1
Art. 303 (peculato). ⁸³	11
Art. 308 (corrupção passiva). ⁸⁴	2
Art. 311 (falsificação de documento). ⁸⁵	2
Art. 315 (uso de documento falso). ⁸⁶	3

Fonte: elaborado pelo pesquisador.

Da tabela 4, depreende-se que os tipos penais que mais têm suscitado discussões sobre a incidência da “minorante inominada” são o de violência contra militar de serviço (art. 158 do CPM), o de furto (art. 240 do CPM), o de estelionato (art. 251 do CPM) e o de peculato (art. 303 do CPM), que juntos correspondem a 39 (trinta e nove) dos 52 (cinquenta e dois) acórdãos analisados. Percentualmente, esses tipos penais equivalem a 75% (setenta e cinco por cento) dos casos. Sobre os crimes impropriamente militares⁸⁷, chama a atenção o fato de que inexistente tratamento isonômico por parte do legislador ordinário entre o violador da norma penal militar e o violador da norma penal comum, visto que houve a opção de tratar com

⁸¹ Acórdãos: 27) Apelação n° 7000547-93.2021.7.00.0000; 31) Apelação n° 7000800-81.2021.7.00.0000; 34) Apelação n° 7000897-81.2021.7.00.0000; 35) Apelação n° 7000621-50.2021.7.00.0000; 36) Apelação n° 7000867-46.2021.7.00.0000; 37) Apelação n° 7000404-70.2022.7.00.0000; 39) Apelação n° 7000740-74.2022.7.00.0000; 41) Apelação n° 7000136-79.2023.7.00.0000; 44) Apelação n° 7000764-68.2023.7.00.0000; e 47) Apelação n° 7000024-13.2023.7.00.0000.

⁸² Acórdão: 12) Apelação n° 7000964-51.2018.7.00.0000.

⁸³ Acórdãos: 23) Apelação n° 7000473-39.2021.7.00.0000; 24) Apelação n° 7000341-79.2021.7.00.0000; 25) Apelação n° 7000444-86.2021.7.00.0000; 29) Apelação n° 7000693-37.2021.7.00.0000; 30) Apelação n° 7000372-02.2021.7.00.0000; 33) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000161-29.2022.7.00.0000; 38) Apelação n° 7000139-68.2022.7.00.0000; 42) Apelação n° 7000026-80.2023.7.00.0000; 43) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000721-68.2022.7.00.0000; 45) Apelação n° 7000578-45.2023.7.00.0000; e 49) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000428-30.2024.7.00.0000.

⁸⁴ Acórdãos: 9) Apelação n° 0000138-70.2014.7.02.0007 e 50) Apelação n° 7000253-36.2024.7.00.0000.

⁸⁵ Acórdãos: 10) Apelação n° 700096-10.2017.7.00.0000 e 13) Apelação n° 7000924-69.2018.7.00.0000.

⁸⁶ Acórdãos: 7) Apelação n° 0000146-15.2014.7.01.0201; 8) Apelação n° 0000084-17.2015.7.02.0102; e 22) Apelação n° 7000275-02.2021.7.00.0000.

⁸⁷ Entende-se por crimes impropriamente militares aqueles que “têm definição no Código Penal e no Código Penal Militar, cujos sujeitos ativos são tanto os militares quanto os civis. São, em substância, crimes comuns, mas que se tornam militares pela anormalidade da época ou do tempo em que são cometidos (ratione temporis), do local (ratione loci), em razão da função do agente (propter officium), sobretudo, em razão da matéria (ratione materiae) causar lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico penal militar.” (Rossetto, 2024, p. RL-1.10).

maior rigor o infrator da legislação criminal castrense. A tabela a seguir, confeccionada a partir dos 4 (quatro) delitos destacados acima, evidencia as diferenças entre os normativos:

Tabela 5 - “Comparativo de penas entre o CPM e o CP”

Tipo Penal no CPM	Preceito Secundário	Tipo Penal no CP	Preceito Secundário
Art. 158 (violência contra militar de serviço).	Pena - reclusão, de três a oito anos.	Não possui delito correspondente.	Não se aplica.
Art. 240 (furto).	Pena - reclusão, até seis anos.	Art. 155 (furto).	Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.
Art. 251 (estelionato).	Pena - reclusão, de dois a sete anos.	Art. 171 (estelionato).	Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.
Art. 303 (peculato).	Pena - reclusão, de três a quinze anos.	Art. 312 (peculato).	Pena - reclusão, de dois a doze anos.

Fonte: elaborado pelo pesquisador.

A partir dos dados, não se denota equivocada a compreensão de que um dos fatores de influência no desenvolvimento da técnica decisória da “minorante inominada” no âmbito da Justiça Militar da União reside, também, no exacerbado rigor da lei penal castrense. Isso porque, durante a análise judicial, as excepcionais circunstâncias do caso concreto, quando cotejadas com o respectivo preceito secundário, podem indicar para o intérprete, dentro do específico caso que se analisa, a ausência de moderação da pena fixada em abstrato no campo normativo.

O primeiro dos acórdãos selecionados para a pesquisa⁸⁸ evidencia que a intenção por trás do emprego da técnica foi a de equilibrar a sanção do artigo 158 do CPM⁸⁹ (violência contra militar de serviço), que estabelece a pena mínima em 3 (três) anos de reclusão. O objetivo do ministro foi o de assegurar ao réu tratamento sancionatório correspondente à reprovabilidade da conduta. No referido caso, o sujeito ativo, em ato reativo, limitou-se a desferir único soco contra a face da vítima que estava de serviço no alojamento. Com base

⁸⁸ Acórdão: 1) Apelação nº 0000053-51.2012.7.03.0303.

⁸⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Código Penal Militar*. Art. 158: “Praticar violência contra oficial de dia, de serviço, ou de quarto, ou contra sentinela, vigia ou plantão. Pena – reclusão, de três a oito anos.”

nisso, o voto proferido pelo Ministro José Barroso Filho considerou que a conduta de desferir único soco era reprovável, mas não ao ponto, por exemplo, de ter “um desvalor 3 (três) vezes superior ao ato de se cometer um homicídio culposo contra um militar – art. 206 do mesmo codex, cuja pena mínima é igual a 1 (um) ano” (Filho, 2015, p. 21)⁹⁰. Do argumento, facilmente se evidencia que o entendimento do ministro era favorável à aplicação da reprimenda, mas que a definição do *quantum* da sanção deveria mensurar os critérios de excepcionalidade que se fizessem incidir ao caso (Filho, 2015, p. 24).

Modernamente, tratar alguém com isonomia é ir além das tradicionais vertentes teóricas sobre o tema. Nesse sentido, autores contemporâneos têm afirmado que “o direito ao tratamento isonômico compreende o direito de ser considerado de modo particular, ou o reconhecimento do direito à diferença” (Medina, 2024, p. RL-1.3). Sabe-se que, na aplicação da sanção penal, o momento propício para se reconhecer as diferenças fáticas, comportamentais e anímicas da conduta perpetrada pelo agente é o da individualização da reprimenda pelo julgador. Por essa razão, não se deve interpretar a diferenciação realizada pelo magistrado em determinado caso concreto como elemento violador do princípio da isonomia, visto que o ato de diferenciar a reprimenda detém por finalidade a equalização da situação jurídica em análise. Consequentemente, há quem defenda que “a individualização da pena é consectário da isonomia, ou seja, é o desigual tratamento penal para autores desiguais em diferentes circunstâncias” (Junqueira; Marques, 2020, p. RB-7.10). Por outro lado, é notório que o intérprete, ao diferenciar a conduta de determinado réu, exerce juízo valorativo. Assim, para possibilitar o controle da decisão penal, é essencial que o Órgão julgante explicita, com fundamentos concretos, as excepcionais circunstâncias que o levaram a flexibilizar a pena mínima estabelecida em abstrato no campo normativo.

A aplicação da lei penal perpassa pela interação entre diferentes atores jurídicos, em especial: acusação, defesa e magistratura. Devido a essa característica, parece pertinente escrutinar, ainda mais, a formatação da flexibilização judicial da pena pela técnica da “minorante inominada” no intuito de aferir as situações em que a iniciativa de aplicação tenha partido do julgador de ofício, da solicitação da defesa, ou ainda, da solicitação de rechaço pelo titular da ação penal. Para se desincumbir dessa tarefa, a Tabela 6 considera a totalidade dos 52 (cinquenta e dois) acórdãos selecionados para o estudo, posto que a iniciativa de

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000053-51.2012.7.03.0303. Relator: Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva. Declaração de Voto: Min. José Barroso Filho. Brasília, DF, 26 mar. 2015. Disponível em: <https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2014/50/10019519/10019519.pdf> Acesso em: 14/4/2025.

aplicação da “minorante inominada” independe do resultado do julgamento. Por pertinente, esclarece-se que, nesse estudo, figura-se como o titular da iniciativa de aplicação, de manutenção ou de rechaço da “minorante inominada”, o operador do direito que realizou a primeira manifestação nos autos submetidos ao crivo do STM. Assim, para cada acórdão, estabelece-se único autor da iniciativa.

Tabela 6 - “Iniciativa de aplicação, de manutenção ou de rechaço da minorante inominada”

Iniciativas de Aplicação, de manutenção ou de rechaço.	Quantitativos (acórdãos)
Julgador “ex officio”. ⁹¹	30
Requerimento de aplicação por parte da defesa. ⁹²	17
Requerimento de rechaço por parte do titular da ação penal ⁹³	5

Fonte: elaborado pelo pesquisador.

⁹¹ Acórdãos: 1) Apelação n° 0000053-51.2012.7.03.0303; 2) Apelação n° 0000015-78.2009.7.06.0006; 3) Apelação n° 0000052-03.2012.7.06.0006; 5) Apelação n° 0000001-81.2014.7.04.0004; 7) Apelação n° 0000146-15.2014.7.01.0201; 8) Apelação n° 0000084-17.2015.7.02.0102; 9) Apelação n° 0000138-70.2014.7.02.0007; 10) Apelação n° 700096-10.2017.7.00.0000; 11) Apelação n° 7000404-12.2018.7.00.0000; 14) Apelação n° 7000484-73.2018.7.00.0000; 16) Apelação n° 7000628-13.2019.7.00.0000; 18) Apelação n° 7000584-57.2020.7.00.0000; 22) Apelação n° 7000275-02.2021.7.00.0000; 23) Apelação n° 7000473-39.2021.7.00.0000; 24) Apelação n° 7000341-79.2021.7.00.0000; 25) Apelação n° 7000444-86.2021.7.00.0000; 27) Apelação n° 7000547-93.2021.7.00.0000; 28) Apelação n° 7000835-41.2021.7.00.0000; 29) Apelação n° 7000693-37.2021.7.00.0000; 30) Apelação n° 7000372-02.2021.7.00.0000; 31) Apelação n° 7000800-81.2021.7.00.0000; 32) Apelação n° 7000878-75.2021.7.00.0000; 36) Apelação n° 7000867-46.2021.7.00.0000; 37) Apelação n° 7000404-70.2022.7.00.0000; 38) Apelação n° 7000139-68.2022.7.00.0000; 42) Apelação n° 7000026-80.2023.7.00.0000; 45) Apelação n° 7000578-45.2023.7.00.0000; 50) Apelação n° 7000253-36.2024.7.00.0000; 51) Apelação n° 7000992-43.2023.7.00.0000; e 52) Apelação n° 7000147-45.2022.7.00.0000.

⁹² Acórdãos: 4) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 0000053-51.2012.7.03.0303; 6) Apelação n° 0000065-65.2012.7.03.0303; 12) Apelação n° 7000964-51.2018.7.00.0000; 13) Apelação n° 7000924-69.2018.7.00.0000; 15) Apelação n° 7000761-55.2019.7.00.0000; 19) Apelação n° 7000636-53.2020.7.00.0000; 20) Apelação n° 7000623-20.2021.7.00.0000; 21) Embargos de Declaração n° 7000637-04.2021.7.00.0000; 33) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000161-29.2022.7.00.0000; 39) Apelação n° 7000740-74.2022.7.00.0000; 40) Apelação n° 7000615-09.2022.7.00.0000; 41) Apelação n° 7000136-79.2023.7.00.0000; 43) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000721-68.2022.7.00.0000; 44) Apelação n° 7000764-68.2023.7.00.0000; 47) Apelação n° 7000024-13.2023.7.00.0000; 48) Apelação n° 7000868-60.2023.7.00.0000; e 49) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000428-30.2024.7.00.0000.

⁹³ 17) Apelação n° 7000579-35.2020.7.00.0000; 26) Apelação n° 7000737-56.2021.7.00.0000; 34) Apelação n° 7000897-81.2021.7.00.0000; 35) Apelação n° 7000621-50.2021.7.00.0000; e 46) Apelação n° 7000932-70.2023.7.00.0000.

O estudo dos dados sobre a iniciativa de discussão da “minorante inominada” permite observar que essa técnica decisória está entrelaçada ao dever judicial de proferir decisões adequadas (T12) para o caso em julgamento. Tal constatação torna-se perceptível não só da leitura do teor dos julgados, como também da própria iniciativa de ofício do magistrado, que, mesmo sem requerimento expresso, precisou intervir na dosimetria sancionatória a fim de assegurar uma decisão judicial justa. Os subtópicos subsequentes elucidarão melhor os fundamentos decisórios, momento em que as razões de decidir serão explicitadas à luz da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Por ora, deve-se notar que a maior parte das intervenções em prol das discussões quanto à flexibilização judicial da pena mínima, 30 (trinta) acórdãos, partiu do próprio Órgão julgante. Em contrapartida, houve iniciativa da defesa em 17 (dezesete) acórdãos em que a aplicação da “minorante inominada” foi suscitada em benefício do réu. Quanto ao Ministério Público, as iniciativas limitaram-se ao rechaço da “minorante inominada”, isto é, em 5 (cinco) acórdãos foi requerido o afastamento da medida flexibilizadora. Cabe mencionar que, embora não tenha sido o titular da iniciativa, no acórdão 19⁹⁴ o Órgão acusatório aquiesceu, em sede de Contrarrazões, com a aplicação da “minorante inominada”, desde que esta fosse aplicada no patamar redutor de 1/3 (um terço) da pena. Assim, é possível aferir que os debates, em torno dessa técnica decisória, por ora restrita à Justiça Militar, vêm sendo fomentados por diferentes atores jurídicos.

Uma das possíveis leituras acerca dos dados apresentados é de que essa técnica decisória produz reflexos práticos na intervenção estatal realizada pelo julgador. Isso porque a fixação da pena considera os preceitos legais preexistentes (T11), mas na etapa final da dosimetria vai além (cruza a linha). Para assegurar a pena adequada (T12), estabelece uma “minorante” que não decorre diretamente do texto legal. A ausência de previsão em lei da “minorante inominada” impõe tarefas adicionais ao intérprete para justificar a racionalidade do discurso jurídico, tendo em vista que a finalidade última do julgador é assegurar a proporcionalidade da sanção penal para que esta não viole os direitos fundamentais do réu.

4.1 Razão de decidir: os fundamentos principiológicos da “minorante inominada”

A análise dos princípios, como elementos de fundamentação das decisões por parte dos julgadores, considera a recorrência das menções explicitadas nos acórdãos. Informa-se que os dados da tabela proposta abaixo consideram, por acórdão, apenas uma menção ao princípio utilizado, desde que correlacionada com as justificativas da “minorante inominada”.

⁹⁴ Acórdão: 19) Apelação n° 7000636-53.2020.7.00.0000.

Assim, a verificação recai sobre o texto dos julgados, nos tópicos (parágrafos) em que o intérprete justifica a aquiescência ou o rechaço da “minorante inominada”. Busca-se identificar, por intermédio das menções, os princípios que serviram de base para o processo de tomada de decisão. Com o levantamento, espera-se evidenciar a principiologia envolta na sustentação da mencionada minorante. Para tanto, o pesquisador realizou a leitura de cada um dos 52 (cinquenta e dois) acórdãos selecionados e detectou os principais princípios presentes na fundamentação do inteiro teor dos acórdãos. Por pertinente, clarifica-se que as menções ao princípio da proporcionalidade englobam as realizadas em face dos princípios da razoabilidade e da adequação, visto que, juridicamente, estes últimos podem ser considerados decorrentes da ideia de proporcionalidade.

Tabela 7 - “Fundamentos principiológicos da minorante inominada”

Princípios mencionados nos acórdãos	Quantitativos (acórdãos)
Princípio da legalidade ⁹⁵	11
Princípio da proporcionalidade (razoabilidade e	48

⁹⁵ Acórdãos: 1) Apelação n° 0000053-51.2012.7.03.0303; 19) Apelação n° 7000636-53.2020.7.00.0000; 21) Embargos de Declaração n° 7000637-04.2021.7.00.0000; 24) Apelação n° 7000341-79.2021.7.00.0000; 25) Apelação n° 7000444-86.2021.7.00.0000; 26) Apelação n° 7000737-56.2021.7.00.0000; 29) Apelação n° 7000693-37.2021.7.00.0000; 35) Apelação n° 7000621-50.2021.7.00.0000; 44) Apelação n° 7000764-68.2023.7.00.0000; 50) Apelação n° 7000253-36.2024.7.00.0000; 51) Apelação n° 7000992-43.2023.7.00.0000.

adequação) ⁹⁶	
Princípio da individualização da pena ⁹⁷	16
Princípio da dignidade da pessoa humana ⁹⁸	10

Fonte: elaborado pelo pesquisador.

Ademais, esclarece-se que este subtópico indica, especificamente, nas notas de rodapé, os acórdãos que aprofundam as justificativas decisórias. Por outro lado, os arestos não indicados – que, na verdade, compõem a maior parte dos casos – são os que enfrentam o tema da “minorante inominada” de forma mais genérica e simbólica, ou seja, fiam-se em fazer

⁹⁶ Acórdãos: 1) Apelação n° 0000053-51.2012.7.03.0303; 2) Apelação n° 0000015-78.2009.7.06.0006; 3) Apelação n° 0000052-03.2012.7.06.0006; 4) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 0000053-51.2012.7.03.0303; 5) Apelação n° 0000001-81.2014.7.04.0004; 6) Apelação n° 0000065-65.2012.7.03.0303; 7) Apelação n° 0000146-15.2014.7.01.0201; 8) Apelação n° 0000084-17.2015.7.02.0102; 9) Apelação n° 0000138-70.2014.7.02.0007; 10) Apelação n° 700096-10.2017.7.00.0000; 11) Apelação n° 7000404-12.2018.7.00.0000; 12) Apelação n° 7000964-51.2018.7.00.0000; 14) Apelação n° 7000484-73.2018.7.00.0000; 15) Apelação n° 7000761-55.2019.7.00.0000; 16) Apelação n° 7000628-13.2019.7.00.0000; 17) Apelação n° 7000579-35.2020.7.00.0000; 18) Apelação n° 7000584-57.2020.7.00.0000; 19) Apelação n° 7000636-53.2020.7.00.0000; 20) Apelação n° 7000623-20.2021.7.00.0000; 21) Embargos de Declaração n° 7000637-04.2021.7.00.0000; 22) Apelação n° 7000275-02.2021.7.00.0000; 23) Apelação n° 7000473-39.2021.7.00.0000; 24) Apelação n° 7000341-79.2021.7.00.0000; 25) Apelação n° 7000444-86.2021.7.00.0000; 26) Apelação n° 7000737-56.2021.7.00.0000; 27) Apelação n° 7000547-93.2021.7.00.0000; 28) Apelação n° 7000835-41.2021.7.00.0000; 29) Apelação n° 7000693-37.2021.7.00.0000; 30) Apelação n° 7000372-02.2021.7.00.0000; 31) Apelação n° 7000800-81.2021.7.00.0000; 32) Apelação n° 7000878-75.2021.7.00.0000; 33) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000161-29.2022.7.00.0000; 34) Apelação n° 7000897-81.2021.7.00.0000; 35) Apelação n° 7000621-50.2021.7.00.0000; 36) Apelação n° 7000867-46.2021.7.00.0000; 37) Apelação n° 7000404-70.2022.7.00.0000; 39) Apelação n° 7000740-74.2022.7.00.0000; 41) Apelação n° 7000136-79.2023.7.00.0000; 42) Apelação n° 7000026-80.2023.7.00.0000; 44) Apelação n° 7000764-68.2023.7.00.0000; 45) Apelação n° 7000578-45.2023.7.00.0000; 46) Apelação n° 7000932-70.2023.7.00.0000; 47) Apelação n° 7000024-13.2023.7.00.0000; 48) Apelação n° 7000868-60.2023.7.00.0000; 49) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000428-30.2024.7.00.0000; 50) Apelação n° 7000253-36.2024.7.00.0000; 51) Apelação n° 7000992-43.2023.7.00.0000; e 52) Apelação n° 7000147-45.2022.7.00.0000.

⁹⁷ Acórdãos: 1) Apelação n° 0000053-51.2012.7.03.0303; 18) Apelação n° 7000584-57.2020.7.00.0000; 19) Apelação n° 7000636-53.2020.7.00.0000; 21) Embargos de Declaração n° 7000637-04.2021.7.00.0000; 24) Apelação n° 7000341-79.2021.7.00.0000; 25) Apelação n° 7000444-86.2021.7.00.0000; 26) Apelação n° 7000737-56.2021.7.00.0000; 29) Apelação n° 7000693-37.2021.7.00.0000; 30) Apelação n° 7000372-02.2021.7.00.0000; 33) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000161-29.2022.7.00.0000; 35) Apelação n° 7000621-50.2021.7.00.0000; 44) Apelação n° 7000764-68.2023.7.00.0000; 45) Apelação n° 7000578-45.2023.7.00.0000; 49) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000428-30.2024.7.00.0000; 50) Apelação n° 7000253-36.2024.7.00.0000; e 52) Apelação n° 7000147-45.2022.7.00.0000.

⁹⁸ Acórdãos: 10) Apelação n° 700096-10.2017.7.00.0000; 11) Apelação n° 7000404-12.2018.7.00.0000; 14) Apelação n° 7000484-73.2018.7.00.0000; 16) Apelação n° 7000628-13.2019.7.00.0000; 17) Apelação n° 7000579-35.2020.7.00.0000; 21) Embargos de Declaração n° 7000637-04.2021.7.00.0000; 23) Apelação n° 7000473-39.2021.7.00.0000; 26) Apelação n° 7000737-56.2021.7.00.0000; 33) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000161-29.2022.7.00.0000; e 49) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 7000428-30.2024.7.00.0000.

referências a julgados anteriores representativos do entendimento firmado no âmbito do STM. Por oportuno, esclarece-se que as indicações de autoria, data e página realizadas nas transcrições diretas deste subtópico referem-se ao autor da citação, ao ano de julgamento e à respectiva página do inteiro teor do acórdão que serviu de objeto para o desenvolvimento do trecho correspondente.

No escrutínio dos arestos, ganha relevo a declaração de voto proferida pelo Ministro José Barroso Filho nos autos da apelação⁹⁹ julgada, pelo plenário, em 26.03.2015. Neste voto, o ministro defende a adequação da pena mediante a aplicação da “minorante inominada”, acentuando que “a resposta estatal ao infrator deve ser proporcional (necessária, adequada e sem excesso) ao fato praticado e fim almejado com a sanção” (Filho, 2015, p. 21). Mais adiante, ele conclui que a interpretação se trata de “verdadeiro juízo de intensidade (justa medida), no qual são colocados meios e fim em equação mediante um juízo de ponderação, avaliando-se se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim” (Filho, 2015, p. 21). Desde o início, observa-se facilmente que a lógica argumentativa desse modo de flexibilização judicial da pena mínima se ancora, ainda que não referido de forma expressa nos julgados, em elementos trabalhados por Alexy, tais como o uso da ponderação e do balanceamento de princípios como o da proporcionalidade. A declaração de voto considerou que o processo penal é marcado pela bipolarização “entre o *ius puniendi* – direito de punir – e o *ius libertatis* – direito à liberdade” (Filho, 2015, p. 21), razão pela qual cabe ao Órgão julgante prolatar, ao final do processo judicial, “um provimento jurisdicional justo, adequado, suficiente, mantendo-se a necessidade reprovatória e preventiva” (Filho, 2015, p. 22).

Ponderou-se que os aplicadores da norma há muito abandonaram a interpretação calcada no “*brocardo in claris, cessat interpretatio* dos exegetas da antiga Escola Clássica, para adotar uma postura mais flexível, mais condizente com as dificuldades da aplicação dos legais, à multifacetada realidade fática” (Filho, 2015, p. 22). O trecho deixa claro que a análise do magistrado não está totalmente adstrita à lei, pois a interpretação jurídica pode se socorrer de outras fontes do direito para aperfeiçoamento da decisão. Nesse sentido, considerou que a interpretação das normas deve considerar “os fins buscados pelo legislador” (Filho, 2015, p. 22), mas também confrontá-los “com as exigências da natureza humana”

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação n° 0000053-51.2012.7.03.0303. Relator: Min. Ten Brig Ar Cleonilson Nicácio Silva. Declaração de Voto: Min. José Barroso Filho. Brasília, DF, 26 mar. 2015. Disponível em: <https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2014/50/10019519/10019519.pdf> Acesso em: 18.04.2025.

(Filho, 2015, p. 22). Ancorado nesses aspectos, ressaltou que “os princípios, sejam expressos ou implícitos, possuem força normativa, assim como as regras, mas estão alicerçados de alcance muito mais robusto” (Filho, 2015, p. 23). Por essa razão, o ministro entendeu que “pelo prisma da proporcionalidade e seus corolários, a condenação impunha-se como adequada e necessária, porém feria a proporcionalidade, em sentido estrito” (Filho, 2015, p. 23).

Nessa linha de pensamento, o ministro esclareceu que a proporcionalidade, enquanto princípio, foi um dos nortes da interpretação realizada. Desse modo, entendeu que, diante dos ditames trazidos ao processo pelo princípio da proporcionalidade, seria adequada e necessária “a adoção de uma interpretação harmônica com o Direito Constitucional, como a justa medida para o deslinde do feito” (Filho, 2015, p. 23). Mais uma vez, o ministro explicita ao leitor, de forma evidente, a orientação jurídica de índole pós-positivista da exegese aplicada. Além disso, afirmou que essa interpretação, ancorada em princípio constitucional, não deve ser tomada “como o exercício de um ativismo judicial inoportuno e desnecessário” (Filho, 2015, p. 24), pois o intento da intervenção judicial é o de sopesar as circunstâncias excepcionais do caso submetido a juízo. Com base nisso, esclareceu que a “minorante inominada”, lastreada em critérios de proporcionalidade da pena, “não tem a pretensão de inaugurar uma liberdade desarrazoada de a autoridade judiciária cominar penas, ofendendo ao princípio da legalidade.” (Filho, 2015, p. 24). Até porque “se a missão do magistrado é clara no sentido de não legislar, também é cristalina no sentido do dever inafastável de entregar justiça ao caso concreto, quando constatada a impertinência do parâmetro legal de punição” (Filho, 2015, p. 24).

Ao reexaminar a questão, em sede de embargos infringentes¹⁰⁰, julgado pelo plenário em 15/3/2016, o Ministro Carlos Augusto de Sousa declarou que “se por um lado ainda pairam dúvidas sobre a aplicação desse instituto, por outro, está clara a desproporcionalidade existente entre a conduta do acusado e a pena a ele cominada” (Souza, 2016, p. 7). Por esse motivo, entendeu que o jurisdicionado não deveria arcar com reprimenda mais grave do que a conduta perpetrada. Desse modo, assentou que a “minorante inominada” somente deve ser “adotada por esta Corte diante de situações em que a desproporcionalidade entre a conduta praticada e a resposta penal se mostre evidente.” (Souza, 2016, p. 7). Entretanto, ressaltou “a necessidade de fixação de parâmetros para a delimitação da aplicação da chamada minorante

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000053-51.2012.7.03.0303. Relator: Min. Alte Esq Carlos Augusto de Souza. Brasília, DF, 15 mar. 2016. Disponível em: <https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2015/170/10514939/10514939.pdf> Acesso em: 19.04.2025.

inominada, a fim de conferir previsibilidade, coerência e segurança jurídica à jurisprudência desta Corte Castrense” (Souza, 2016, p. 7).

Em apelação¹⁰¹, julgada em 26/3/2019, o Ministro Álvaro Luiz Pinto fundamentou a “minorante inominada” pela ótica do caráter utilitário da pena. Com esse intuito, lembrou que o Brasil adotou a teoria mista da finalidade da pena, a qual “tem como espeque a parte final do art. 59 do CP comum, onde está disposto que a sanção penal deve ser *necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*” (Pinto, 2019, p. 18). Por esse entendimento, a pena, para ser justa, deve ser graduada de forma adequada “não só para compensar a reprovação do mal causado à sociedade (função retributiva), como para reeducar o criminoso e para evitar a prática de novos delitos (função preventiva)” (Pinto, 2019, p. 18). A perspectiva exposta pelo ministro integra a referida minorante aos aspectos utilitários do controle social e revela a preocupação com o excesso punitivo, pois a aplicação do instituto não visa gerar impunidade, tampouco inibir a conduta sob julgamento ou, ainda, deixar de desincentivar eventuais delitos futuros. A rigor, o que se almeja evitar é a punição desmesurada, ou seja, a fixação de censura que vai além do necessário. Com base nisso, o ministro entendeu ser “imperioso ajustar a resposta penal à extensão do mal causado pelo réu [...] com o reconhecimento da minorante inominada” (Pinto, 2019, p. 18).

Nos autos de apelação¹⁰², julgada pelo plenário em 17/6/2021, o Ministro José Coelho Ferreira, ao aplicar a “minorante inominada”, consignou que o princípio da proporcionalidade é “forma de integrar uma exigência ínsita ao Estado Democrático de Direito” (Ferreira, 2021, p. 14), e, por essa razão, deve ser utilizado “como instrumento de proteção do indivíduo contra excessos e medidas desnecessárias ou excessivas, que causem aos cidadãos danos mais graves que o indispensável para a proteção dos interesses públicos” (Ferreira, 2021, p. 14). Nessa linha de pensamento, refutou a violação do princípio constitucional da legalidade, tendo em vista que a adequação da pena com base na referida minorante tem por finalidade assegurar o princípio constitucional da individualização da pena. Diante do Acórdão, a irresignação do Ministério Público Militar culminou na interposição de embargos de

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000404-12.2018.7.00.0000. Relator: Min. Alte Esq Álvaro Luiz Pinto. Brasília, DF, 26 mar. 2019. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuid=ad458231c3eafc80501b98e79f46ccc3e61dfc70ae5f3b0b66e34bc5e52c41e Acesso em 19.04.2025.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000636-53.2020.7.00.0000. Relator: Min. José Coelho Ferreira. Brasília, DF, 17 jun. 2021. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuid=9d0e46fb0b72eef1229e44d63d77fd7e1d01b615e7ae0930f3823f3671a19d5 Acesso em: 19.04.2025.

declaração¹⁰³, julgado pelo plenário em 11/11/2021. Neste feito, o ministro ressaltou que a decisão em prol da “minorante inominada” visou salvaguardar “o princípio da igualdade e, além disso, os princípios fundamentais da República (art. 1º da Constituição Federal), tais como da cidadania e da dignidade da pessoa humana” (Ferreira, 2021, p. 12), e também por considerar a condição de civil do infrator da norma, que não era alcançado pelos rigores da hierarquia e da disciplina militares. Dessa forma, arrematou que a individualização não pode deixar de levar “em conta as peculiaridades aplicadas para cada caso em concreto” (Ferreira, 2021, p. 21).

Enfrentando o contexto de operação militar mal-sucedida, a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha entendeu, em relevante apelação¹⁰⁴ julgada pelo plenário em 18/12/2024, que a individualização da reprimenda deveria considerar as particularidades do caso concreto, visto que os militares integrantes de um grupo de combate possuem, por incumbência legal¹⁰⁵, obrigações diferenciadas devido à estrutura hierarquizada das Forças Armadas. Assim, “não parece crível anuir que os deveres dentro de um grupo de combate sejam aquilatados de forma equivalente, desconsiderando a responsabilidade e o grau hierárquico do posto e da patente” (Rocha, 2024, p. 150). Por tal motivo, observou que “dentro de um grupo de comando, uma é a responsabilidade de um oficial, outra é a de um praça graduado, as quais não correspondem às de cabos e soldados” (Rocha, 2024, p. 151). Ancorada nesses fundamentos, a ministra assentou que a individualização da pena não poderia desconsiderar, até mesmo por razões de política criminal, “a ordenação da autoridade e os níveis de responsabilidade acorde o grau hierárquico dos envolvidos na intervenção criminosa.” (Rocha, 2024, p. 152).

É nítido que, no contexto militar das Forças Armadas, “a formação e o aperfeiçoamento [...] são diferentes para cada posto ou graduação, bem assim é a diferenciação dentro das respectivas armas, quadros e serviços” (Rocha, 2024, p. 153). Diante dessas peculiaridades, tem-se que, na conjuntura de determinada operação militar, “a

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Embargos de Declaração nº 7000637-04.2021.7.00.0000. Relator: Min. José Coelho Ferreira. Brasília, DF, 11 nov. 2021. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuiid=f72b4c52c770a738ee70913ebf777fa5e52ce5910d4bc5b17bf0eb71e20a5005 Acesso em: 19.04.2025.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000147-45.2022.7.00.0000. Relator: Min Ten Brig Ar Carlos Augusto Amaral Oliveira. Declaração de Voto: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Brasília, DF, 18 dez. 2024. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuiid=79e9c7e63ca7df086c08aa170bdd3464c184c4a35b42d856d7b0b2a26083fc63 Acesso em: 19.04.2025.

¹⁰⁵ Nesse sentido, confira-se a Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980.

avaliação acerca do cumprimento da missão e da eventual necessidade de ações complementares é sobretudo dos comandantes” (Rocha, 2024, p. 153), especialmente pelo fato de que “são formados e treinados para compreender a ação militar sob o prisma da fração que lideram” (Rocha, 2024, p. 153). Esse plexo diferenciado de responsabilidades não deve passar despercebido ao julgador ao aplicar a norma penal, razão pela qual entendeu prudente a equalização da reprimenda dos soldados e cabos, visto que são considerados, pelo Estatuto dos Militares, meros elementos de execução. Ao propor a incidência da “minorante inominada” ao caso, deu vazão implícita ao princípio da isonomia na vertente contemporânea dos direitos à diferenciação e à particularização. Além disso, lembrou que “a legitimidade da pena se atrela à ideia de utilidade social e de autonomia ética, com o fito de alcançar a sua finalidade última: a justiça” (Rocha, 2024, p. 157).

No que se refere às principais justificativas para o rechaço da “minorante inominada”, o Ministro Marco Antônio de Farias, em Apelação¹⁰⁶, afirmou que a técnica necessita cumprir indeclinável condição, uma vez que “deve incidir somente quando a pena, originariamente imposta, após a contextualização dos comandos legais previstos, refulge desproporcional” (Farias, 2019, p. 8). Por esse ângulo, depreende-se que a dosimetria da pena, inicialmente, deve ser realizada pelo julgador com a observância dos parâmetros legais previamente estabelecidos. No entanto, caso o intérprete constate a desproporcionalidade da pena em relação à conduta perpetrada e às consequências do crime, somente nessa hipótese restrita poderá ser considerada a aplicação da “minorante inominada” em homenagem ao princípio da proporcionalidade. Em nova oportunidade¹⁰⁷, o STM, de forma similar, reforçou ser “incabível a chamada ‘minorante inominada’ quando, para a aplicação justa e proporcional da sanção penal, basta ao juízo *a quo* valer-se da clara incidência de institutos de Direito Penal Militar” (Farias, 2020, p. 3). Como regra, nota-se a nítida preferência pelos critérios legais da dosimetria sancionatória.

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000761-55.2019.7.00.0000. Relator: Min. Gen Ex Marco Antônio Farias. Brasília, DF, 19 set. 2019. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuid=f3619d7705f027c4fde6d8bb9a3df4dd50dd86ff5b8403afa9863739d5bd3f367 Acesso em: 20.04.2025.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000579-35.2020.7.00.0000. Relator: Min. Gen Ex Marco Antônio Farias. Brasília, DF, 03 dez. 2020. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuid=0647df160c8eae199968d8e5a1d7659557b830a570b897dfa51eb146c3d8ad48 Acesso em: 20.04.2025.

O Superior Tribunal Militar, no rechaço da “minorante inominada”¹⁰⁸, tem externalizado também que “a incidência do instituto está adstrita a circunstâncias fáticas excepcionais, verificadas nos casos em que a fixação da reprimenda imposta se revela muito além do necessário para o restabelecimento da ordem jurídica abalada pelo cometimento do injusto” (Viveiros, 2022, p. 9). Nessa perspectiva, o Ministro Cláudio Portugal de Viveiros conclui que “se do cotejo dos elementos fáticos do processo não exurgirem circunstâncias relevantes que a legitimem, não há que se cogitar do emprego do instituto” (Viveiros, 2022, p. 9). Em outro julgamento¹⁰⁹, o Ministro Lourival Carvalho Silva declarou a respeito da “minorante inominada” que “por ser excepcional, sua aplicação deve ser criteriosamente avaliada em cada caso, não podendo incidir, de forma geral e irrestrita, sem a adequada ponderação das circunstâncias que envolveram a prática delitiva e, sobretudo, as consequências do ilícito” (Silva, 2023, p. 51). Os arestos citados indicam que a questão da proporcionalidade da pena é tema central para o julgador. Em regra, os critérios legais devem estabelecer o norte de aplicação da pena. Porém, repara-se que, excepcionalmente, existem situações jurídicas em que a pena adequada, na perspectiva do aplicador da lei, não é alcançada com os critérios oferecidos pelo legislador. Pelo que se descreveu, seriam essas situações as que justificariam a flexibilização da pena mínima por intermédio da “minorante inominada”.

4.2 Princípio da legalidade: aspectos da teoria da argumentação jurídica na aplicação da “minorante inominada”

A partir da análise dos 52 (cinquenta e dois) acórdãos selecionados, verifica-se que os fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal Militar para justificar o afastamento da pena mínima são de natureza principiológica. A análise dos acórdãos demonstra que a base de sustentação dos julgados referentes à “minorante inominada” persegue, prioritariamente, a prevalência da literalidade da lei. No entanto, em raríssimas hipóteses, o caso submetido à análise judicial pode apresentar circunstâncias excepcionais que devem ser aquilatadas para assegurar a adequação da sanção às peculiaridades do caso concreto. O objetivo final é de que

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000737-56.2021.7.00.0000. Relator: Min. Alte Esq Cláudio Portugal de Viveiros. Brasília, DF, 07 abr. 2022. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuiid=1cb85170e3492f4839676527584d92b7d5d833d6093b2c2637614f7e9f7dec78 Acesso em: 20.04.2025.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000136-79.2023.7.00.0000. Relator: Ten Brig Ar Carlos Vuyk de Aquino. Brasília, DF, 22 jun. 2023. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=visualizar_acordao&uuiid=01432b74ef94088c587374fe90913e9d60ce90e228132d11ab3a6ecce31155e6 Acesso em: 20.04.2025.

o cerceamento da liberdade não exceda o que seria adequado, necessário e proporcional para a repressão punitiva. Isso nos induz a refletir sobre a validade dessa específica criatividade judicial do STM. Diante desse desafio, e a partir dos elementos constantes das decisões judiciais, optou-se por recorrer aos ensinamentos do jurista Robert Alexy, um dos principais teóricos a respeito do uso de princípios na salvaguarda de direitos fundamentais. Este subtópico, de base pós-positivista, aborda a técnica decisória da “minorante inominada” à luz dos princípios da legalidade e da dignidade humana.

Um ponto fulcral do pensamento do jurista alemão é a reaproximação entre a lei e a moral, de modo que o campo da abstração normativa é considerado apenas uma das dimensões do direito. Para ele, “a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas” (Alexy, 2008, p. 548), as quais, por sua natureza, exigem esforço argumentativo do intérprete, uma vez que as valorações judiciais realizadas sobre as peculiaridades do caso concreto devem ser submetidas ao controle racional. Portanto, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy ganha relevo para a pesquisa, eis que admite a criatividade decisória dos intérpretes. Contudo, ele defende que a posição externalizada na decisão, para ser referendada, precisa ser objetiva e racional (Alexy, 2008, p. 549). Calcado nesses aspectos, Alexy propõe que o discurso jurídico contido na decisão considere as leis, os precedentes e a dogmática no intuito de reduzir as incertezas do resultado.

Além disso, merece atenção o fato de que, para Alexy, a racionalidade do discurso é extraída de um procedimento institucionalizado, a saber, o processo judicial. Logo, são as características extraídas do processo judicial que alimentam as valorações realizadas pelo julgador; por isso, essas particularidades devem constar da decisão a fim de garantir a racionalidade do julgado. Por outro lado, o jurista entende que o discurso jurídico desprovido dos elementos vinculativos da racionalidade processual produz subjetivismos e, conseqüentemente, decisionismos (Alexy, 2008, p. 549). Dessa forma, uma das premissas de que o intérprete deve se desincumbir, na teoria da argumentação jurídica, é a vinculação da fundamentação aos elementos constantes dos autos. Daí, segundo essa ótica, parece-nos que não seria, minimamente, razoável aplicar a técnica decisória da “minorante inominada”, na terceira fase da dosimetria sancionatória, sem a demonstração racional dos elementos insertos nos autos do processo que recomendam a sua incidência.

Ao longo da pesquisa, foi possível verificar que são justamente as circunstâncias excepcionais do caso concreto a mola propulsora da aplicação da “minorante inominada”.

Sem embargo, é válido recordar que, caso essas circunstâncias excepcionais não sejam identificadas nos autos, a aplicação deve ser rechaçada. Nesse ponto, cabe destacar que, na vertente pós-positivista, as regras jurídicas formalmente estabelecidas nem sempre preponderam. Por isso, considera-se que a interpretação semântica/literal da norma é um argumento muito forte; entretanto, isso “não significa que ele sempre prevaleça” (Alexy, 2008, p. 553). Segundo a perspectiva do professor alemão, “as razões para a solução contrária ao texto têm que ser extremamente fortes para que, do ponto de vista da Constituição, o afastamento do teor literal fique justificado” (Alexy, 2008, p. 553). A grande questão, portanto, reside na abertura do sistema jurídico provocada pelos direitos fundamentais. Na concepção de Alexy, “ela é uma abertura qualificada” (Alexy, 2008, p. 573), por isso não deve ser interpretada “no sentido de arbitrariedade ou de mero decisionismo” (Alexy, 2008, p. 574), visto que a teoria da argumentação jurídica propicia parâmetros para o controle da decisão judicial, que somente será validada se estiver racionalmente estruturada.

No campo penal, faz-se lúcido ressaltar que entre os princípios primordiais estão o da estrita legalidade e o da taxatividade. Em essência, esses princípios possuem índole liberal e visam trazer segurança jurídica e previsibilidade para as relações entre o Estado e o cidadão. Como se sabe, “o Estado é um instituto político que consegue manter com êxito o monopólio legítimo do uso da força física para manter a ordem” (Dutra, 2004, p. 61). Por essa razão, tem-se pontuado que “o princípio da legalidade ou da reserva legal possui uma significação mais ampla do que a simples literalidade ou formalidade do *nullum crimen, nulla poena, sine lege*” (Giacomolli e Silva, 2010, p. 566), visto que a finalidade destes, “a partir do topos hermenêutico constitucional, está na garantia de proteção dos cidadãos, frente à potestade punitiva estatal” (Giacomolli e Silva, 2010, p. 566). Diante disso, nota-se que uma das acepções específicas da legalidade penal se manifesta na limitação do poder do Estado frente aos indivíduos.

Com precisão, Alexy defende que “toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado” (Alexy, 2008, p. 234). Lembre-se de que, historicamente, a relação Estado/Indivíduo sempre esteve marcada pela assimetria. A ausência de reconhecimento das liberdades negativas levou a diversas insurgências de cidadãos/súditos contra seus governantes/soberanos, sendo a Revolução Francesa (1789-1799) o principal registro, no mundo ocidental contemporâneo, do inconformismo quanto à falta de simetria. Logo, não parece devida, ao menos dogmaticamente, a interpretação jurídica que pretenda

utilizar o princípio da legalidade e/ou da taxatividade penal para refutar a flexibilização judicial da pena mínima em hipóteses excepcionais, posto que esse tipo de exegese contrapõe o ideal libertário consagrado nos direitos fundamentais de primeira geração.

Neste conspecto, o argumento de que, ao Estado acusador, é assegurado o direito à imposição da pena mínima previamente estabelecida pelo legislador, mesmo quando não recomendada diante das especificidades do caso em concreto, parece subverter a lógica expressada nas liberdades constitucionais e acentuar, de forma flagrante, a relação assimétrica entre o Estado/Indivíduo. Segundo a teoria formalizada por Alexy, a defesa das liberdades negativas “particulariza o princípio da dignidade humana, na medida em que expressa um aspecto desse princípio mais amplo” (Alexy, 2008, p. 374), posto que, “se o princípio da liberdade negativa não existir, a dignidade humana não será nem respeitada, nem protegida” (Alexy, 2008, p. 374). Consequentemente, deduz-se que o objetivo principal do julgador ao flexibilizar a pena mínima prevista em lei deve, necessariamente, ser o resguardo dos direitos fundamentais do jurisdicionado. Certo é que o plano de abstração da norma jamais logrará êxito em precisar o ponto de inflexão da pena, tarefa outorgada ao julgador que, para se desincumbir desse múnus, deve examinar as especificidades do caso concreto.

É evidente que, ao cotejar os princípios para superar o patamar mínimo do preceito secundário do tipo penal, o magistrado necessita realizar uma interpretação constitucionalmente orientada, não com o propósito de ultrajar o princípio da legalidade, mas sim de não suplantá-lo, diante da legalidade, outros princípios igualmente relevantes para a Constituição. O jurista alemão propõe, quanto aos princípios, que “se eles são relevantes, eles devem ser levados em consideração. No caso de uma colisão, é necessário um sopesamento, no qual se deve indagar se a importância de satisfação de um princípio justifica o necessário grau de não satisfação de um outro” (Alexy, 2008, p. 569). Há, como se vê, a necessidade de ponderação por parte do Órgão judicante que, no escopo do nosso objeto de estudo, terá de sopesar, por exemplo, a preservação do patamar mínimo (legalidade) e a preservação da adequação da pena (dignidade humana). Devido a esses aspectos, almeja-se que o julgador respeite a dogmática dos direitos fundamentais, uma vez que ela, “enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais” (Alexy, 2008, p. 43).

Não seria despiciendo, ainda, indagar que, na prática, o cotejo realizado pelo STM não é (ainda que resvale neles) sobre princípios, mas sim entre regras e princípios, mormente pelo

fato de que a regra jurídica contida no preceito secundário do tipo penal é flexibilizada mediante a aplicação da “minorante inominada”, técnica desenvolvida a partir do princípio da proporcionalidade. Sobre essa nuance, Alexy destaca que os princípios, também, fornecem o subsídio para as decisões concretas. Desse modo, embora aparentemente plausível, não é válida a afirmação de que somente “as regras são razões para decisões concretas (normas individuais)” (Alexy, 2008, p. 107), pois “a partir de uma análise mais detalhada, essa concepção mostra-se incorreta” (Alexy, 2008, p. 107). Conforme dito anteriormente, os princípios, em sua própria essência, possuem carga aberta, ou seja, maior abstração do que as regras, e isso detém importância fundamental para o ordenamento jurídico, pois apenas quando apreciados diante dos fatos e das normas postas em juízo é que poderão ser estabelecidos de forma explícita (Alexy, 2008, p. 109).

Nessa linha de pensamento, os princípios permanecem latentes no ordenamento jurídico, até que o caso concreto permita a sua materialização; por isso, o Órgão judicial irá realizar o sopesamento no momento da aplicação da norma, ocasião em que se torna plausível a influência exercida pelo princípio sobre a regra jurídica. Com base nisso, é admissível depreender que a técnica decisória da “minorante inominada” se encaixa na teoria da argumentação jurídica de Alexy. Ao aplicá-la, o magistrado percebe o tensionamento entre a regra legal e a salvaguarda do princípio, pelo que opta por mitigar a legalidade expressa na pena mínima, alicerçando-se nas circunstâncias do caso concreto. Daí, a importância do exercício da argumentação jurídica principiológica fundamentada nos elementos processuais.

4.3 Princípio da proporcionalidade: aspectos da teoria da argumentação jurídica na aplicação da “minorante inominada”

Os dados constantes na Tabela 7 (sete) atestam que o princípio da proporcionalidade é o principal vetor da flexibilização judicial da pena mínima. Durante o estudo, demonstrou-se que a regra prevalente no âmbito do STM é a de que o intérprete deve recorrer aos parâmetros fixados no campo normativo com o objetivo de alcançar a pena necessária (T12) para o caso concreto. Entretanto, podem ocorrer hipóteses excepcionais em que a manutenção da pena mínima é contraindicada. Nesses casos restritos, o julgador tem utilizado da técnica decisória da “minorante inominada” na terceira fase da dosimetria da reprimenda. Com base nisso, este subtópico avalia a possibilidade de utilização da proporcionalidade no direito penal e, sobretudo, na individualização da pena. A abordagem, assim como a do subtópico anterior,

considera os ensinamentos de Robert Alexy, entendendo que a proporcionalidade se constitui em “fundamentação a partir dos direitos fundamentais” (Alexy, 2008, p. 120).

Com fundamento nessa linha filosófica, a máxima da proporcionalidade surge como “uma regra de interpretação e aplicação do direito” (Silva, 2002, p. 24). O ato estatal é submetido à avaliação do intérprete, que verificará se a intervenção do Estado impõe alguma restrição a direitos fundamentais que possa ser considerada desproporcional. Sabe-se que, no âmbito criminal, o Estado detém o monopólio do poder punitivo, enquanto o jurisdicionado sobre o qual recai a aplicação da lei detém uma série de direitos fundamentais que devem ser preservados por ele. Como se vê, existe, em virtude da contraposição de obrigações estatais, um conflito a ser solucionado pelo julgador. Frisa-se que, aqui, quando se afirma existir um conflito, não se está a suscitar a natural contraposição de interesses entre a acusação e a defesa; pelo contrário, está-se a falar do duplo dever do Estado que, no processo judicial, deve tanto aplicar a lei penal como resguardar os direitos fundamentais do jurisdicionado.

No direito criminal, há especial contraposição entre o poder punitivo e o direito fundamental à liberdade consagrado no texto constitucional¹¹⁰. Contudo, é cediço que esse direito pode ser cerceado em determinadas situações¹¹¹. A vertente teórica de Alexy amplifica a proporcionalidade não como mero princípio de base constitucional, mas sim como regra estruturante. Por esse motivo, Virgílio Afonso da Silva pontua que “a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais” (Silva, 2002, p. 43). Nessa acepção, a proporcionalidade se constitui em regra sistêmica que permeia todo o ordenamento jurídico e deve ser observada pelo julgador ao enfrentar o caso concreto. Por conseguinte, a ideia de resguardo da proporção na intervenção aflagrada sobre determinado direito fundamental considera que o órgão judicial, antes de proferir a decisão, “deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito” (Silva, 2002, p. 24).

Assim, é certo dizer que a máxima da proporcionalidade engloba máximas parciais, isto é, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, as quais devem

¹¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]”.

¹¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 5º, XLVI: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade.”

estar satisfeitas para que não se gere a ilegalidade do ato estatal (Alexy, 2008, p. 117). Ao analisar a legitimidade do ato judicial que se pretende proferir, primeiro verifica-se a adequação, posteriormente a necessidade e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito. No que se refere aos direitos fundamentais frente às questões penais, Alexy lembra que o Tribunal Constitucional Federal Alemão “observou que nesse tipo de caso há uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados” (Alexy, 2008, p. 94). Portanto, consoante o exposto anteriormente, o Estado se encontra duplamente vinculado, pois, de um lado, tem o dever de impor a lei penal e, de outro, tem o dever de resguardar os direitos fundamentais do jurisdicionado. É nesse ponto específico que a ideia de proporcionalidade, quer seja como princípio ou como máxima jurídica, ascende para evitar “uma precedência absoluta de um desses deveres” (Alexy, 2008, p. 95).

O aplicador da lei penal, diante do caso concreto, tem de sopesar as incumbências antagônicas, visto que, ao proclamar a decisão judicial, intervém como órgão do Estado duplamente vinculado e, por essa razão, não se mostra correto infligir reprimendas em descompasso com o que seria adequado (T12) para o caso sob julgamento. Daí, defende-se que ambos os deveres¹¹² sejam sopesados e “aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização” (Alexy, 2008, p. 95). Segundo o Tribunal Constitucional Federal Alemão, essa situação jurídica¹¹³ não representa propriamente colisão entre normas, mas mera tensão. Nessa linha de pensamento, a máxima da proporcionalidade é compreendida como elemento sistêmico estruturante destinado a auxiliar o intérprete no alcance do ponto de equilíbrio da tensão que duplamente o vincula, mormente porque a aplicação da lei penal deve se dar com estrito resguardo dos direitos fundamentais do jurisdicionado.

No processo judicial, faticamente, é possível que os limites mínimos da pena sejam contraindicados às especificidades do caso sob julgamento. Então, soa prudente questionar se o magistrado, ao exercer o poder punitivo, deve fiar-se, em todos os casos, no que dispõe o patamar mínimo do preceito secundário do tipo penal violado (T11), mesmo que isso signifique ignorar a incumbência de resguardo dos direitos fundamentais para o alcance da pena necessária (T12). Caso se responda à indagação de forma afirmativa, o operador do direito demonstraria maior proximidade com o T11 e estaria a entender que o legislador já

¹¹² Os deveres de assegurar a operacionalidade do direito penal e o de resguardar os direitos fundamentais do jurisdicionado.

¹¹³ Conflito entre o poder punitivo e o resguardo dos direitos fundamentais.

ponderou todas as situações fáticas e jurídicas advindas do delito praticado, mesmo aquelas ainda não contempladas em lei. Caso a resposta à pergunta seja negativa, o órgão judicial estaria a considerar que o legislador nem sempre possui condições de se antecipar a todas as situações fáticas e jurídicas advindas do ilícito penal. Nesta hipótese, o aplicador da lei penal estaria inclinado a desenvolver o raciocínio jurídico a fim de sopesar a adequação da sanção mínima para o caso concreto. Esse tipo de interpretação demonstra a intenção do julgador de perquirir a respeito do T12.

A essa altura, resta evidente que o órgão colegiado do STM, com a aplicação da proporcionalidade e de seus desdobramentos lógicos (a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito), tem adotado a segunda opção de resposta. Logo, percebe-se que as decisões, ao menos as dos julgados da Tabela 3, tiveram por finalidade colmatar a tensão existente entre as duas incumbências judiciais, a saber, a de punir e a de resguardar os direitos fundamentais do jurisdicionado. Desse modo, parece-nos plenamente justificada, comparativamente aos outros princípios, a maior recorrência, na Tabela 7 (sete), de menções dos acórdãos ao princípio da proporcionalidade. É difícil, contudo, não reconhecer o papel criativo da técnica decisória desenvolvida pela jurisprudência do STM que, ante a inflexibilidade dos entendimentos firmados no enunciado sumular 231 do STJ e no Tema 158 do STF, precisou ampliar, ainda que de forma excepcional, a interpretação jurídica para permitir a flexibilização judicial da pena mínima e adequá-la às especificidades do caso concreto.

A referida lógica reforça a postura pós-positivista da técnica da “minorante inominada”, porquanto ela encampa o saber de que “o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma neutra” (Cappelletti, 1999, p. 33). No entanto, a afirmação que se acaba de realizar, quanto à postura criativa do julgador, não implica, necessariamente, subjetivismo ou decisionismo. Para Robert Alexy, só há decisionismo quando o julgado é “resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente” (Alexy, 2008, p. 165). A vertente teórica de Alexy defende que os elementos contidos no processo judicial, aliados às normas, à jurisprudência e à dogmática, devem ser objeto de reflexão argumentativa do intérprete ao analisar o caso para que o resultado do seu trabalho, isto é, a decisão judicial, seja fruto da racionalidade e, por deter essas características, seja controlável. Nesse entendimento, não restam dúvidas de que o STM, ao individualizar a

pena e, especialmente, ao fazer uso da “minorante inominada” para flexibilizar a pena mínima e alcançar a sanção justa (T12), deve se acautelar para explicitar às partes, à sociedade e, eventualmente, às instâncias revisoras os motivos racionais daquela determinada interpretação judicial.

É claro que essa criatividade calcada em princípios contrapõe, ao menos de forma parcial, a interpretação literal do disposto no inciso XLVI do art. 5º da CF/88, tendo em vista que o texto remete a individualização da pena à observância das regras legais. Porém, não se deve perder de vista que o ato de “individualizar a pena significa aplicar a determinado agente a resposta penal necessária e suficiente para reprimir e prevenir o crime” (Dotti, 2022, p. RB-9.15). Não bastasse isso, a acepção pós-positivista utilizada nesta pesquisa como parâmetro para as premissas teóricas da “minorante inominada” do STM admite que, diante de casos reais, o intérprete, ao perceber a provável violação de princípios de direitos fundamentais, abra “o caminho para uma argumentação substancial, orientada pela máxima da proporcionalidade” (Alexy, 2006, p. 328). Segundo o jurista alemão, o escopo dessa exegese é o de evitar “o risco de um sufocamento da argumentação constitucional pela argumentação jurídica ordinária” (Alexy, 2006, p. 328). No caso, observa-se que o dispositivo constitucional remete os procedimentos atinentes à dosimetria da pena para a legislação ordinária, a qual é responsável por estabelecer os critérios de aplicação da sanção a serem utilizados pelo órgão judicial.

Alerta-se, diante do que se discutiu até a presente etapa, que, na extensa maioria dos casos, o STM logrou êxito em fixar as sanções a partir dos preceitos contidos na legislação ordinária, em especial, a do próprio Código Penal Militar. Em raríssimas situações, a saber, em 25 (vinte e cinco) acórdãos, os julgadores entenderam pela necessidade de intervenção na dosimetria com o intuito de assegurar a proporcionalidade da sanção em face das peculiaridades do caso concreto. Por óbvio, a flexibilização judicial da pena mínima não deve ser aplicada de forma arbitrária; há de haver justificativas no processo judicial que indiquem a necessidade desse tipo de intervenção. No pós-positivismo, a legalidade não é considerada um princípio absoluto, visto que deve se harmonizar com outros valores igualmente relevantes¹¹⁴. Essencialmente, admite-se certa elasticidade à noção de submissão jurisdicional à legalidade,

¹¹⁴ Nesse sentido, Pinto, ao comentar sobre o pós-positivismo, destaca que: “a lei não vale por ser lei, isto é, a concepção de validade em questão, a partir do fracasso positivista, não se basta na formalidade, deixando o povo e os juristas à mercê de leis arbitrárias cruéis e criminosas. Tais leis carecerão de validade material, o povo não lhes deverá obediência e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas, o que nos leva à impossibilidade de posição neutra do cientista jurídico frente ao seu objeto, o texto legal.” (Pinto, 2011, p. 64).

pois o parâmetro estritamente positivo da norma deve conformar-se com outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo. Portanto, depreende-se que a aplicação dessa acepção teórica vem acompanhada de ônus inevitáveis ao intérprete, visto que, para assegurar a legitimidade da decisão, precisa construir o pronunciamento judicial de forma racionalizada, em conformidade com os elementos contidos no processo, sem se distanciar da dogmática jurídica para não incidir no decisionismo.

4.4 A construção jurisprudencial da “minorante inominada” como resposta à insuficiência normativa da dosimetria penal militar

Dos dados levantados, extrai-se que a criação e aplicação da técnica decisória da “minorante inominada” pelo Superior Tribunal Militar representa uma resposta jurisprudencial à tensão entre legalidade estrita e justiça material na fixação da pena, dado o rigor dos entendimentos fixados pelo STF e STJ. Em alguns casos concretos, os magistrados se depararam com situações nas quais a pena mínima legalmente prevista, se aplicada de forma literal, conduziria a resultados desproporcionais e/ou incompatíveis com a gravidade real do fato ou com o grau de reprovabilidade da conduta do réu. Diante dessa disfunção normativa, o STM passou a adotar, de forma inovadora e excepcional, a flexibilização da pena mínima por meio da aplicação de uma causa supralegal de diminuição da pena — não prevista expressamente no ordenamento, mas fundada em princípios constitucionais.

Ao que se percebe, essa técnica seria sustentada pelo princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, bem como na cláusula do devido processo legal substancial, que exige que toda intervenção estatal, inclusive no plano sancionatório, observe padrões de razoabilidade e proporcionalidade. A ausência, em determinadas hipóteses, de causas legais típicas de redução da pena, na ótica dos julgadores, não parece ser justificativa suficiente para a imposição de sanções desprovidas de equidade. Assim, a “minorante inominada” surge como um mecanismo de correção e reação, voltado à realização da justiça penal no caso concreto, por meio de um juízo ponderado que leva em conta os vetores da dosimetria da pena e a finalidade ressocializadora da sanção.

Ademais, é possível identificar que a consolidação da técnica pelo STM também se alinha a um esforço institucional de preservação da legitimidade da jurisdição penal militar, demonstrando sua capacidade de adaptação aos valores e exigências do Estado Democrático de Direito. A abertura hermenêutica promovida por esse tribunal indica um movimento de recepção da filosofia pós-positivista, que admite, em determinadas situações, a mitigação da

legalidade estrita com fundamento em razões concretas de justiça. Tal interpretação é reforçada pelo entendimento de que a legalidade penal não deve ser compreendida de forma absoluta ou abstratamente desvinculada do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a técnica da “minorante inominada”, embora não positivada expressamente, extrai seu fundamento jurídico da principiologia constitucional e da reaproximação entre o direito e a moral. Por isso, funciona como instrumento de harmonização entre o rigor normativo do Código Penal Militar e as exigências axiológicas da Constituição Federal, permitindo ao julgador maior plasticidade na fixação da pena. Sob esse prisma, consolidam-se os principais aspectos em torno da técnica decisória da “minorante inominada” com o intuito de facilitar a compreensão e, conseqüentemente, as discussões do capítulo seguinte, oportunidade em que os achados da pesquisa serão submetidos ao crivo do garantismo penal e do positivismo crítico de Luigi Ferrajoli.

No que se refere ao surgimento, ficou perceptível que a técnica decisória surge como alternativa (efeito de segunda ordem) às rígidas concepções jurisprudenciais consolidadas no Enunciado Sumular 231 do STJ e no Tema 158 do STF, as quais não permitem a flexibilização judicial da pena mínima na segunda fase. Esses entendimentos jurisprudenciais, praticamente, subtraem do julgador as prováveis autorizações legais que, em tese, estariam a lhe deferir a margem interpretativa flexibilizadora. Por isso, Schiatti afirmou que “obstar a mitigação da pena quando presente alguma hipótese autorizativa significa, [...], habilitar o poder punitivo para além dos limites penais legalmente previstos.” (Schiatti, 2024, p. 38). Lembre-se de que o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é de que as circunstâncias atenuantes devem ser consideradas. Mas, caso a circunstância esbarre no limiar mínimo do preceito secundário do tipo penal, ela é incapaz de produzir efeitos práticos sobre a dosimetria da pena. Observa-se que a atual jurisprudência prevalecente naquelas Cortes, de certo modo, desprivilegia as circunstâncias atenuantes da segunda fase, pois, no contexto descrito, inibe a produção de seus efeitos sobre a reprimenda.

Diante do cenário apontado, pode-se inferir que a “minorante inominada” decorre da formação de entendimentos inflexíveis, aptos a inviabilizar o exercício do poder judicial conotativo. Sobretudo, a atenuante genérica do artigo 66 do CP, que, não fosse a força dos entendimentos supramencionados, poderia exercer o papel de influenciar na dosimetria da pena quando as circunstâncias do caso concreto recomendassem a sua aplicação. Sem embargo, entende-se, também, prudente rememorar que, embora exista a relação de

causa-consequência entre a “minorante inominada” e a atenuante genérica, elas dizem respeito a fenômenos jurídicos distintos e, por essa razão, não devem ser citadas pelo intérprete como equivalentes. Aliás, essa confusão tem sido comum nos julgados e, dogmaticamente, está incorreta.

A Tabela 4 expôs quais os delitos que têm gerado maiores discussões no plenário quanto à necessidade de reequilíbrio da pena mínima. Daí, percebeu-se, como influência no julgamento dos intérpretes, o fato de a lei penal militar, mesmo em tempo de paz, possuir tipos penais específicos, mas também tipos correspondentes aos da lei penal comum, porém com preceitos secundários mais severos, os quais são aplicáveis, indistintamente, aos jurisdicionados civis e militares. À vista do maior rigor do CPM, verificou-se, por exemplo, a inexistência de isonomia entre o estelionatário submetido à Justiça Militar e o submetido à Justiça Comum. Da Tabela 5, depreende-se que o primeiro deve conformar-se com uma pena mínima de 2 (dois) anos de reclusão, enquanto o segundo, com uma pena mínima de 1 (um) ano de reclusão. Ante tal rispidez, torna-se factível, aos olhos do julgador, a maior probabilidade de distorção na pena aplicada ao jurisdicionado da Justiça Militar quando comparado com o da Justiça Comum.

Igualmente, acredita-se ter desmistificado a característica da excepcionalidade da aplicação da “minorante inominada”. Comprovou-se, numericamente, que a regra de fixação da pena no âmbito da Justiça Militar da União respeita os parâmetros normativos estabelecidos. Ao longo de um decênio, consoante demonstra a Tabela 2, poucas foram as vezes em que o Superior Tribunal Militar propôs ou aquiesceu com a aplicação dessa técnica decisória, o que reforça o viés excepcional da medida. Ao tratar da legalidade, elucidou-se que a intenção do intérprete não é a de promover um ultraje à pena mínima; pelo contrário, o propósito da técnica é de que a sanção penal atenda aos preceitos legais sem desconsiderar outros postulados igualmente relevantes para o ordenamento jurídico. Contudo, não se deixou de anotar que o proceder, especialmente sob a ótica da interpretação literal, *cruza a linha*, ou seja, vai além do limiar mínimo definido em lei. Da Tabela 3, extrai-se que a aplicação da “minorante inominada” recai, indistintamente, sobre todos os tipos de jurisdicionados submetidos à legislação penal militar¹¹⁵. Nessa senda, constatou-se que a técnica não estabelece nenhum tipo de benefício ou de privilégio ao réu militar; pelo contrário, a maior incidência de aplicação foi sobre jurisdicionados que, no momento de aplicação da lei penal,

¹¹⁵ Quer seja ele militar (oficial ou praça), ex-militar ou civil.

ostentam a condição de civis. Desse modo, rechaça-se qualquer ilação de cunho corporativista.

A Tabela 6 demonstra que, em regra, o próprio julgador tem sentido a necessidade de intervenção na dosimetria da pena com o objetivo de trabalhar a pena legal (T11), no entanto, sem desconsiderar a pena adequada (T12) diante das peculiaridades do caso concreto. Ademais, nota-se que, por se tratar de técnica decisória benéfica ao réu, a “minorante inominada” desperta, principalmente, o interesse da defesa que, em alguns julgados, tem apresentado requerimento formal em prol de sua aplicação. Por outro lado, o titular da ação penal tem demonstrado maior interesse na refutação da referida técnica sob o argumento de afronta à legalidade.

No que atine ao processo de tomada de decisão, o papel do julgador ao aplicar a “minorante inominada” na dosimetria sancionatória é criativo, pois opta por não se acomodar frente ao modelo teórico do legalismo exegético. A inovação judicial restringe-se ao momento da terceira fase da dosimetria, mediante a incidência da causa de diminuição de pena desprovida de previsão legal. Assim, cumpre destacar que os demais elementos legais da dosimetria da pena são preservados pelos intérpretes. A fundamentação judicial, sem desconsiderar os aspectos legais, realiza o sopesamento de outros princípios igualmente relevantes para o ordenamento jurídico, com o intuito de assegurar ao jurisdicionado uma pena mais consentânea com a reprovabilidade da conduta perpetrada.

Repara-se na Tabela 7 que os principais fundamentos principiológicos da “minorante inominada” suscitados nas discussões dos acórdãos objeto de estudo, para flexibilizar a pena mínima, referem-se à proporcionalidade, à razoabilidade, à adequação, à individualização da pena, à legalidade e à dignidade humana. Ante essa constatação, detectou-se a proximidade implícita da citada técnica decisória com a filosofia “pós-positivista”, pois não se contenta com o primado da lei, pelo contrário, faz uso de técnica decisória inovadora e desprovida de amparo legal, mas utilizada em beneplácito do jurisdicionado visando que este não seja apenado com desproporcionalidade, o que poderia violar direitos fundamentais. A par dessas nuances, pondera-se que o intérprete, ao se utilizar da “minorante inominada”, necessita acautelar-se para não perder a legitimidade do julgado. De forma a estabelecer um contraponto à visão de Ferrajoli, realizou-se, ao longo deste capítulo, a aproximação da técnica decisória da “minorante inominada” com a argumentação jurídica de Robert Alexy. Esta última, oferece mecanismos de interpretação que visam coibir a subjetividade e,

consequentemente, o decisionismo, além de se basear na racionalidade argumentativa a partir dos elementos do processo e, também, por não se distanciar das normas, da jurisprudência e da dogmática jurídica.

5 O GARANTISMO PENAL E A FLEXIBILIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA MÍNIMA PELA “MINORANTE INOMINADA”

A proposta do presente capítulo consiste em abordar a técnica decisória da “minorante inominada” com o propósito específico de submeter os achados da pesquisa aos pressupostos da teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli. Neste capítulo, realiza-se o confronto dos dogmas estabelecidos no capítulo inicial com aqueles desenvolvidos nos dois capítulos subsequentes. Discute-se, à luz do referencial teórico, a mencionada minorante que tem sido aplicada, de forma excepcional, pelo Superior Tribunal Militar para assegurar direitos fundamentais. Desse modo, propõe-se a retomada da pergunta de pesquisa que indaga, segundo a ótica do sistema garantista e do positivismo crítico: é permitida, durante a etapa de individualização da pena, a adoção da técnica decisória da “minorante inominada” na terceira fase da dosimetria sancionatória, com o fito de flexibilizar a pena mínima estabelecida pelo legislador? Ciente desse objetivo, busca-se testar a hipótese da pesquisa, segundo a qual: o garantismo penal de Ferrajoli não concede poder ao intérprete para flexibilizar a pena mínima mediante o reconhecimento de minorante desprovida de previsão legal. A hipótese pretende elucidar se a técnica decisória da “minorante inominada” é ratificada pela teoria do garantismo penal.

Para o êxito da tarefa, deve-se ter em mente que o papel do juiz, no modelo teórico desenvolvido pelo jurista italiano, é de garantidor, ou seja, o magistrado exerce o contrapoder ao avanço indevido do Estado sobre a esfera dos direitos fundamentais do indivíduo consagrados na Constituição. Além disso, é importante perceber que a teoria do garantismo penal tem como pressuposto filosófico o positivismo crítico, o qual não se rende à mera concepção formalista/mecanicista de aplicação da lei. Pode-se enunciar que a mencionada teoria refuta o legalismo obtuso. Entretanto, isso não significa que a filosofia jurídica de Ferrajoli esteja a aquiescer com modelos teóricos inaptos a retratar a submissão do juiz à lei. Para ele, a vertente pós-positivista do constitucionalismo principialista e argumentativo promove um “ataque ao positivismo jurídico” (Ferrajoli, 2022, p. 19). Faz-se essencial ter essa noção logo no início do capítulo, porquanto, na teoria do garantismo penal, o papel do juiz não é criativo, mas sim, conforme afirmado anteriormente, garantidor. Nesse sentido, para não incidirem em equívocos, os julgadores devem assimilar que o espaço interpretativo colocado à sua disposição necessita ser exercido com respeito às regras penais e processuais previamente estabelecidas.

Em contrapartida, cumpre registrar que não se nota, na obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, contraposição ao objetivo finalístico almejado pelos julgadores do STM, nos 25 (vinte e cinco) acórdãos em que houve a aplicação da “minorante inominada”¹¹⁶, certo de que o propósito da técnica decisória é o de assegurar ao jurisdicionado a pena legal (T11) e a pena necessária (T12), impedindo que a reprimenda imposta venha a violar outros direitos juridicamente relevantes. A título de exemplo, é razoável o entendimento jurídico de que a sanção penal, independentemente de estar prevista em lei, não pode afrontar a dignidade humana. Filiando-se a esse tipo de raciocínio, Ferrajoli evidencia que “acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena” (Ferrajoli, 2002, p. 318). Assim, espera-se que o julgador, ao aplicar a sanção, considere dois critérios complementares na análise da situação, a saber: “o princípio de necessidade e o de dignidade da pessoa” (Ferrajoli, 2002, p. 319). Em decorrência dessa posição, é possível observar, no que se refere aos fins perseguidos pelos julgadores, a inexistência de dissonância entre os objetivos do garantismo penal na aplicação da pena e os da técnica decisória da “minorante inominada”, porquanto ambas as concepções têm por finalidade última a conformidade da reprimenda com aquilo que foi apurado no caso concreto.

Ao discorrer sobre a medida das penas (aspecto quantitativo), Ferrajoli reforça o entendimento específico de que as técnicas desenvolvidas para se colmatar a culpa em relação ao dano da prática delitiva têm fracassado. Para o utilitarismo de Hobbes, Pufendorf e Bentham, a justificativa da pena mínima está no fato de que “a vantagem do delito não deve superar a desvantagem da pena” (Ferrajoli, 2002, p. 321). No entanto, ressalva que, em sua acepção, é difícil “medir o custo das penas privativas de liberdade: mesmo uma pena breve pode causar, ainda que seja somente pelo seu caráter desonroso, uma aflição superior à vantagem proporcionada inclusive pelos delitos não leves” (Ferrajoli, 2002, p. 321). Como se nota, o professor florentino parte da intelecção de que a privação da liberdade (sanção aplicada) tem a aptidão de afetar cada sujeito e cada situação de forma distinta.

Logo, o julgador não pode se furtar de analisar a sanção penal sem considerar os critérios complementares da necessidade e da dignidade humana. À vista disso, proclama que “não se justifica a estipulação de um mínimo legal” (Ferrajoli, 2002, p. 321). Nessa concepção, a fixação da pena comportaria limites máximos; porém, o limiar mínimo,

¹¹⁶ O número de acórdãos em que houve a aquiescência com a “minorante inominada” consta da Tabela 2, a qual o leitor pode verificar para melhor detalhamento.

respeitados os critérios legais, seria aferido pelo próprio julgador diante das peculiaridades do caso concreto. No ponto, o jurista italiano expressa sua convicção a respeito daquilo que compreende ser a disposição normativa mais adequada para a salvaguarda dos direitos fundamentais. Contudo, constatada a inexistência de previsão legal nesse sentido, não nos parece adequado deduzir, do conjunto da obra, que Ferrajoli, na condição de filósofo do positivismo crítico, esteja a defender uma espécie de poder dispositivo concedido ao intérprete para ultrajar as normas postas, até mesmo porque essa concepção implicaria arbitrariedade e, conseqüentemente, o manejo criativo do direito. Para coibir tal postura, frisou-se, no parágrafo antecedente, que a pena seria fixada em conformidade com o caso concreto, mas atendidos os critérios legais.

Nessa vertente, denota-se admissível, para o positivismo crítico, os conceitos de *respeitar a linha*, *contornar a linha* e *deslegitimar a linha*, porquanto cada um deles, ainda que a seu modo, é capaz de preservar a ideia do magistrado garantidor. Explique-se melhor: ao *respeitar a linha*, o julgador confere máxima aplicabilidade às normas postas pelo legislador; por isso, resta indiscutível que a intervenção judicial está a privilegiar o direito positivado. No entanto, o positivismo crítico não se contenta com a lógica mecanicista de aplicação do direito vigente, motivo pelo qual exige do intérprete um passo além no ato de *respeitar a linha*. Na realidade, o papel de juiz garantidor somente é exercido de fato no momento em que o magistrado atesta a compatibilidade da interpretação jurídica com os direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. No sistema garantista, a Constituição funciona como um paradigma que, a partir dos princípios consagrados, estabelece limites e vínculos a todo o ordenamento jurídico. Nesse contexto, a legalidade “é ela mesma “condicionada”, na sua própria validade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais” (Ferrajoli, 2022, p. 21).

A lição que se extrai do positivismo crítico é a de que o pleno exercício da função judicial demanda a submissão das prescrições legais aos preceitos constitucionais. Por óbvio, essa incumbência deve ser realizada antes da ratificação da norma perante o caso concreto. É comum que eventuais incompatibilidades não sejam percebidas no plano de abstração da norma. O enfrentamento do caso concreto, no processo judicial, desvela circunstâncias e peculiaridades que somente vêm a lume na etapa de aplicabilidade do texto legal. Por conseguinte, o ato de *respeitar a linha* é inerente ao positivismo jurídico; a ressalva feita pelo sistema garantista reside na prévia verificação de conformidade da norma que se pretende

aplicar com o texto constitucional. Como se observa, fica evidenciada a imposição de maior cautela do intérprete na ratificação do texto legal.

Por seu turno, no ato de *contornar a linha*, o julgador aprofunda a interpretação para buscar outras soluções contempladas pelo ordenamento jurídico, ou seja, a reflexão judicial se socorre das demais normas positivadas para o alcance da solução do caso. O julgador examina o direito estabelecido e efetiva a interpretação sem ultrapassar os limites do ordenamento jurídico. Na seara penal, ante a presunção de inocência, poderiam ser citadas as medidas cautelares do artigo 319 como uma opção legal para se evitar a constrição prematura da liberdade. Ou ainda, a *Emendatio Libelli* que ocorre quando o magistrado opera a desclassificação do delito em virtude do descompasso entre o fenômeno fático e o tipo penal imputado à primeira vista¹¹⁷. Nesta hipótese, seria possível, por exemplo, ao aplicador da lei perceber, no momento de proferir a decisão, que, embora descrita na peça acusatória, a violência e/ou a grave ameaça não se fizeram presentes na subtração de coisa alheia móvel. Daí, perfaz-se totalmente factível que, ao decidir, o órgão judicial opere de ofício a desclassificação da conduta para o delito de menor gravidade, ainda que a defesa do réu tenha se cingido a refutar apenas o delito mais grave. É manifesto que, a partir do conjunto de normas postas, o julgador necessita revelar o caminho alternativo e esclarecer por que ele será aplicado ao caso concreto.

Com facilidade, repara-se que o ato de *contornar a linha* se distingue do *cruzar a linha*, uma vez que o primeiro busca a solução do caso no próprio ordenamento jurídico. A ideia do intérprete é proteger os direitos constitucionais consagrados sem se afastar do direito positivo. Diante desse aspecto e preservada a proteção dos direitos fundamentais (ordem constitucional), depreende-se que o positivismo crítico não apresenta incompatibilidades com o ato de *contornar a linha*, desde que a interpretação judicial realize o manejo adequado das normas estabelecidas previamente pelo legislador. Nesta situação, inexistente ofensa ao papel garantidor do magistrado. Já no segundo caso, a solução tem aptidão para inovar o ordenamento, visto que o raciocínio judicial é realizado com maior grau de abstração, mediante a utilização de cláusulas abertas amparadas em princípios e valores.

De forma específica, afirmou-se, no final do segundo capítulo, que os julgadores do STM buscaram alternativas para contornar a inflexibilidade dos entendimentos fixados no

¹¹⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Art. 383: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

enunciado sumular n. 231 do STJ e no Tema 158 do STF. Ao deslocarem a questão da flexibilização judicial da pena mínima para a terceira fase da dosimetria, os intérpretes livraram-se da tradicional amarra jurisprudencial que, repetidamente, tem afirmado que as circunstâncias atenuantes da segunda fase da dosimetria devem respeitar o limiar mínimo do preceito secundário. No entanto, o referido deslocamento, por si só, foi insuficiente para se atingir o fim almejado pelos julgadores, a saber: proferir sanção penal adequada às peculiaridades do caso concreto. Ante essa insuficiência, inovou-se a tomada de decisão mediante a incidência na terceira fase do que se convencionou chamar de “minorante inominada”, que nada mais é do que uma causa de diminuição de pena não prevista em lei. Por isso, consignou-se que a interpretação judicial desenvolvida pelo STM detém cunho criativo e inovador e, devido a essas características, acaba por *cruzar a linha*, implicando conflito com a norma positivada.

Apesar dessa constatação, relembra-se que o papel do julgador irá se diferenciar a depender da corrente filosófica que se prestigia. Nesta pesquisa, optou-se pela submissão do objeto de estudo ao garantismo penal de Luigi Ferrajoli, razão pela qual se realiza o raciocínio dos conceitos de *respeitar*, *contornar*, *cruzar* e *deslegitimar a linha* frente às premissas do referido modelo teórico. Para a doutrina do jurista italiano, são perigosas as interpretações judiciais que prescindem da função garantidora dos juízes. O magistrado deve compreender os direitos fundamentais como “susceptíveis de observância ou inobservância” (Ferrajoli, 2022, p. 18), posto que, na verdade, os princípios constituem um sistema de limites e vínculos para o intérprete. A cognição dos princípios constitucionais como instrumentos de limites e vínculos possibilita à contraposição da filosofia pós-positivista de Alexy, tendo em vista que esta se sustenta na ponderação argumentativa dos princípios para solucionar antinomias. Por isso, Ferrajoli equipara o constitucionalismo argumentativo com o realismo jurídico “e com aquilo que podemos chamar neopandectismo quando ameaçam a normatividade do direito” (Ferrajoli, 2022, p. 19). Nessa perspectiva, o problema do principialismo pós-positivista está em ignorar “o seu possível contraste com o direito como norma” (Ferrajoli, 2022, p. 19). Percebe-se que, para o professor florentino, o direito não pode se transmutar naquilo que dizem os tribunais, dado que a sustentação do Estado de Direito está atrelada à existência de normas positivas, precisas e vinculantes.

Por sua vez, o ato de *deslegitimar a linha* encontra-se, igualmente, contemplado no sistema garantista de Ferrajoli. A deslegitimação é consequência direta da análise realizada

pelo positivismo crítico sobre a norma em face do texto constitucional. Para chegar a essa conclusão, o intérprete necessita compreender que “o constitucionalismo garantista caracteriza-se pela distinção e virtual divergência entre validade e vigência” (Ferrajoli, 2022, p. 22); em virtude dessa especificidade, nem toda norma vigente pode ser considerada válida perante o texto da Constituição. Porém, é essencial rememorar que a *deslegitimação da linha*, em conformidade com a conceituação realizada no capítulo dois, não visa repercutir sobre o campo de abstração da norma. O mais recorrente é que a deslegitimação incida, especialmente quando destinada à proteção de direitos fundamentais, sobre o caso concreto submetido a julgamento. Em determinadas situações, é impossível para o intérprete descartar o descompasso entre a norma estabelecida e os direitos fundamentais.

Observe-se que o pós-positivismo de Alexy trabalha com a ideia de ponderação dos princípios constitucionalmente reconhecidos, enquanto o garantismo penal rechaça essa ótica. Para este, a abordagem acerca da (in)validade da norma em face dos princípios é realizada pressupondo que os princípios estabelecem limites e vínculos ao julgador, o que nos mantém no sistema da subsunção. É arriscada “a ideia de que os princípios constitucionais sempre são objeto de ponderação ao invés de aplicação” (Ferrajoli, 2022, p. 41), uma vez que a fonte de legitimação da atividade jurisdicional reside no cognitivismo e na separação de poderes. No sistema garantista, o constitucionalismo representa “um complemento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito” (Ferrajoli, 2022, p. 20); é como se as normas constitucionais expressassem o “dever ser” e a legislação ordinária o “ser”, por isso estas devem se conformar com aquelas. Com esse entendimento, Ferrajoli acentua que o sistema garantista rejeita “o papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurisdicional” (Ferrajoli, 2022, p. 24). Logo, depreende-se que, para o positivismo crítico, o acerto da interpretação judicial não pode prescindir do juízo de subsunção das regras e dos princípios.

Demonstrado o raciocínio garantista, subentende-se que o papel do julgador frente à possível violação de direitos fundamentais na relação jurídico-processual não contempla o ato de *cruzar a linha* por intermédio do desenvolvimento de técnica decisória criativa. A grande questão em torno do ato de *cruzar a linha* é o viés inovador do intérprete frente às normas previamente estabelecidas, sistemática essa indesejada, ao menos na vertente do garantismo penal. Assim, deduz-se que o poder judicial de conotação defendido por Luigi Ferrajoli não deve ser utilizado pelo julgador para *cruzar a linha*, até porque é imprescindível que a interpretação judicial seja realizada com observância às regras de direito material e de direito

processual definidas pelo legislador, dado que a teoria do garantismo penal trabalha com a previsibilidade das normas jurídicas.

Logo, ao enfrentar os casos dos julgados referidos neste estudo, uma das soluções possíveis para o intérprete parece residir na verificação da preservação da legitimidade (validade) do preceito secundário em face do caso concreto submetido a julgamento, já que o sistema garantista apregoa a interpretação das leis à luz da Constituição. Devido a esse enfoque, o modelo garantista alerta para o fato de que não se deve “confundir o objetivismo e o cognitivismo com a argumentação racional” (Ferrajoli, 2022, p. 29), uma vez que aquilo que se argumenta como racional pode não ser mais verdadeiro do que a solução oposta (Ferrajoli, 2022, p. 29). Em consequência, a resolução de determinada antinomia não deve ser “confiada ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação” (Ferrajoli, 2022, p. 31), visto que o Estado de Direito não concede poder ao intérprete para propor saídas engenhosas não albergadas pelo direito positivo. A insistência nesse tipo de alternativa contamina o sistema judiciário, ante a perda de legitimação da função jurisdicional que passa a se lastrear em soluções inventivas e, conseqüentemente, inaptas a colmatar, de forma escorreita, a antinomia entre as regras e os princípios. Nessas hipóteses, o recomendável é que a interpretação judicial fique adstrita ao plano de validade da norma, razão pela qual o magistrado pode optar pela deslegitimação da linha no intuito de evitar a vulneração de direitos fundamentais.

A partir dessas constatações, retoma-se, então, o caso concreto¹¹⁸ julgado pelo Superior Tribunal Militar, que propiciou e aprofundou as discussões em torno da alternativa jurídica que culminou no desenvolvimento da técnica decisória da “minorante inominada”. Os arestos examinaram a norma infraconstitucional descrita no preceito secundário do artigo 158 do CPM face a alguns princípios constitucionais preservadores de direitos fundamentais. Ainda que não dito de forma expressa, percebe-se que o voto proferido pelo Ministro José Barroso Filho em prol da aplicação de uma “minorante inominada” observou, de forma específica e consideradas as peculiaridades do caso concreto, a existência de antinomia entre a regra (pena mínima de 3 anos) e os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Contudo, é fácil perceber que a interpretação realizada pelo ministro ao longo do voto se ancora na ponderação e na criação de alternativa não contemplada pela lei, razão pela qual não detém base garantista, posto que o modelo teórico proposto por Ferrajoli não compactua com a suplantação do direito positivo pelo saber judiciário.

¹¹⁸ Acórdãos: 1) Apelação nº 0000053-51.2012.7.03.0303 e 4) Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000053-51.2012.7.03.0303.

Desse modo, tem-se que, diante dos citados julgados¹¹⁹, a resposta do garantismo penal para evitar a violação dos direitos fundamentais do jurisdicionado estaria no sentido da deslegitimação integral da linha estabelecida no preceito secundário do tipo penal no caso concreto, o que levaria o julgador a proclamar a absolvição do réu. Por entender os princípios como um sistema de limites e vínculos ao intérprete, a exegese seria resolvida no plano de validade da norma. Em hipóteses tais, a opção do sistema garantista é o afastamento da regra do preceito secundário com o fito de não permitir a vulneração de direitos fundamentais relevantes. Como se nota, é uma postura mais contundente em termos protetivos do que a realizada por intermédio da técnica decisória da “minorante inominada”, eis que o resultado é a absolvição do sujeito ativo. No entanto, deve-se considerar que essa opção trabalha com instrumentos jurídicos já definidos previamente pela lei, ou seja, não há inovação. É evidente que a postura garantista poderia ensejar outras espécies de questionamentos, principalmente pelo fato de que o réu estaria sendo “beneficiado” por uma incongruência do próprio sistema normativo.

Nesses casos, Ferrajoli defende que o órgão judicial deve comunicar o legislador a respeito da antinomia constatada na aplicação da lei, para que este possa resolvê-la. No Estado de Direito, a legitimidade para a inovação do ordenamento jurídico fica a cargo das instituições e autoridades legislativas. Por esse motivo, em termos diretos, é coerente assumir que, constatada a violação da proporcionalidade e, conseqüentemente, a vulneração de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, a postura do julgador garantista ao se debruçar sobre o caso concreto aqui referido¹²⁰ seria a de afastar a norma do preceito secundário do tipo penal do artigo 158 do CPM para proclamar a absolvição e informar o legislador sobre a existência de antinomia. Veja-se que o equívoco da interpretação judicial, para o referencial teórico da pesquisa, não está em considerar a desproporção entre o ato de desferir único soco contra a vítima e a pena mínima de 3 (três) anos de reclusão, mas sim em buscar alternativa não encampada pelo direito positivo.

Apesar dessa constatação, foi possível notar, dentro do recorte dos 25 (vinte e cinco) julgados em que se aquiesceu com a “minorante inominada”¹²¹, a inexistência de incompatibilidades entre os fins perseguidos pelos julgadores do STM e aqueles perseguidos

¹¹⁹ Acórdãos: 1) Apelação nº 0000053-51.2012.7.03.0303 e 4) Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000053-51.2012.7.03.0303.

¹²⁰ Acórdãos: 1) Apelação nº 0000053-51.2012.7.03.0303 e Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000053-51.2012.7.03.0303.

¹²¹ Remete-se à Tabela 2.

pelos Teoremas 11 e 12 do garantismo penal. Desse modo, as ressalvas do referencial teórico quanto à “minorante inominada”, adstringem-se à forma da interpretação judicial realizada que adota o pós-positivismo como pressuposto filosófico. A ausência de antagonismo contra os fins almejados pelo intérprete, isto é, o de assegurar a pena legal (T11) e a pena necessária (T12) permite concluir que o garantismo penal não oporia nenhum tipo de óbice à “minorante inominada”, desde que ela estivesse formalmente contemplada no ordenamento jurídico brasileiro. Por conseguinte, impõe-se a dedução de que a divergência apresentada pelo sistema garantista de Ferrajoli em face da técnica decisória da “minorante inominada” está na forma da interpretação e não propriamente em seu conteúdo. O conteúdo é aceitável. Na obra *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, o jurista italiano, expressamente, destaca que os ordenamentos jurídicos devem prever conotações em branco que sejam capazes de mitigar a severidade da pena (Ferrajoli, 2002, p. 129).

Na relação jurídico-processual, o garantismo penal homenageia o *favor rei*. Entretanto, é errôneo pensar que esse modelo teórico esteja a tergiversar com a impunidade de criminosos; na realidade, o que se pretende é que o poder conotativo do julgador possa ser exercido em uma margem discricionária, mas definida pelas regras penais e processuais. De certo modo, espera-se que o direito positivo contemple o “favor rei como critério inspirador daquilo que chamamos de poder de conotação, prevendo como figura equitativa somente as circunstâncias atenuantes genéricas” (Ferrajoli, 2002, p. 133). Ao realizar tal afirmação, Ferrajoli expressa a pertinência de o ordenamento jurídico conceder alguma margem interpretativa ao juiz, em razão de ser impossível à lei conotar todas as circunstâncias passíveis de ocorrer no mundo dos fatos. Tal flexibilidade tem por condão facilitar a colmatação de antinomias no momento de aplicar as penas, tendo em vista que a instituição de eventual conotação em branco apta a influir sobre o limiar mínimo da reprimenda permitiria ao julgador considerar as particularidades do caso concreto na individualização da pena. A resposta penal é quantificada com essa maleabilidade outorgada pela lei, evitando, assim, sanções desmedidas.

O ato de *deslegitimar a linha*, geralmente, apresenta consequências mais drásticas, no que se refere à aplicabilidade das normas, do que o ato de permitir algum instrumento flexibilizador da pena mínima para a adequação da sanção. Deve-se presumir que os julgadores não desejam absolver alguém que a instrução processual confirmou ser culpado. Logo, a deslegitimação da linha seria o último recurso do julgador para evitar a vulneração de

direitos fundamentais em virtude da inadequação da pena. Além da questão da aplicabilidade das normas, é possível deduzir que há, em alguma medida, malefícios sociais no fato de se absolver alguém em razão da inexistência de instrumento flexibilizador da pena mínima¹²² no ordenamento jurídico. Na verdade, o que se espera de instrumentos como a atenuante genérica ou, até mesmo, a “minorante inominada” é a aptidão de auxiliar o Órgão Judicial no alcance da modicidade da pena, em especial por permitir a adequação do *quantum* às particularidades do caso. Essa orientação filosófica do garantismo a favor de instrumento legal flexibilizador tende a evitar o arbítrio punitivo e a demonstrar o apreço do Estado de Direito em assegurar a aplicação da lei penal com proporcionalidade, mitigando eventuais ofensas à dignidade da pessoa humana.

Do atual ordenamento jurídico brasileiro, depreende-se que o papel flexibilizador da pena mínima deveria ser exercido pelas circunstâncias atenuantes, as nominadas do artigo 65 e a genérica do artigo 66, ambas do Código Penal. No entanto, as mencionadas circunstâncias têm sido privadas de produzir plenos efeitos sobre a dosimetria sancionatória, por força dos óbices impostos pelas prescrições firmadas no Enunciado Sumular n. 231 do STJ e no Tema 158 do STF. No ponto, a observação que se faz, partindo do referencial teórico da pesquisa, é a de que, no presente momento, o sistema normativo pátrio comporta algum grau de debilidade por não possibilitar ao órgão judicial o pleno exercício do poder conotativo na aplicação da pena. A hipótese não é de inexistência de regra jurídica específica, mas de limitação de eficácia por parte dos referidos entendimentos. Para o garantismo penal de Ferrajoli, é nítida a relevância atribuída à proteção dos direitos fundamentais em face do direito de punir, que deve se compatibilizar com princípios ínsitos à jurisdição constitucional, a exemplo da legalidade, da proporcionalidade e da necessidade (T12).

Sob a ótica do teorema 12¹²³, o sistema judicial deve resguardar o compromisso com a dignidade humana. É despiendo dizer que o agente que pratica a ação delitiva em consonância com qualquer das disposições contidas nos artigos 65 ou 66 do Código Penal não deve ser sancionado da mesma forma que aquele que realiza a conduta sem estar albergado por uma das hipóteses legalmente previstas, ainda que a pena base de ambos tenha sido fixada no patamar mínimo. Denota-se lógico, ao menos para o sistema garantista, que, sob o aspecto quantitativo, comportamentos violadores do mesmo tipo penal sejam sancionados

¹²² Quer seja na segunda fase da dosimetria da pena com a atenuante genérica ou, de outro modo, na terceira fase com a “minorante inominada”.

¹²³ *nulla poena sine necessitate*.

considerando suas respectivas peculiaridades. Para o modelo teórico de Ferrajoli, “se duas hipóteses de delito têm igual enquadramento legal e diversa conotação judicial, a única forma de respeitar a sua igualdade e, ao mesmo tempo, a sua diferença é que tenham penas iguais quanto ao tipo e diversas quanto à medida” (Ferrajoli, 2002, p. 325). Ajusta-se a reprimenda à realidade concreta da conduta e não simplesmente à abstração normativa do patamar mínimo do preceito secundário. Verifica-se que a medida da pena é um elemento diferenciador e destinado a reequilibrar a situação jurídica. A resposta penal deve reconhecer as particularidades vivenciadas pelo agente durante a prática da conduta e que repercutiram sobre o comportamento violador da norma.

A previsão normativa de instrumentos flexibilizadores inominados ou genéricos da pena mínima é objeto de refutação por parte de seus críticos, porquanto argumentam que “trata-se de circunstância legal extremamente aberta, sem qualquer apego à forma, permitindo ao juiz imenso arbítrio para analisá-la e aplicá-la” (Nucci, 2007, p. 257). De forma semelhante, a professora Ana Cláudia Bastos Pinho, com esteio na hermenêutica, entende que essa faceta do garantismo penal pode produzir o *decisionismo pro reo*. À vista das objeções, convém recordar que a proposição garantista sobre essa espécie de norma de conotação aberta pressupõe a limitação da discricionariedade judicial para se evitar a arbitrariedade. O jurista italiano aponta que o modelo garantista, por definição, visa estabelecer um conjunto de técnicas e pressupostos orientados para a redução do poder judicial arbitrário (Ferrajoli, 2002, p. 35). A grande questão parece girar em torno do fato de que, na compreensão de Ferrajoli, a lei é incapaz de exprimir todos os acontecimentos e circunstâncias do mundo fático, ainda que isso fosse o desejável. É justamente nesse estreito espaço interpretativo que o garantismo penal admite as conotações em branco propícias ao *favor rei*, a exemplo das atenuantes genéricas. Em contraponto, refuta a existência de agravantes genéricas, dada a possibilidade de exercício do juízo *post factum*.

O raciocínio do sistema garantista está no sentido de que a discricionariedade deve ser limitada e evitada. Todavia, verifica-se que, mesmo a contragosto, ela se faz presente, por ser característica indissociável à jurisdição e à própria intervenção humana. Em virtude desse aspecto da atividade jurisdicional, cumpre ao garantismo reconhecer que os variados ordenamentos jurídicos contemplam, nas normas positivas, o aspecto da discricionariedade. Uma vez constatada a discricionariedade como realidade prática da função judicante, que sujeita todos os sistemas normativos, diferindo-se apenas no grau de intensidade, é possível

observar que o sistema garantista busca direcionar o exercício do poder judicial discricionário “não para estender, mas para excluir ou reduzir a intervenção penal quando não motivada por argumentos cognitivos seguros” (Ferrajoli, 2022, p. 84). Nesse passo, depreende-se que a intenção do garantismo penal não está em fomentar margens de discricionariedade, mas sim em restringir e fazer o bom uso dessa característica inerente à intervenção judicial, destinando-a como instrumento de tutela. Por conseguinte, é factível dizer que a eventual integração de conotação em branco flexibilizadora da pena mínima, no sistema normativo, exige do intérprete a correta aplicação que ocorrerá tão somente em benefício do resguardo de direitos fundamentais.

Na condição de proposta filosófica, é perceptível que o garantismo incentiva o desenvolvimento de Estados de Direito aptos a proclamar o direito penal mínimo em face do direito penal máximo, motivo pelo qual estabelece forma específica de controle do espaço interpretativo da discricionariedade em prol dos direitos fundamentais. Pode-se dizer que há mérito no modelo teórico desenvolvido pelo jurista italiano por não ignorar o fato de que, por mais garantista e cognitivista que determinado sistema jurídico possa ser, “jamais será de fato um sistema fechado” e, devido a essa característica, “exigirá sempre, para seu funcionamento prático, heterointegrações remetidas à autonomia e à discricionariedade do intérprete” (Ferrajoli, 2022, p. 139). Assim, espera-se do modelo garantista a racionalidade sem que ele se transforme em mera utopia liberal.

A epistemologia garantista é lastreada na racionalidade, na objetividade e no controle das decisões. Como se observa da obra *Direito e Razão*, há a intenção evidente de se restringir ao máximo o subjetivismo judicial. Porém, para não incorrer em equívocos, o leitor precisa ter em mente que a teoria garantista parte da premissa de que a relação Estado/Indivíduo é baseada na assimetria e não na igualdade. Por isso, a taxatividade da lei penal é estabelecida em proveito dos indivíduos e não contra o interesse destes. Devido a essa perspectiva, o sistema garantista observa que o decisionismo decorre, especialmente, dos tipos penais abertos e da valoração de elementares abertas, pois a ausência de rigidez na configuração e na tipificação de delitos pode ensejar o arbítrio no momento da intervenção judicial.

No campo penal, o decisionismo pressupõe a desvinculação “de critérios rígidos e certos de qualificação penal” (Ferrajoli, 2002, p. 37). Portanto, para o modelo teórico de Ferrajoli, o decisionismo ocorre quando o magistrado negligencia a postura de garantidor cognitivista para exercer o poder de disposição, sobretudo em desfavor do jurisdicionado.

Com base nesse aspecto específico do garantismo, não se mostra apropriada a ilação do modelo teórico de Ferrajoli com a legitimação da produção de *decisionismos pro reo*. Por isso, a tutela de direitos fundamentais, ainda que seja levada a termo com a utilização de algum elemento discricionário, não se confunde com a produção de decisionismos, posto que a persecução penal é baseada na assimetria Estado/Indivíduo. Sob essa ótica, o que se almeja, ao permitir o pleno exercício do poder judicial conotativo pelo magistrado, é a mitigação do desequilíbrio da relação jurídica persecutória desencadeada para viabilizar o exercício do poder punitivo.

Além do mais, asseverou-se que, na tarefa de aplicação da pena, o intérprete garantista, entre as 4 (quatro) alternativas debatidas ao longo da pesquisa, precisa se ater a apenas 3 (três) delas: *respeitar a linha*, *contornar a linha* e *deslegitimar a linha*. Isso implica dizer que a lógica sistêmica do modelo teórico de Ferrajoli não compactua com decisões do tipo *cruzar a linha*, por mais que elas venham a ser produzidas em benefício do réu. No garantismo penal, a discricionariedade judicial não é só evitada, mas também restringida e controlada pelo próprio modelo teórico; em consequência, a margem interpretativa disponível ao julgador deve ser exercida dentro dos limites da legalidade e da racionalidade. Essa percepção filosófica reforça o argumento de que o garantismo não anseia a produção de eventuais *decisionismos pro reo*. A discricionariedade judicial benéfica do garantismo, se assim podemos denominá-la, é extremamente restrita e intenciona compensar a assimetria entre o Estado e o Indivíduo, de modo a assegurar a prevalência dos direitos fundamentais perante o direito de punir. Logo, é possível concluir que a acepção proposta, no que se refere ao uso de conotações abertas benéficas, não se confunde com a produção de decisionismos.

Especificamente, afirmou-se que o alicerce de sustentação da técnica decisória da “minorante inominada” está ancorado no pós-positivismo de Robert Alexy, por meio do uso da máxima da proporcionalidade e, também, da teoria da argumentação jurídica, com o objetivo de viabilizar a flexibilização da pena mínima em prol dos direitos fundamentais. O ordenamento jurídico é inovado com o auxílio da ponderação, ocasião em que se concede prevalência aos princípios constitucionais em detrimento da norma posta no preceito secundário do tipo penal. O resultado dessa específica interpretação judicial leva ao desenvolvimento de hipótese de diminuição de pena não prevista pelo legislador e, por isso,

contrasta com a própria lógica do artigo 76 do CPM¹²⁴, que dispõe sobre as majorantes e minorantes e expressamente destaca que essas se fazem presentes “quando a lei prevê”.

No voto divergente proferido pelo Ministro José Barroso Filho¹²⁵, acentuou-se que o feito “clamava por uma solução mais justa ao caso concreto, a fim de não se despenalizar ou gerar impunidade à conduta, mas sim abrandar significativamente” (Filho, 2015, p. 24). Para Ferrajoli, a consumação dessa espécie de interpretação judicial esbarra em óbice intransponível, ou seja, o direito positivo e o dever quanto ao juízo de subsunção. Pensar de outro modo implica o afastamento da filosofia do positivismo garantista. Esse modelo teórico defende que a criatividade jurisprudencial tem a aptidão de gerar distorções e de causar riscos no ordenamento jurídico em virtude do “enfraquecimento do papel normativo das Constituições e, portanto, da hierarquia das fontes” (Ferrajoli, 2022, p. 24) e, também, por estimular “o ativismo judicial e o enfraquecimento da submissão dos juízes à lei e da certeza do direito, que colocam em xeque, por sua vez, as fontes de legitimação da jurisdição” (Ferrajoli, 2022, p. 24).

O professor italiano destaca que a abordagem pós-positivista dos princípios incentiva a “ideia de que as normas constitucionais não são rigidamente vinculantes” (Ferrajoli, 2022, p. 40); tal concepção propicia “o desenvolvimento de uma inventiva jurisprudência” (Ferrajoli, 2022, p. 40), que leva os julgadores a “verdadeiras invenções normativas” (Ferrajoli, 2022, p. 40). Diante disso, reforça que, nos últimos anos, houve a excessiva ampliação do papel da ponderação na interpretação jurisdicional, razão pela qual o jurista florentino afirma que entramos “na “era da ponderação”, havendo sido descoberto um novo tipo de racionalidade jurídica” (Ferrajoli, 2022, p. 42). Essa excessiva ampliação do papel da ponderação na prática judiciária possibilita o criacionismo indevido de soluções não encampadas pela lei, o que reflete na perda de legitimidade da jurisdição.

Nessa etapa, é fundamental enxergar que o sistema garantista compreende os princípios não como objeto de ponderação, mas sim de vinculação. Portanto, a inovação do ordenamento jurídico para solucionar antinomias e lacunas é tarefa do legislador, não dos juízes. Em decorrência, o intérprete deve trabalhar com os instrumentos disponibilizados pelo próprio direito positivado, sem avançar indevidamente na esfera de atribuições daqueles a

¹²⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. *Código Penal Militar*. Art. 76: “Quando a lei prevê causas especiais de aumento ou diminuição da pena, não fica o juiz adstrito aos limites da pena cominada ao crime, senão apenas aos da espécie de pena aplicável (art. 58).”

¹²⁵ Acórdão: 1) Apelação nº 0000053-51.2012.7.03.0303.

quem a lei atribui a legitimidade para inovar o direito. Nessa senda, a ponderação não pode se constituir em “uma técnica argumentativa que amplia, indevidamente, a discricionariedade judicial até ameaçar a submissão do juiz à lei” (Ferrajoli, 2022, p. 44). A par dessa compreensão, cumpre arrematar que, frente ao caso concreto enfrentado pelo STM que propiciou o desenvolvimento da técnica decisória da “minorante inominada”¹²⁶, o esforço argumentativo do intérprete garantista se concentraria no afastamento da norma. Essa aceção implica, por si só, a deslegitimação da linha e a consequente absolvição do imputado para resguardar a preservação de direitos fundamentais.

À vista de toda a alteração realizada no decorrer da pesquisa, não se demonstra congruente a refutação da hipótese da pesquisa perante o sistema garantista proposto por Luigi Ferrajoli. Parece óbvio, a essa altura, que a conciliação da técnica decisória da “minorante inominada” com o positivismo crítico de Ferrajoli depende de alteração normativa de iniciativa do legislador, que teria de modificar o ordenamento jurídico para prever, expressamente, a hipótese de uma “minorante inominada” como causa de diminuição de pena a ser aquilatada pelo poder judicial conotativo do julgador no momento em que enfrentar as especificidades do caso concreto. Por conseguinte, sem que exista a integração dessa técnica decisória ao ordenamento jurídico estabelecido, é inviável atestar a sua compatibilização com o garantismo penal, mesmo que este seja capaz de reconhecer a atual debilidade do sistema jurídico, em razão da dureza com que se rechaçam os potenciais instrumentos flexibilizadores da pena mínima (atenuantes).

No garantismo penal, o poder judicial deve ser reconduzido aos “três poderes fisiológicos – de interpretação das leis, de valoração das provas e de conotação equitativa dos fatos” (Ferrajoli, 2022, p. 46). Logo, não se espera que o poder judicial exceda essas perspectivas, porquanto, indo além, “ele se converte naquilo que venho chamando ‘poder de disposição’, que é, todavia, um poder ilegítimo, [...], uma vez que invade a competência política das funções de governo” (Ferrajoli, 2022, p. 46).

Algumas lições podem ser extraídas do panorama descrito: a primeira é a de que o sistema garantista desenvolvido pelo jurista italiano pressupõe a previsibilidade normativa advinda do positivismo jurídico e da separação de poderes, havendo, portanto, a limitação da discricionariedade judicial. Além disso, ficou evidente que o referencial teórico da pesquisa

¹²⁶ Acórdãos: 1) Apelação n° 0000053-51.2012.7.03.0303 e 4) Embargos Infringentes e de Nulidade n° 0000053-51.2012.7.03.0303.

não é destinado a inovações no ordenamento jurídico operacionalizadas pelos próprios julgadores, motivo pelo qual exige que “o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição” (Ferrajoli, 2022, p. 48). Em virtude dessa característica, a teoria garantista proclama que os intérpretes, no Estado de Direito, “não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição” (Ferrajoli, 2022, p. 48). Desse modo, academicamente, é possível concluir que a técnica decisória da “minorante inominada”, ainda que destinada a aproximar a pena legal (T11) e a pena necessária (T12) em prol do resguardo de direitos fundamentais, não pode ser considerada técnica de teor garantista, posto que extrapola as premissas de sustentabilidade do modelo, isto é, a prévia previsibilidade das regras penais e processuais.

Outra lição importante está na percepção dos princípios constitucionalmente consagrados como instrumentos de limites e vínculos ao intérprete, sistemática que, por si só, reflete no trato dos espaços de discricionariedade judicial. Há nítido respeito pela hierarquia das fontes. Diante de situações como as enfrentadas pelo STM, a eventual interpretação garantista baseada na proporcionalidade e na razoabilidade caminharia no sentido de verificar as alternativas disponibilizadas pelo ordenamento jurídico na aplicação da pena. Neste trabalho, desenvolveram-se quatro opções: *respeitar a linha*, *contornar a linha*, *deslegitimar a linha* e *cruzar a linha*. Entre elas, a única rechaçada pelo garantismo penal foi, justamente, a de *cruzar a linha*, mormente pelo fato de implicar perda de legitimidade da intervenção judicial, que passa a não mais estar rigidamente vinculada pelos primados do devido processo legal. Ademais, ressaltou-se que a base filosófica do modelo teórico de Ferrajoli é o positivismo crítico; logo, é indevido pensar que, por apego ao legalismo exegético, o garantismo penal se acomodaria frente à detecção de penas mínimas desproporcionais para as peculiaridades do caso concreto. Na verdade, a tendência do intérprete garantista, frente ao descompasso entre o T11 e o T12, é abordar a questão de modo a não ratificar a pena mínima desproporcional, e de modo a se socorrer das demais alternativas ratificadas pelo direito positivo, a exemplo do contorno da linha e da deslegitimação da linha.

Soma-se a essas lições o fato de que, filosoficamente, o garantismo penal incentiva o desenvolvimento de ordenamentos jurídicos em que se privilegie o direito penal mínimo, concedendo-se especial atenção ao *favor rei* ante o direito de punir. Daí depreende-se que o aspecto da dosimetria da pena deve guardar correspondência entre a legalidade estrita (T11) e

a necessidade (T12). A ideia dos axiomas e dos teoremas é possibilitar o desenvolvimento racionalizado do processo penal a fim de coibir os excessos punitivos. Nesse sentido, Ferrajoli entende pertinente a previsão de instrumentos legais, inclusive por intermédio de conotações em branco, que concedam maior margem discricionária ao julgador para apreciar as circunstâncias que não puderam ser nominadas e previstas pela lei, mas que se fazem presentes no caso concreto. Diante desse aspecto do garantismo, o pesquisador é incapaz de firmar a existência de entraves, no plano do conteúdo, quanto à finalidade perseguida pela aplicação da técnica decisória da “minorante inominada”, que é assegurar alguma margem de discricionariedade conotativa na terceira etapa da dosimetria da pena. Essa compreensão do poder conotativo em *Direito e Razão* é extensa Ferrajoli chega, inclusive, a defender a possibilidade de “eximentes genéricas”¹²⁷. Por isso, não nos parece incoerente sustentar que o garantismo anui com previsões legais aptas a evitar ou aliviar o rigor da pena. Contudo, exige que tais conotações integrem formalmente o sistema normativo, o que, por ora, não acontece com a referida minorante.

Segundo a ótica do sistema garantista e do positivismo crítico, o grande questionamento que se fez sobre a etapa de individualização da pena, nos atuais moldes de aplicação por parte do STM (criação jurisprudencial), é se a adoção da técnica decisória da “minorante inominada” é permitida na terceira fase da dosimetria sancionatória. Consoante as premissas expostas no decorrer do estudo e ressalvada a compatibilidade de conteúdo, isto é, finalística em favor da previsão de alguma conotação em branco benéfica apta a influir sobre a dosimetria sancionatória, cumpre arrematar que a resposta à indagação é negativa, em virtude da concepção cognitivista do direito penal e da necessidade de se preservar o Estado de Direito, a previsibilidade das normas e a legitimidade da intervenção jurisdicional. Como visto, as margens de discricionariedade judicial disponíveis são restritas e não têm a aptidão de outorgar aos julgadores o poder de criação de qualquer hipótese de diminuição de pena. Pode-se dizer que, na sistemática garantista, “a jurisdição não desempenha nenhum papel de inovação ou produção legislativa, mas sim a tradicional função de conservação e aplicação da ordem jurídica existente” (Ferrajoli, 2022, p. 220).

É visível que o modelo teórico de Ferrajoli opta por trabalhar com o direito vigente. Nele, os próprios princípios decorrentes da Constituição, a exemplo da individualização da

¹²⁷ Nesse sentido, afirma: “Nada impediria, contudo – ao contrário, tudo aconselharia –, a previsão legal de circunstâncias ‘eximentes genéricas’, análogas às ‘atenuantes genéricas’, cuja compreensão conduz à exclusão do delito.” (Ferrajoli, 2002, p. 133).

pena e da proporcionalidade, são compreendidos como objeto de aplicação em vez de ponderação. Em ordenamentos jurídicos oriundos do *civil law*, a ideia de que a jurisprudência seja utilizada como fonte do direito “contradiz o princípio da legalidade e a separação de poderes” (Ferrajoli, 2022, p. 221). Para o professor italiano, a admissão da criatividade judiciária na inovação do sistema normativo depõe contra os princípios que sustentam o próprio Estado de Direito por contaminar a legitimidade da intervenção jurisdicional (Ferrajoli, 2022, p. 221). Calcado nessa perspectiva, acentua que, nos sistemas de *civil law*, “a produção legislativa é reservada às instituições políticas e representativas, sejam elas legislativas ou de governo, através de cujo exercício vem criado novo direito” (Ferrajoli, 2022, p. 221); a seu ver, a adoção do principialismo como objeto de ponderação promove “um ativismo judicial que arrisca resultar uma profunda distorção da jurisdição” (Ferrajoli, 2022, p. 220).

Destarte, conclui-se, perante este referencial teórico, que a perfeita análise equitativa dos fatos (poder judicial conotativo) é uma tarefa inerente à intervenção do magistrado nos processos judiciais, a qual precisa ser exercida em plenitude. O jurista florentino tem frequentemente afirmado ser fundamental a compreensão conotativa do caso concreto “com base no óbvio reconhecimento de que cada caso submetido à apreciação é irrepetível, mesmo se subsumível à mesma *fattispecie* legal” (Ferrajoli, 2022, p. 225). Razão pela qual se entende que o desejável, em sistemas normativos de direito penal mínimo, é que o julgador disponha pela lei de certa margem de discricionariedade para poder influir no aspecto quantitativo da pena, inclusive sobre circunstâncias ocorridas, mas não previstas pelo legislador. Todavia, a existência dessas espécies de conotação em branco, no direito penal, está condicionada à iniciativa do poder político. Nesse sentido, consegue-se afirmar que o garantismo penal almeja o total exercício do poder judicial conotativo na aplicação da pena, o que pode ser conquistado de dois modos, mediante o *overruling* do enunciado sumular n. 231 do STJ e do Tema 158 do STF ou, alternativamente, por intermédio de iniciativa parlamentar em prol do estabelecimento de hipótese legal de “minorante inominada”. Sem essas opções no ordenamento jurídico brasileiro, é factível afirmar que o intérprete garantista, ao enfrentar a desproporcionalidade da pena, tal como fez o STM nos julgados aqui relacionados, preservaria a hierarquia das fontes e afastaria a regra do preceito secundário (deslegitimação da linha) no caso concreto para resguardar os direitos fundamentais do jurisdicionado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa dissertativa emergiu de prática penal específica do Superior Tribunal Militar (“minorante inominada”), construída a partir de sucessivas decisões judiciais (acórdãos), as quais promoveram a flexibilização da pena mínima na terceira etapa da dosimetria sancionatória. O estudo objetivou apresentar e discutir a (in)validade desse instituto jurídico criado e consolidado, com alicerce em razões principiológicas, ao longo de um decênio (2015-2024). A condução da dissertação foi auxiliada pela teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli em *Direito e Razão*. Ciente de que a abordagem acadêmica da questão prática exigia subsídios coerentes para o exame da aplicação da lei penal, a análise considerou as quatro dimensões do poder judicial: o poder denotativo (estritamente vinculado), o poder de comprovação probatória (estritamente vinculado), o poder de conotação (margem discricionária) e o poder de disposição (arbitrário).

Logo no início do estudo, demonstrou-se que a questão da flexibilização da pena mínima provoca tensões no ordenamento jurídico, sobretudo pelo fato de incumbir ao Estado: o poder punitivo, mas também a tutela das liberdades individuais. Nesse sentido, destacou-se que o julgador pode se deparar com casos concretos em que a aplicação da pena mínima se revela inadequada. Por isso, no marco teórico, a pesquisa partiu do garantismo penal e do positivismo crítico para o desenvolvimento dos argumentos que tentam conciliar, com intermédio do poder judicial conotativo, a pena legal e a pena necessária, ideias desenvolvidas a partir dos teoremas garantistas 11 (onze)¹²⁸ e 12 (doze)¹²⁹. Para submeter a questão referente à flexibilização judicial da pena mínima pela “minorante inominada” ao referencial teórico, foram, ainda, estabelecidos conceitos como os de *respeitar a linha*, *contornar a linha*, *deslegitimar a linha* e *cruzar a linha*.

Realizado o cotejo desses conceitos com os óbices dos entendimentos fixados pelo STF (Tema 158) e pelo STJ (Enunciado Sumular n. 231), definiu-se, a partir da teoria da decisão, que a técnica decisória da “minorante inominada” é um efeito de segunda ordem emanado da rigidez jurisprudencial que inviabiliza entendimentos judiciais em prol da flexibilização do limiar mínimo da pena na segunda fase. No entanto, constatou-se que ao tentarem *contornar a linha*¹³⁰ transplantando a análise da flexibilização para a terceira etapa dosimétrica (fase em que se permite transpor o limite mínimo), os julgadores do STM

¹²⁸ *nulla poena sine lege*.

¹²⁹ *nulla poena sine necessitate*.

¹³⁰ Entende-se por linha, o limiar mínimo da sanção estabelecido em lei.

incidem no ato de *cruzar a linha*, visto que inovam o ordenamento mediante a fixação de causa de diminuição de pena desprovida de previsão legal.

Como antítese ao rigor inflexível da pena mínima, ressaltou-se as posições favoráveis à temática da flexibilização, que puderam ser extraídas do voto do Ministro Cezar Peluso, na relatoria do RE 597.270-4-RG-QO/RS e, no mesmo sentido, do voto proferido pelo Ministro Rogério Schietti no REsp nº 1.869.764-MS, que objetivou a superação do mencionado enunciado do STJ. Nesse contexto, foi possível constatar que o Superior Tribunal Militar, diante das limitações legais impostas pelas penas mínimas previstas em lei e dos entendimentos fixados no Tema 158 do STF e no Enunciado Sumular n. 231 do STJ, tem adotado uma solução de caráter mitigador, flexibilizando a aplicação estrita do texto legal a fim de realizar uma justiça penal proporcional e individualizada. A técnica decisória da “minorante inominada”, embora não prevista expressamente na legislação, pode encontrar respaldo argumentativo no pós-positivismo, na busca por uma resposta judicial mais compatível com os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Do estudo empírico dos 52 (cinquenta e dois) acórdãos selecionados, identificou-se nas razões de decidir dos julgados proximidade implícita com as ideias de subdivisão de regras e princípios, de sopesamento e de balanceamento de princípios, motivo que levou o pesquisador a realizar uma interconexão com a argumentação jurídica de Robert Alexy, estabelecendo, assim, uma antítese ao referencial teórico da pesquisa, conforme se percebe nos dois últimos capítulos. A opção pela teoria da argumentação jurídica, como elemento de antítese ao garantismo penal, é realizada por fornecer uma abordagem metodologicamente estruturada do pós-positivismo constitucionalista contemporâneo. A proposta visou confrontar diferentes percepções (positivismo crítico e pós-positivismo) com os fundamentos decisórios dos acórdãos.

Para comprovar a pertinência da interconexão realizada com a teoria da argumentação jurídica, basta verificar a declaração de voto do primeiro acórdão responsável por introduzir as discussões da “minorante inominada” no STM, ocasião em que se constata os seguintes argumentos: “os princípios, sejam expressos ou implícitos, possuem força normativa, assim como as regras, mas estão alicerçados de alcance muito mais robusto” (Barroso, 2015, p. 22). De forma específica, assentou-se que no caso de fixação da sanção esta deve ser realizada “mediante um juízo de ponderação, avaliando-se se o meio utilizado é ou não proporcional em relação ao fim” (Barroso, 2015, p. 21). Após essa análise, concluiu-se que “o princípio da

proporcionalidade, implícito no texto da Carta Magna de 1988, constitui eixo dos direitos fundamentais, para que se evite a aplicação de sanção demasiadamente grave em relação à conduta efetivamente praticada” (Barroso, 2015, p. 23). Tais colocações foram realizadas com o propósito de atenuar a legalidade e se propor “a admissão de uma minorante inominada, lastreada no princípio da proporcionalidade” (Barroso, 2015, p. 23).

Como resultado, desmistificou-se que nem toda decisão que privilegia o *Favor Rei* detém base garantista. Ferrajoli subdivide a análise das decisões judiciais no plano do conteúdo e no plano do método. Em razão disso, não se verificou intencionalidade do exercício de um poder potestativo; pelo contrário, a impressão extraída da pesquisa é de que a técnica decisória da “minorante inominada” pretende fazer uso do poder judicial conotativo para equilibrar a sanção à excepcionalidade do caso concreto. O garantismo penal de Ferrajoli expressa, de forma aberta, a legitimidade do exercício do poder judicial conotativo, destacando a necessidade de alguma margem de discricionariedade para o julgador influir na quantidade da pena. Inclusive, por conotações em branco para situações não previstas antecipadamente pelo legislador. O raciocínio atenta para o fato de que a norma jurídica é incapaz de antever todas as conjunturas fáticas, anímicas ou comportamentais propícias a ocorrerem durante a prática do delito.

A par dessa possibilidade, Ferrajoli entende prudente aos sistemas normativos a previsão de conotações em branco para se privilegiar o *Favor Rei*, tais conotações são destinadas a conferir maior margem de liberdade decisória ao magistrado para o específico exercício desse poder judicial. Nessa filosofia, cada delito é considerado irrepetível. Por esse motivo, deduziu-se que, desde que essa causa supralegal de redução da pena seja formalmente incorporada ao ordenamento jurídico vigente, o garantismo penal não apresenta divergências no plano do conteúdo da “minorante inominada”.

Por seu turno, no plano do método, identificou-se que o desenvolvimento da referida minorante decorre de prática jurisprudencial criativa, o que confronta os ideais do positivismo crítico: a submissão do juiz à lei e a utilização dos princípios constitucionais como mecanismo de limites e vínculos à legislação ordinária. Ao fixar a “minorante inominada” com o auxílio do princípio da proporcionalidade, o magistrado deixa a função de garantidor e encampa a função de inovador do ordenamento jurídico, ainda que para aquele determinado caso concreto. Por essa razão, despontaram-se como soluções legítimas em torno da questão da flexibilização judicial da pena mínima: o *overruling* do Enunciado Sumular n. 231 do STJ

e do Tema 158 do STF ou, alternativamente, a iniciativa parlamentar em prol do estabelecimento de hipótese legal de “minorante inominada”. A adoção de uma dessas contingências seria capaz de legitimar a medida perante o referencial teórico da pesquisa.

A solução hoje operacionalizada em prol da “minorante inominada” como criação jurisprudencial vai de encontro ao próprio artigo 76 do CPM, tendo em vista que, de forma expressa, o dispositivo menciona que as causas especiais de aumento ou de diminuição da pena ocorrem “quando a lei prevê”. Como se vê, prevalecem as objeções próprias do plano do método para o sistema garantista. Dito isso, apurou-se que a solução garantista frente aos casos jurídicos enfrentados pelo STM, pressupondo aqui a constatação do real descompasso entre a pena mínima e as peculiaridades do caso concreto, implicaria, muito provavelmente, o afastamento da norma, isto é, o ato de *deslegitimar a linha*.

Do estudo empírico dos acórdãos, foram extraídos elementos interessantes como a excepcionalidade da medida que não é simplesmente sustentada, mas sim comprovada pelos dados da Tabela 2. Pode-se notar que a “minorante inominada” é aplicada aos diferentes tipos de jurisdicionados submetidos à Justiça Militar da União: militares (oficiais e praças), ex-militares e civis, o que afasta qualquer tipo de argumento ou ilação de teor corporativista, consoante a Tabela 3. Verificou-se, ainda, que existem tipos penais específicos, os quais, devido a seu maior rigor, inclusive em face da legislação penal comum, acabam por suscitar os debates em torno da flexibilização judicial da pena mínima, segundo as Tabelas 4 e 5. Ademais, verificou-se que, na maioria das vezes, a necessidade de suscitar os debates acerca da flexibilização da reprimenda parte dos próprios julgadores, havendo, outrossim, situações de requerimentos defensivos. Por seu turno, o titular da ação penal, em regra, tem rechaçado a medida, conforme Tabela 6. Por fim, na Tabela 7 apresentam-se os principais princípios objeto das discussões a respeito da aplicação ou não da “minorante inominada”.

Há, entretanto, por honestidade intelectual, que se realizar a ressalva de que essas conclusões partem da análise geral dos acórdãos que deferiram a aplicação do instituto. Evidentemente, percebe-se que a pesquisa não se aprofundou ao ponto de individualizar cada caso concreto, sendo esta, portanto, uma das limitações do estudo.

Entre os desafios pelos quais a dissertação passou está o ineditismo no trato acadêmico dessa prática penal peculiar; em virtude disso, o pesquisador teve de desenvolver o objeto de estudo tangenciando a questão da flexibilização judicial da pena mínima com o intuito de

assegurar robustez no trato da mitigação da sanção por intermédio da “minorante inominada”. Evidentemente, essa dificuldade inicial permitiu ganhos adicionais, visto que foi possível indagar sobre a origem do instituto e trazer respostas claras e precisas a respeito da hipótese de surgimento. Desmistificou-se, também, a falaciosa confusão entre a atenuante genérica do artigo 66 do CP e a “minorante inominada”, oriunda da jurisprudência do STM. Outro passo importante que emergiu a partir da constatação da ausência de aprimoramento teórico das razões de decidir dos acórdãos foi o estabelecimento de uma antítese teórica ao referencial da pesquisa com o pós-positivismo de Alexy.

Por outro lado, no aspecto das limitações, deixou-se de avançar em pontos considerados pertinentes para o aprofundamento dessa causa supralegal de diminuição de pena. Uma das vertentes que parece ser propícia para ulteriores estudos é a exploração dos critérios de aplicação, ou seja, quais são os elementos contidos nos processos judiciais que alteram a percepção do julgador e o fazem realizar esse tipo de intervenção na reprimenda. Igualmente, salutar é verificar no direito comparado e nas cortes internacionais a forma com que outros ordenamentos jurídicos têm trabalhado conotações em branco a serem aplicadas na dosimetria da pena. Há, aqui, excelente ponto de partida para o desenvolvimento de estudos subsequentes.

No que se refere aos objetivos, à pergunta e à hipótese de pesquisa, observa-se que foram alcançados de forma satisfatória. As discussões em torno da (in)validade da flexibilização judicial da pena mínima foram robustas, perpassando questões jurídicas importantes, além dos principais julgados dos areópagos pátrios. Na oportunidade, concluiu-se sob os auspícios do referencial teórico que o recomendável – diante da atual inflexibilidade dos entendimentos jurisprudenciais sobre as atenuantes e da ausência de previsão legal de uma “minorante inominada” – é que o julgador se atenha aos atos de *respeitar a linha, contornar a linha e deslegitimar a linha*. Para o sistema garantista, *cruzar a linha*, sem a permissão do direito positivo, não constitui uma solução jurídica válida.

Logo, com base nos aportes teóricos, normativos e jurisprudenciais examinados ao longo da pesquisa, deduz-se que o sistema garantista de Ferrajoli não confere margem de legitimação para o reconhecimento judicial de causa de diminuição de pena que não esteja expressamente prevista no ordenamento jurídico, ratificando-se, com isso, a hipótese de pesquisa. O referencial teórico, ao reconhecer espaços limitados e controlados de discricionariedade judicial, admite a atuação equitativa (poder conotativo) apenas quando esta

se dá no interior dos marcos legais estabelecidos, e não como forma de suplantá-los. Nessa perspectiva, tem-se que a adoção da técnica decisória da “minorante inominada”, conquanto pareça adequada sob a ótica pós-positivista, não detém sustentação no garantismo penal. Pode-se criticamente afirmar que, mantidos os moldes atuais de aplicação (sem previsão legal), a técnica compromete a coerência do sistema normativo, visto que fragiliza pressupostos teóricos do sistema garantista como a percepção dos princípios como limites e vínculos, a previsibilidade e segurança jurídica dos sistemas normativos e judiciais e a própria separação de poderes.

Para finalizar, dada a sensibilidade do tema, importa reconhecer que o debate enfrentado nesta dissertação possui nuances complexas e é sensível à atividade judicante, que, diuturnamente, busca assegurar justiça para as decisões dos casos concretos. No entanto, nesse estudo, prevalece o positivismo crítico do garantismo penal, que recomenda o papel garantidor do juiz mediante a proteção dos direitos fundamentais sem a transgressão do sistema normativo. As objeções garantistas repousam, principalmente, sobre o temor de que essas “inovações jurisprudenciais” possam degenerar a legitimidade da intervenção jurisdicional, gerando, em consequência, perigosos precedentes em que o conteúdo das decisões penais passa a se submeter a sensibilidade moral e a criatividade decisória do julgador, em detrimento da almejada legalidade democrática.

No mais, espera-se que essa modesta contribuição da prática penal para a comunidade acadêmica possa gerar inquietações, críticas e reflexões profundas.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.
- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro* [livro eletrônico]. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ABBOUD, Georges; SILVA, Francisco de Assis e; GAVAZZONI, Antônio. *Arbitragem Constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.
- ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. Tipologia de casos e técnicas decisórias. *Revista Judiciária do Paraná*, ano XIV, n. 18, Nov. 2019.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro* [livro eletrônico]. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. O princípio da proporcionalidade nos quadros da dogmática contemporânea – análise de alguns casos, recentes e relevantes, da jurisprudência brasileira, em que incide tal princípio. *Doutrina - Superior Tribunal de Justiça*, Edição Comemorativa, 15 anos. Brasília, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós; COURA, Alexandre de Castro. Discricionariedade judicial e o problema da disparidade na aplicação da pena: Possibilidades e limites do garantismo penal (Luigi Ferrajoli) e da teoria do Direito como integridade (Ronald Dworkin) aplicados à penologia. *Direito e Linguagem*, v. 1, n. 1, p. 107-130, 2024.
- CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. Tradução de Fernando de Sá. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- CARVALHO, Salo de. O Controle do Substancialismo e do Decisionismo na aplicação da pena. *Revista Direito em Debate*. Editora Unijuí. Ano XXIX. n. 53, jul./dez., p. 311-317, 2020.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A Decisão Judicial*. Escola da Magistratura Federal da 5ª Região. v. 1, p. 45-63, 2001.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal* [livro eletrônico]: Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

DUTRA, Delamar José Volpato. A legalidade como forma do Estado de Direito. *Kriterion*, n° 109, jun., p. 57-80, Belo Horizonte, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e Constitucionalismo garantista. p. 12-51. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli* [livro eletrônico]. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade (org). 2. ed. ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILHA, Maurides Batista de Macedo; CAVALCANTE, Jessica Painkow Rosa; e BATISTA, Leonardo Matheus Barnabé. A escola da Exegese e a investigação científica livre: Reflexos Hermenêuticos Jurídicos no Brasil (1837 a 1887). *Brazilian Journal of Development*, 8. 9188-9209, 2022.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramallete. Editora Vozes. Petrópolis, 1987.

GIACOMOLLI, Nereu José; e SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. Panorama do princípio da legalidade no direito penal alemão vigente. *Revista Direito GV*. 6 (2). p. 565-582, jul./dez., São Paulo, 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. 2003. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Reflexões sobre a teoria do domínio do fato. p. RB-7.1. a RB-7.12. In: REALE JÚNIOR, Miguel; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). *Coleção 80 anos do código penal* [livro eletrônico]: v. I: parte geral. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 270, p. 171–205, 2015.

LAURENCE, Bardin. *Análise de Conteúdo*. 3ª reimp. da 1ª ed. São Paulo: edições 70, 2016.

LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 97. p. 105-122, 2008.

MACHADO, Maíra Rocha. A complexidade do problema e a simplicidade da solução: a questão das penas mínimas. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 11, n. 94, p. 1–62, jun./set. 2009.

MACHADO, Maíra Rocha; GARCIA, Margarida; PIRES, Álvaro. É injusto, mas é a lei: a pena mínima de prisão como obstáculo à pena justa. *Revista de Direito Público*, v. 17, n. 92, p. 11–32, mar./abr. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada* [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed., v. I, São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Antônio Castanheira. *Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 2. Coimbra: Coimbra editora, 1995.

NETO, Silvio Sponchiado. *Técnicas decisórias de ponderação: por uma busca de limitação ao subjetivismo judicial*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, São Paulo, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

PINTO, Isac Penedo. Aspectos do pós-positivismo e a crise de legalidade. *Revista da Defensoria Pública da União – DPU*, n. 44, mar./abr., p. 47–74, 2012.

ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar Comentado* [livro eletrônico]. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

SCHAITZA, Letticia de Pauli. *Julgamento ampliado* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. p. 53-86. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli* [livro eletrônico]. 2. ed. ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

TRINDADE, André Karam. O pequeno Juiz e a Construção do Direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli* [livro eletrônico]. 2. ed. ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.