

**NECESSIDADE DE SE ABANDONAR A
POLÍTICA DE APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA
NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS PARA SE
RESGUARDAREM OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS
FUNDAMENTAIS À SEGURANÇA, PACIFICAÇÃO
SOCIAL E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA:
IMPLICAÇÕES JURÍDICAS**

LUCIANA PERPÉTUA CORRÊA

Promotora de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

lucianacorrea@mp.mg.gov.br

Esse estudo realizado teve origem nos problemas práticos enfrentados na atuação desta Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado de Minas Gerais e em conversas com vários colegas que relataram a mesma dificuldade. Trata-se do fato de que, nos crimes de tráfico de drogas, há várias decisões condenatórias prolatadas, com a fixação da pena mínima possível aos agentes, no patamar de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e a respectiva substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ocorre que, nas motivações de várias sentenças e no corpo dos autos, nota-se que há várias circunstâncias judiciais desfavoráveis, descritas no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei nº 11.343/06, que não são levadas em consideração para análise dos parâmetros de fixação da pena-base nem para avaliação do conhecimento e do *quantum* a ser aplicado em relação à causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

No mais, superada pela Resolução do Senado Federal n.º 05/2012, publicada no *DOU* de 16/02/2012, a discussão a respeito da possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, notamos que tal preceito não pode ser aplicado de forma indiscriminada. Deve ser verificada a suficiência e a necessidade da medida no caso concreto, requisito subjetivo descrito no artigo 44 do Código Penal, que tem conexão direta com a análise das circunstâncias judiciais supracitadas, muitas vezes não analisado em algumas sentenças judiciais.

Esse estudo mostra-se necessário para resguardar diretamente os princípios constitucionais fundamentais da segurança pública e da pacificação social, bem como os princípios de individualização da pena, isonomia e proporcionalidade. De forma reflexa, visa proteger o princípio da dignidade da pessoa humana, já que os indivíduos que realizam tráfico de drogas estimulam a prática de vários delitos.

A base filosófica utilizada para a realização deste trabalho é vasta, abrangendo lições de Habermas, Kelsen e juriconsultos na seara penal que estudaram a função preventiva da pena.

Concluimos que além da condenação, é necessária a aplicação da pena justa, proporcional, com necessária observância aos parâmetros legais para aplicação da causa de diminuição de pena descritos no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e os requisitos subjetivos descritos no artigo 44 do Código Penal, necessários à substituição de pena; caso contrário, haverá ofensa a princípios constitucionais, grave dano à ordem pública, temor social e descrédito de instituições que realizam a justiça.

Passamos, então, a elencar as razões que legitimam o estudo aqui realizado, presentes nos casos apresentados.

Inicialmente, convém salientar que os direitos fundamentais, sem dúvidas, são poderes públicos (eficácia vertical) e deve-lhes ser garantida a máxima efetividade. Assim, também sofrem reflexos nas relações privadas¹ e toda interpretação infraconstitucional relativa ao tema em debate deve se curvar ao seu *status* constitucional.

¹ SARMENTO, 2006, p. 260.

Nesse sentido, Ricardo Augusto Schmitt (2011, p. 99) aduz:

[...] de acordo com as mais basilares lições de Direito Constitucional trazidas por Hans Kelsen (estudo da pirâmide de Kelsen), sabemos que a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas que compõe determinado ordenamento jurídico, o que traduz na necessidade dos operadores do direito realizarem a releitura das normas legais sempre de cima para baixo (a partir da Constituição Federal para as normas constitucionais) e nunca de forma contrária.

Nesse caminho, Pérez Lunõ (1990): “[...] nenhuma norma infraconstitucional é facultada ignorar os valores constitucionais, que servem de lastro para a interpretação de todo ordenamento jurídico [...]”.

Constatino Mortati e Gilmar Ferreira Mendes preveem um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, nos moldes das constituições alemã e portuguesa, que atribui um significado supremo ao núcleo dos direitos fundamentais nas Constituições rígidas.²

No mesmo caminho, defende Hesse (1991, p. 20):

[...] quanto mais conteúdo de uma constituição lograr corresponder à natureza singular do presente (incorporando o estado espiritual de seu tempo, tarefa da qual é incumbido seu intérprete). Tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.

Assim, essencial compreender e sedimentar que a verdadeira força da Constituição dependerá de uma adequada interpretação de seu conteúdo material.³

A fixação da pena e seu regime de cumprimento, de forma justa e proporcional, consubstanciam maneiras de assegurar diretamente

² SILVA, 2011.

³ FISCHER; PACELLI, 2012.

a eficácia máxima dos direitos fundamentais sociais a segurança, dignidade da pessoa humana e pacificação social.

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 colaciona o direito fundamental à segurança, necessário à garantia da dignidade da pessoa humana e da pacificação social, pilares constitucionais descritos nos artigos 3º e 4º da CF/88.

A *pena* tem a finalidade de *prevenção geral*, razão pela qual deve ser suficiente em qualidade e quantidade, para reprimir a prática de crimes futuros por terceiros e *promover a segurança social*. É nesse sentido que a necessidade de se aplicar uma *sanção proporcional à gravidade do delito* consubstancia respeito aos *direitos fundamentais pátrios a segurança, dignidade da pessoa humana e pacificação social*.

É necessário salientar que o *direito penal* é a *ultima ratio*, portanto, somente é aplicado a pessoas para as quais a sanção moral, bons costumes, coação social, educação familiar e comunitária *não foram suficientes para que elas respeitassem os limites estabelecidos em lei, bem como o contrato social imposto*.

Nesse sentido as lições de Claus Roxin, Gunther Arzt, Klaus Tiedemann aduzem o seguinte em relação à prevenção geral da pena:

[...] A prevenção penal representa a terceira concepção mais influente da pena. Prevenção geral é o mesmo que profilaxia em relação à coletividade. De acordo com ela, a pena não tem nem a finalidade de retribuir a culpa, nem a de impedir que o condenado cometa novos crimes. Ela deve, antes, motivar a coletividade para um comportamento de fidelidade jurídica. Isso pode ocorrer de forma negativa pela dissuasão da população em relação à prática de fatos semelhantes por meio da cominação, imposição e execução da pena, ou de forma positiva, formando-se a consciência jurídica do cidadão e determinando-se seu comportamento social, desde o início, por meio de proibições e mandamentos jurídicos. A teoria da prevenção geral foi realçada, na Alemanha, sobretudo, por Anselm von Feuerbach, contemporâneo de Goethe e considerado o fundador da moderna Ciência Penal alemã. Ela é, ainda

hoje, muito influente. Sua principal vantagem está no fato de ela ter por escopo, desde o princípio, a paz jurídica da coletividade, cuja preservação constitui a principal função do Direito Penal. Da mesma forma, esclarece de forma primorosa por que razão não se pode simplesmente renunciar à pena, nem mesmo quando não exista o perigo de reincidência. A impunidade de crimes graves incita a imitação de outras pessoas e deve ser evitada por meio de uma punição. (ARZT; TIEDEMANN; ROXIN, 2006).

No mesmo sentido, Nilo Batista aduz sobre a finalidade da pena:

[...] Quando se fala nos fins (ou ‘missão’) do direito penal, pensa-se principalmente na interface pena/sociedade e subsidiariamente num criminoso antes do crime; quando se fala nos fins (ou objetivos, ou funções) da pena, pensa-se nas interferências criminoso depois do crime/pena/sociedade. Por isso, a missão do direito penal defende (a sociedade), protegendo (bens, ou valores, ou interesses), garantindo (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou confirmando (a validade das normas); ser-lhe-á percebido um cunho propulsor, e a mais modesta de suas virtualidades estará em resolver casos. Observe-se que os fins assinalados se projetam predominantemente na relação pena-sociedade e se apresentam como ‘sinal social positivo’, que abrange sua funcionalidade, utilidade e dignidade. (BATISTA, 2007, p. 111)

Convém salientar *que a graduação da pena está necessariamente ligada à proteção dos direitos fundamentais constitucionais individuais e sociais, como a vida, integridade física, propriedade privada, liberdade, iniciativa privada. Destaca-se que correta aplicação da pena assegura os direitos fundamentais constitucionais de segurança e pacificação social. Isso porque, quando o indivíduo tem a certeza da sua punição séria e credibilidade nas instituições estatais*, ele irá pensar duas vezes antes de realizar um delito que fere direitos individuais e coletivos, como crimes contra a vida, o patrimônio, a administração pública e o meio ambiente.

Acrescente-se que a sensação de impunidade ou de falta de proporcionalidade/razoabilidade da pena fixada abala a credibilidade das instituições estatais perante a sociedade.

Nesse sentido, as lições de Guilherme de Souza Nucci:

A omissão do Estado na tarefa punitiva, sempre proporcional e voltada ao utilitarismo, equivale à incorreta visão educativa excessivamente liberal que muitos educadores insistem em propagar no tocante a crianças e adolescentes. Sem castigo, sem limites, não se pode falar em adequada formação. Quem desenvolve sua personalidade necessita de fronteiras, além das quais enfrentará as consequências negativas, as sanções. Com isso, o superego forma-se como juízo crítico e delimitador, impedindo que, no futuro, o íde possa dominar a personalidade, com seus instintos e atuações caprichosas e individualistas. (NUCCI, 2011, p. 79).

A política de aplicação da pena mínima, visando garantir a liberdade do réu, está afrontando diretamente direitos fundamentais a segurança, pacificação social, dignidade da pessoa humana. De forma reflexa põe em risco todos os direitos fundamentais, resguardados pelo sistema penal e processual penal pátrios. Necessário ressaltar ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci e de Ricardo Augusto Schmitt a respeito do assunto:

Além da sentença conter um comando jurídico voltado às partes em litígio, pelo qual o julgador externa a vontade do próprio Estado na sociedade da lide, como decorrência da análise de uma norma abstrata, o ato produz também efeitos em relação a terceiros, os quais sentem presente a regulamentação de um caso concreto que restou examinado e decidido, servindo de orientação para futuras condutas análogas. (SCHMITT, 2011, p. 19-20).

A individualização da pena, preceito constitucional e determinação legal, é processo judiciário discricionário, embora juridicamente vinculado, bem como devidamente fundamentado, contendo inúmeros elementos sujeitos à abordagem do magistrado por ocasião da sentença condenatória. Não pode e não deve ficar restrito à aplicação compulsória pena mínima, que, segundo a jurisprudência majoritária, prescinde de fundamentação, pois não haveria prejuízo ao réu. A este pode ser que não haja, mas à norma constitucional, à lei penal e à sociedade em geral, com certeza, configura-se.

Nos últimos anos, verifica-se a tendência de muitos magistrados, de primeiro grau ou de instância superior, em adotar a denominada política da pena mínima. Assim procedendo, são ignorados, ou mesmo menosprezados os riquíssimos elementos e critérios fornecidos pela lei penal para a escolha entre o mínimo e o máximo cominados para cada infração penal, da pena ideal e concreta destinada a cada réu.

Não se compreende, dentro de um raciocínio lógico-jurídico, o que tem levado a maior parcela do Judiciário a eleger a pena mínima como base para a aplicação das demais circunstâncias legais. Afinal, o art. 59, mencionando oito elementos diversos, se fielmente cumprido, provoca a aplicação da pena em parâmetros diferenciados para os acusados submetidos a julgamento. A padronização é contrária à individualização da pena, princípio constitucional, de modo que é preciso alterar essa conduta ainda predominante.

Demonstrando sua contrariedade a esse método e cuidando da reprovação social prevista no art. 59 do Código Penal, manifesta-se Luiz Antônio Guimarães Marrey, nos seguintes termos: 'Esse juízo de reprovação tem por base a conduta realizada pelo agente, cabendo ao juiz ponderar, na aplicação da pena, a forma e o modo de execução da ação descuidada, em face das exigências concretas de cuidado, para estabelecer a gradação material do perigo. Justifica-se, portanto, o aumento da pena-base, em atenção à culpabilidade do acusado e às circunstâncias em que delinuiu, quando menos para não assimilar hipóteses distintas a situações rotineiras, como se não apresentassem uma gravidade específica, peculiar e inconfundível com modestas vulnerações à ordem pública. (NUCCI, 2011, p. 273-274).

Assim, o Estado necessita se utilizar do sistema de prevenção geral da pena para garantir diretamente controle social, segurança, pacificação social e, de forma reflexa, os direitos e garantias constitucionais.

No mesmo caminho, ensina José Antônio Paganella Boschi (2008, p. 58-59):

O Estado precisa utilitariamente aplicar pena para que o ofendido e as outras pessoas da comunidade (eis aqui a finalidade) não tenham que fazê-lo e. satisfeitos, sintam-se confiantes na ação de direito e das instituições de controle social que têm por função fazê-lo incidir nas situações concretas [...] essa é a proposta do garantismo penal, para cuja corrente de pensamento a pena tem natureza retributiva, sem esgotar-se no castigo pelo castigo. Ela não se resume ao conteúdo da frase de o mal da pena em oposição ao mal do crime, já que atua defendendo o autor do fato da reação da vítima e dos demais membros da coletividade, pois, se o Estado negligenciasse o seu dever de agir, se reabria a porta para barbárie explícita.⁴

Destacam-se também os ensinamentos de Anibal Bruno a respeito do assunto:

[...] o fato de se prever uma pena de até 30 anos para o delito de homicídio qualificado simboliza a intimidação natural para aqueles que vacilam entre resolver um “problema” com seu adversário através da violência ou por intermédio dos órgãos judiciários do Estado. Tivesse o homicídio a pena máxima de 1 ano, com direito a benefícios, quando se deteriam em exterminar o inimigo? [...]

As normas da vida social de constituição genética equilibrada, com uma personalidade sem problemas, a ação preventiva da ameaça penal é desnecessária. Basta-lhes a consciência do dever e o respeito à estima pública para desviá-los de fatos contrários às normas do Direito. Mas há aqueles a quem realmente só a ameaça da punição pode afastar da delinquência. Ou ainda os desajustados e impulsivos, naturalmente inclinados a graves desvios de comportamento, que mesmo a ameaça penal dificilmente será capaz de deter diante do crime [...]. (BRUNO, 1976, p. 24).

Convém salientar, também, que a dosimetria adequada da pena consubstancia direito fundamental constitucional descrito no artigo 5º, inciso XLVI, da CF/88, consistente no princípio constitucional da individualização da pena para cada réu, bem como lei federal descrita no artigo 67 do Código Penal Brasileiro.

⁴ LAMO RUBIO, 1997, p. 29.

Guilherme de Souza Nucci definiu o princípio da individualização da pena:

[...] tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da ‘mecanizada’ ou ‘computadorizada’ aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leva à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto. Como diz José Antônio Paganella Boschi, o princípio da individualização da pena, que visa a resguardar o valor do indivíduo precisa ser juridicamente considerável. A atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e generalização que ignoram o que o homem tem de particular [...]. (NUCCI, 2011, p.36)

Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

Para a aplicação da pena, é necessária a individualização das circunstâncias judiciais de cada acusado, conforme o art. 59 do CP, sob pena de ofensa ao 5º, inc. XLVI, da CE. (BRASIL, 2009a, p. 73).

‘O Magistrado ao proceder a individualização da pena deve aferir de na ímpar, única, a conduta de cada agente, percorrendo todas as circunstâncias de natureza subjetiva (culpabilidade, antecedentes, conduta social, tonalidade do agente) e objetiva (natureza, gravidade, circunstâncias, modo execução, lugar e conseqüências do crime)’ (STJ, HC 32.371/RJ, Rei. Min. Io Medina, *DJU* 15.03.2004, p. 306). Não cabe, portanto ao contrário do descrito nas apelações da defesa -, a comparação entre as penalidades aplicadas réus, já que o exame das circunstâncias judiciais feito, com fundamento no 59 do Código Penal, é de natureza personalíssima, dependendo da situação específica de cada agente. (BRASIL, 2009b, p. 355).

Franz Von Liszt (2003, p. 144) reforça a necessidade da pena para prevenção geral, bem como do fortalecimento da credibilidade das instituições e da segurança social:

[...] sobre os membros da coletividade em geral, porque, de um lado, pela sua força de intimidação, refreia as tendências criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos [...].

René Garraud (2003, p. 326) também aduz sobre a necessidade utilitária da pena como meio de defesa social.

É de se salientar, ainda, a reiterada prática de crimes relacionados direta ou indiretamente com o mundo do tráfico; tal fato, como é público e notório, atormenta a vida dos cidadãos de bem, que, cada vez mais, veem-se acossados diante do crescimento da incessante violência, principalmente em relação à prática de crimes contra a vida e o patrimônio.

Assim, é manifestamente desproporcional a fixação da pena do crime de tráfico de drogas em 1 (um) ano e 8 (oito) meses, principalmente pela quantidade e pela variedade de drogas no caso em análise, a qual é inferior à pena de um agente que praticou furto qualificado *patrimônio*, cuja repercussão social é muito menor. Indubitável, portanto a ofensa aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesse sentido, os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 47-49):

Proporcionalidade é o que se espera da harmônica aplicação dos princípios constitucionais e das normas infraconstitucionais. Por isso, o princípio esparge-se por todos os ramos do direito, adquirindo especial relevo na esfera penal. Não teria o menor sentido, levando-se em conta proteção subsidiária assegurada pelo Direito Penal aos conflitos sociais, sustentando-se na adequada posição de intervenção mínima, prever penas exageradas para determinados delitos considerados de menor importância, bem

como estipular sanções ínfimas para aqueles que visam à proteção de bens jurídicos considerados de vital relevo.

Francisco Javier Álvares Garcia (2001, p. 199-201), cuidando dos critérios a permear o estabelecimento dos marcos penais pelo legislador, enumera os seguintes:

[...] a) respeito à proporcionalidade; b) posição do sujeito no cenário do ordenamento jurídico; c) conclusões extraídas do princípio da fragmentariedade ou da intervenção mínima; d) função da norma penal; e) grau de participação do agente do delito; f) finalidades preventivo gerais; g) periculosidade do sujeito ativo do crime. [...].

A dosimetria da pena de forma errônea ou injusta implica violação direta aos direitos e garantias fundamentais supracitados, bem como à lei federal descrita no artigo 67 do Código Penal.

Mostra-se imprescindível a fixação da pena-base acima do mínimo legal, quando as circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei n.º 11.343/06 forem desfavoráveis.

Quando há mais de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve o Magistrado majorar a pena acima do mínimo legal. Nesse sentido já explanou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

TRF1. [...] O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o *caput* do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominada; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo.[...]. (BRASIL, 2000, p. 62). (BRASIL, 2010).

No mesmo sentido, o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

TJMG – Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL - CRIME PRATICADO POR PREFEITO - APROPRIAÇÃO DE VERBA PÚBLICA - PROVAS TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL - SUFICIÊNCIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA-BASE - DUAS CIRCUNSTÂNCIAS DESEFAVORÁVEIS - AUMENTO POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - REDUÇÃO - CABIMENTO - RECURSO PROVIDO EM PARTE. - Demonstrado o recebimento, por Prefeito Municipal, por meio de depósito bancário em conta corrente de sua esposa, de verba de que era credora a Municipalidade e que nunca chegou aos cofres públicos, evidencia-se a prática do crime de apropriação indébita própria de prefeitos, prevista no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/67. - Desfavoráveis apenas duas circunstâncias judiciais, não seis delas, como valorado inicialmente pelo sentenciante, a redução da pena-base é medida que se impõe. - Recurso provido em parte. (MINAS GERAIS, 2011a).

TJMG – Ementa: ROUBO MAJORADO - AUTORIA E MATERIALIDADE - COMPROVAÇÃO - EMPREGO DE ARMA - CONCURSO DE PESSOAS - MAJORANTES COMPROVADAS - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESEFAVORÁVEIS - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - REGIME FECHADO - ATENUANTES RECONHECIDAS - MAJORAÇÃO ALTERADA. Impõe-se a confirmação do decreto condenatório quando comprovadas a autoria e materialidade do delito. Possui validade a confissão extrajudicial quando em harmonia com o conjunto probatório, podendo ser reconhecida como atenuante. O reconhecimento da qualificadora do emprego de arma, previsto pelo art. 157, § 2º, I, do CP, independe de comprovação pericial relativa à potencialidade lesiva da arma utilizada. O concurso de agentes na prática do crime impõe a confirmação do reconhecimento da majorante prevista no Inc. II do parágrafo 2º do art. 157 do CP. Não merece acolhimento o pedido de desclassificação de roubo para furto, mediante a presença de provas da utilização de violência ou grave ameaça na prática do delito. A existência de duas majorantes, previstas nos inc. I e II do § 2º do art. 157 do CP, enseja a elevação da pena em 3/8, configurando-se exacerbado o aumento pela metade. Afigura-se apropriado o regime inicial fechado para cumprimento da pena, nos termos do § 3º do art. 33 do CP, quando comprovadas as cir-

cunstâncias judiciais desfavoráveis. Impõe-se a redução da pena em 1/6 para cada uma das atenuantes relativas à menoridade e confissão espontânea. (MINAS GERAIS, 2007).

O art. 59 do Código Penal enuncia um elenco de circunstâncias orientadoras na individualização da pena, e, para que esta seja fixada no mínimo legal, é exigível uma situação em que todas elas sejam favoráveis ao apenado. (MINAS GERAIS, 2011b).

As lições de Ricardo Augusto Schmitt são no sentido de que a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal, quando houver três circunstâncias desfavoráveis ao recorrido:

[...] A partir desse quadro esquemático, devemos lembrar que somente em situações específicas de alta gravidade, que demonstrem real necessidade de reprovação concreta do delito é que a pena-base irá suplantar o ponto médio principal.

Tal situação se encontra reservada, em tese, para casos em que concorram ao menos duas ou três circunstâncias judiciais plenamente desfavoráveis ao agente, estando ainda reconhecida e valorada a existência de maus antecedentes, como forma de agravar sua situação no plano subjetivo.

[...]

O que devemos ter em mente é o que já restou debatido: para uma pena-base suplantar o ponto médio principal, no caso, 6 (seis) anos, necessário se faz a presença de circunstâncias judiciais em quantidade e qualidade desfavoráveis que demonstrem efetivamente a necessidade dessa dosagem em concreto.[...] (SCHMITT, 2011, p. 110-112) (grifo nosso).

Convém salientar, ainda, os ensinamentos do mencionado autor em relação ao delito de tráfico de drogas, no qual devem preponderar as circunstâncias descritas no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, consistentes na personalidade do réu, na conduta social, na natureza e na quantidade de drogas:

Assim como ocorre com a circunstância judicial atinente à conduta social, na legislação que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas (Lei n.º 11.343/06) a circunstância judicial da personalidade do agente também é considerada como preponderante sobre as demais relacionadas no artigo 59 do Código Penal (art. 42) [...]

[...] Neste caso, em decorrência da expressa disposição legal aplicável à primeira etapa do processo de dosimetria da pena (Art. 59 do CP, pelo princípio da especialidade, devemos adotar a regra trazida pela segunda corrente quando estivermos diante de um crime previsto na Lei de Drogas.

Isso ocorre porque, nesta hipótese, o próprio legislador definiu categoricamente quais são as circunstâncias judiciais preponderantes na análise do artigo 59 do Código penal, o que conduz a certeza de que aquelas circunstâncias legalmente previstas (art. 42 da Lei 11.343/06 - circunstâncias do crime (natureza e quantidade da substância ou do produto), personalidade e conduta social do agente) devem possuir um patamar de valoração superior às demais. (SCHMITT, 2011, p. 134 e 175-176).

A análise das circunstâncias judiciais desfavoráveis tem influência direta no reconhecimento e no *quantum* da causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

Quando se verificar que a quantidade de drogas apreendidas e os objetos indicam que o réu se dedicava a atividades criminosas, bem como outros indícios de que ele praticava reiteradamente atividades criminosas, não pode ser aplicada a causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

É no mesmo sentido a orientação do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela não aplicação da causa de diminuição de pena descrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, quando as circunstâncias dos autos indiquem que o apelado dedica-se a atividade criminosa de tráfico de drogas.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a redução legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, uma vez que se dedica à atividades criminosas, pois evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade e variedade de substância entorpecente apreendida (oito papелotes de cocaína e novecentos e sessenta e dois invólucros contendo crack além de balança de precisão). Precedentes do STJ.

3. Ordem denegada. (BRASIL, 2010b).

Salienta-se que o *quantum* a ser aplicado na causa de diminuição de pena deve levar em conta o artigo 59 do Código Penal e o artigo 42 da Lei nº 11.343/06.

O STJ vem entendendo que o *quantum* da redução deverá basear-se também na conduta social, na natureza da droga e na quantidade de drogas apreendida, nos termos do artigo 42 da Lei 11.343/06, bem como nas circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

No caso em análise, foram configuradas mais de duas circunstâncias do artigo 42, a natureza da droga, as circunstâncias em que foram encontradas, demonstrando dedicação à atividade criminosa, e a conduta social; todas foram desfavoráveis ao recorrido; dessa forma, a redução da pena deve ser no mínimo legal.

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO ANALÓGICA. 2. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS EM SEU PATAMAR MÁXIMO. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. NÃO CABIMENTO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (43 KG DE MACONHA). 3. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento ao recurso ou ao habeas corpus manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, em tese, se configure ofensa ao princípio da colegialidade, desde que o tema tratado seja exclusivamente de direito. Ademais, o cabimento de agravo regimental contra decisão proferida singularmente pelo relator, por si só, afasta a alegada violação ao princípio da colegialidade. Precedentes.

2. As penas-base dos pacientes foram elevadas, especialmente, devido a natureza e quantidade da droga apreendida, vale dizer, 64 (sessenta e quatro) tabletes de maconha, totalizando 43 kg (quarenta e três quilos), fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico de entorpecentes. Portanto, não há de se considerar de flagrantemente ilegal o entendimento das instâncias ordinárias, porquanto observadas as diretivas impostas pela norma penal para o estabelecimento da reprimenda, sendo defeso, na estreita via cognitiva do presente writ, o exercício de novo juízo de reprovabilidade da conduta.

3. Quanto à aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, cabe frisar que a diretriz imposta pelo artigo 42 da Lei 11.343/2006, a saber, preponderância da natureza e quantidade da droga, também deve ser observada na aplicação do referido redutor do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Não se trata de violação ao princípio do ne bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos.

4. O *Supremo Tribunal Federal*, a partir do julgamento do HC n.º 97.256/RS, admitiu a possibilidade de substituição, como também de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena, medida que seria compatível com a benesse concedida justamente para evitar o encarceramento.

5. No caso em apreço, entretanto, consoante preceituam os arts. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e 42 da Lei de Tóxicos, embora as penas tenham sido fixadas em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão - réu Rômulo - e 4 (quatro) anos 8 (oito) meses de reclusão - réu Everaldo -, *a fixação do regime prisional mais brando, não se mostra adequada, considerando a natureza e a quantidade de droga apreendida em poder do paciente, circunstância essa inclusive utilizada - como visto - para impedir a redução máxima quando da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.*

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2012). (grifo nosso).

Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando não forem preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos descritos no artigo 44 do Código Penal Brasileiro.

A Resolução nº 05/2012 do Senado Federal, publicada no *DOU* de 16/02/2012, afastou a vedação legal de aplicação da pena restritiva de direitos aos réus que praticaram tráfico de drogas. Ocorre que o artigo 44 do Código Penal elenca os requisitos e pressupostos objetivos e subjetivos, imprescindíveis, para a substituição da pena privativa de liberdade por restrita de direitos.

Nesse sentido:

Art. 44. [...]

I – aplicada a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave

ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos somente é possível se as circunstâncias judiciais descritas no artigo 44, inciso III, do Código Penal Brasileiro, indicarem que as condições são favoráveis ao réu.

Nesse sentido, os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt:

A prognose de suficiência da substituição. Os critérios para a avaliação da suficiência da substituição são representados pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do condenado, bem como pelos motivos e circunstâncias do fato, todos previstos no art. 44, III, do Código Penal, que, neste particular, permaneceu inalterado.

Considerando a grande elevação das hipótese de substituição deve-se fazer uma análise bem mais rigorosa deste requisito, pois será através dele que o Poder Judiciário equilibrará e evitará eventuais excessos que a nova previsão legal poderá apresentar. Na verdade, aqui, como na suspensão condicional, o risco a assumir na substituição deve ser, na expressão de Jescheck, prudencial, e diante das sérias dúvidas sobre a suficiência da substituição, esta não deve ocorrer, sob pena de o Estado renunciar ao seu dever constitucional de garantir a ordem pública e a proteção de bens jurídicos tutelados. (BITENCOURT, 2000, p. 84-85).

Ricardo Augusto Schmitt também já prelecionou sobre o assunto, no mesmo sentido:

Verificamos, portanto, na hipótese tratada- existência motivada de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente- que o caso concreto é esclarecer o motivo da viabilidade ou não do bene-

fício, devendo o julgador esclarecer o motivo de sua concessão ou denegação, como forma das partes tomarem o devido conhecimento das razões invocadas (princípio da paridade de armas). (SCHMITT, 2012. p. 389-390).

STF. [...] Não existe direito subjetivo do condenado, mesmo que primário e com bons antecedentes, ao cumprimento da pena em regime aberto, especialmente que não atende aos pressupostos subjetivos constantes no art. 59 do Código Penal. Diante dos elementos do caso, a impossibilidade de concessão do regime aberto gera a impossibilidade de se proceder à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito. A viabilidade dessa substituição dependerá do atendimento de requisitos subjetivos como a análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e de sua personalidade, bem como os motivos e as circunstâncias do crime. Negado provimento ao recurso. (BRASIL, 2004a, p. 88).

STJ. A despeito do inciso II do art.44 do Código Penal estabelecer como pressuposto para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos a não reincidência do réu em crime doloso, tal norma deve ser interpretada à luz do parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal, excepciona a reincidência genérica, quando socialmente recomendável a resposta penal de liberdade.

2. Em havendo, contudo, a Corte Regional Federal afirmado a intensa reprovabilidade da conduta do réu condenado, a sua má conduta social e funcional, a sua personalidade decididamente inclinada para o ilícito, a sua certeza de impunidade e o seu desapeço pela ordem jurídica e o seu grau elevado de periculosidade, faz-se imperativo, diante da própria letra do decísium, que se declare a flagrante violação da lei federal, precisamente, do inciso III do art. 44 do Código Penal. [...] (BRASIL, 2003, p. 260).

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, exige, conforme o artigo 44 do Código Penal, a somatória de requisitos objetivos e subjetivos. No caso em julgamento, a paciente não apresenta bons antecedentes, o que inviabiliza a substituição e, consequentemente, a concessão do habeas corpus [...]. (BRASIL, 2004b).

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTELIONATO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA OU SUA SUSPENSÃO - MAUS ANTECEDENTES - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. I- Possuindo o apelante algumas circunstâncias judiciais desabonadoras, inviabilizada se mostra a concessão de medidas alternativas ao cárcere. (MINAS GERAIS, 2010b). (grifo nosso).

A substituição da pena privativa de liberdade somente é possível quando é a medida suficiente ou necessária para prevenção e reprovação do delito. Ao se verificar que as circunstâncias judiciais, descritas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, são desfavoráveis, bem como que o réu é reincidente e possui maus antecedentes, não será possível a concessão do benefício.

Assim, quando não for preenchido o requisito descrito no inciso III do artigo 44 do Código Penal Brasileiro, não será possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ora, a edição de leis penais não tem a finalidade de apenas fazer com que os criminosos cometam menos delitos, ou paguem pelo crime que cometeram, mas, também, a de fazer com que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam menos comuns.

Assim, os meios utilizados para impedir a ocorrência desses crimes devem ser mais extremos à medida que estes forem mais contrários ao interesse público e que se tornarem mais frequentes. Na comunidade local, os prejuízos trazidos pelo tráfico de drogas são evidentes, denotando que a sua punição não pode ser das mais brandas, sob pena de não se alcançar a prevenção e a repreensão que o caso requer.

É fato público e notório que o tráfico ilícito de drogas, além de prejudicar a sociedade de uma forma geral, destruindo famílias, que se veem envolvidas com seus filhos dependentes químicos, desestabiliza a ordem pública e acarreta a prática de outros crimes de natureza grave, a exemplo de delitos contra o patrimônio e contra a vida.

Portanto, os condenados pela prática de crime de tráfico de drogas, em circunstâncias desfavoráveis que indiquem prática reiterada deste delito hediondo, devem cumprir a reprimenda penal em regime inicialmente fechado, sendo legalmente impossível a substituição da pena de reclusão por pena restritiva de direitos. Acrescente-se a natureza hedionda atribuída a este delito pelo legislador pátrio.

A proibição legal da substituição da pena privativa de liberdade justifica-se em virtude da presunção absoluta da periculosidade social do delito de tráfico de drogas e do traficante, merecendo maior reprimenda legal.

O legislador ordinário pretendeu, assim, tornar explícito que a conversão da pena nos casos de tráfico de entorpecentes não se apresenta adequada às necessidades de prevenção e repressão do delito. A substituição da pena de reclusão não é socialmente recomendável, sob pena de se transformar em um estímulo à prática dessa conduta.

A conclusão deste raciocínio foi exposta pelo Desembargador Mário Machado, nos autos da apelação criminal nº. 2005.01.1.047633-9, julgada pelo TJDF:

Efetivamente, não se pode ter o crime de tráfico de entorpecentes, de natureza grave até por tratamento constitucional, como apto a merecer a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, benefício entendido adequado somente aos crimes de menor gravidade. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Habeas Corpus* nº 0003186-55.2006.807.0000. Relator: Min. Mario Machado. Brasília, DF, 10 de agosto de 2006. DJU, 14 set. 2006. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=2&PGATU=1&l=20&ID=62759,39604,21624&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=>>>. Acesso em: 29 out. 2012).

Nesse diapasão, a impunidade estaria claramente evidenciada caso fosse permitida a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Isso porque a gravidade concreta do crime atribuído, somada à sua periculosidade, aos motivos injustificáveis e às consequências do delito, torna-se incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade.

Assim, este estudo mostra que é necessária a aplicação da pena justa, proporcional; caso contrário, haverá ofensa a princípios constitucionais, grave dano à ordem pública, temor social e descrédito das instituições que realizam a justiça.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁLVAREZ GARCIA, Francisco Javier. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Granada: Comares, 2001.

ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus. *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*. Heidelberg: C. Muller Verlag, 2006.

AYERS, Michael. *Locke: idéias e coisas*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. Trad. Amilcare Caeletti. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9714/98*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

_____. Individualização da pena. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008. (Currículo Permanente. *Caderno de Direito Penal*: módulo 4). Debate com os Juízes Federais sobre pontos relativos à individualização da pena privativa de liberdade – 2008. disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_JOSE_BOSCHI.pdf>. Acesso em 20/10/12.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal nº 1998.01.00.015382-5, 3.ª T. Relator: Des. Cândido Ribeiro. Brasília, DF, 10 de novembro de 2009. *e-DJF1*, 20 nov. 2009a, p. 73.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal nº 2006.39.00.002539-9-PA. 3.ª T. Relatora: Desª. Assusete Magalhães. Brasília, DF, 20 de outubro de 2009. Brasília, DF, *e-DJF1*, 29 out. 2009b, p. 355.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 76.196/GO. Relator: Min. Maurício Corrêa. *Informativo STF*, Brasília, DF, 15 dez. 2000, p. 62.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Criminal nº 0003894-47.200.4.01.4000/PI, 3ª T. Relatora: Desª. Assusete Magalhães. Brasília, DF, 18 de maio de 2010a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 151.676/SP. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF, 20 de abril de 2010. Brasília, DF, *Dje*, 10 maio 2010b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 2010/0204450-2. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 21 de junho de 2012. *Dje*, 29 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso em *Habeas Corpus* nº 82519/SP. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, DF, 18/03/2003. *DJ*, 16 abr. 2004, p. 88. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102864>>. Acesso em: 26 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 236.703-PR, Sexta Turma. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 15 de abril de 2003. *DJ*, 19 maio 2003, p. 260. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTPB+%3E%3D+20030519+e+%40DTPB+%3C%3D+20030519&livre=%28%22Sexta+Turma%22%29.org.&processo=236703&b=ACOR>. Acesso em: 26 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84075-2. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 6 de abril de 2004. *DJ*, 6 ago. 2004b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384896>>. Acesso em: 26 out. 2012.

BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

CARTLEDGE, Paul. *Demócrito e a política atomista*. Trad. Angelika Elisabeth Köhnke. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

DIDIER Jr., Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: JusPodivm, 2006.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e de sua jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. São Paulo: LZN, 2003. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*: teoria geral dos recursos, recurso em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: introdução à problemática científica do direito. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JESCHECK, Hans-Heirich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares Editorial, 1993.

LIMA, José Antônio Farah Lopes. *Direito Penal Europeu*. Leme: JH Mizuno, 2007.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*: tradução e comentários. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russel, 2003.

LAGO RUBIO, Jaime. *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código*. Barcelona: Editorial Bosch, 1997.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0625.02.021900-6/0010219006-72.2002.8.13.0625(1). Relator: Des. Hécio Valentim. Belo Horizonte, 7 de abril de 2011. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 29 abr. 2011a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº 1.0512.05.028469/0010284698-61.2005.8.13.0512(1). Relator: Des. Walter Pinto da Rocha. Belo Horizonte, 31 de janeiro de 2007. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 13 fev. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 1.0024.09.603626-4/001. Relator: Des. Paulo César Dias. Belo Horizonte, 9 de novembro de 2010. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 12 jan. 2011b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo: 1.0338.07.066918-3/001(1). Numeração Única: 0669183-84.2007.8.13.0338. 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Eduardo Machado. Belo Horizonte, 20 de abril de 2010. *Minas Gerais*, Belo Horizonte, 10 maio 2010. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=B0AEA2F6B028038446F0ECD3852A0A44.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0338.07.066918-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 20/10/12.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Individualização da pena*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1990

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

QUINTON, Anthony. *Hume*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

RIDLEY, Aron. *R. G. Collingwood: uma filosofia da arte*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: teoria e prática*. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DOI: 10.5935/1809-8487.20120026

