

DIREITO FUNDAMENTAL À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, PACTO FEDERATIVO E POSTURA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

FUNDAMENTAL RIGHT TO THE INDIVIDUALIZATION OF THE PENALTY, FEDERATIVE PACT AND POSTURE OF THE SUPERIOR COURTS

Augusto Bruno Mandelli*

Layza Bezerra Maciel Pereira**

Resumo: Trata-se de artigo que pretende expor, de modo exclusivamente dogmático, o modo como os Tribunais Superiores mantêm o estado de permanente ofensa a dois princípios constitucionais fundamentais, quais seja, a individualização da pena e o pacto federativo.

Palavras-chave: Individualização da pena. Pacto federativo. Tribunais superiores. Ativismo judicial.

Abstract: It is an article that intends to expose, in an exclusively dogmatic way, the way in which the superior courts maintain the state of permanent offense to two fundamental constitutional principles, namely the individualization of the penalty and the Federative pact.

Keywords: Individualization of the penalty. Federative Pact. Superior courts. Judicial activism.

Introdução

O sistema penal brasileiro encontra-se demasiadamente defasado. A legislação penal data da década de 1940, e foi pensada para uma sociedade totalmente diversa da atual.

Os costumes, a moral e diversos outros fatores modificaram-se de tal forma que, hoje, tanto o caráter preventivo como o repressivo da pena não cumprem a contento sua missão.

Porém, este trabalho não visa apresentar solução para esse tipo de problema. Ao contrário, analisando dogmaticamente as regras em vigor, pretende apontar para um equívoco em que os Tribunais Superiores vêm incorrendo, consistente em reapreciar matéria fática que deveria ser resolvida em última instância pelos tribunais locais.

* Mestranda em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília de Santos, Santos-SP, Brasil. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Faculdade CEUT. Advogada. Professora. Autora convidada. E-mail: layzamb@hotmail.com

** Mestranda em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília de Santos, Santos-SP, Brasil. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Faculdade CEUT. Advogada. Professora. Autora convidada. E-mail: layzamb@hotmail.com

Sim, pois é pacífico na jurisprudência que a dosimetria da pena é matéria de fato afeta ao mérito da ação penal, o que significa dizer que nem o Superior Tribunal de Justiça e nem o Supremo Tribunal Federal poderiam, de qualquer modo, modificar a pena imposta e os demais aspectos da condenação.

Tal imposição decorre diretamente da Constituição Federal e representa o posicionamento pacífico da doutrina especializada. Mais que isso: por paradoxal que possa parecer, a jurisprudência de ambos os Tribunais também corrobora este entendimento.

E nem poderia ser diferente: o pacto federativo impõe que os tribunais locais sejam a segunda e última instância na dosimetria da pena, que deve ser feita de acordo com as provas dos autos e respeitando-se o princípio da individualização da pena.

Porém, na ânsia por fazer justiça, os Tribunais Superiores acabam por praticar um indevido ativismo judicial, reduzindo os tribunais locais a meros órgãos de passagem, ignorando as realidades, os costumes e as necessidades locais.

Nessa linha, este artigo realizará uma análise estritamente dogmática sobre o tema, que é pouco discutido nos centros acadêmicos mas que é de suma importância para a eficácia do Direito Penal.

Material e método

Quanto ao material, o presente trabalho se utilizará de exclusivamente de obras doutrinárias e jurisprudências selecionadas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao método, cuida-se de trabalho científico descritivo, visto que se limitará a expor e comentar brevemente o princípio da laicidade estatal.

Discussão

De início, ressalte-se que, embora haja previsão constitucional expressa do princípio da individualização da pena, todo seu regramento encontra-se na legislação infraconstitucional. Mais, a análise das circunstâncias judiciais, das agravantes e

atenuantes e das causas de aumento e diminuição constitui o mérito da ação penal, que implica a apreciação de matéria fático-probatória.

Portanto, conclui-se que não competem aos Tribunais Superiores, em hipótese alguma, alterar ou modificar a pena aplicada.

Confira-se:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 337-A, I E III, DO CÓDIGO PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DOSIMETRIA. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (ARE 1180223 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-059 DIVULG 25-03-2019 PUBLIC 26-03-2019) (Grifos nossos).

Ainda:

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DOS LIMITES DA COISA JULGADA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. 1. Por ausência de questão constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF) rejeitou preliminar de repercussão geral relativa à controvérsia sobre suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal (ARE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes - Tema 660). 2. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief* - compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie). 3. A controvérsia relativa à individualização da pena passa necessariamente pelo exame prévio da legislação infraconstitucional. Nesse sentido: AI 797.666-AgR, Rel. Min. Ayres Britto; AI 796.208-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 505.815-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa. 4. Para chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido, imprescindíveis seriam a análise da legislação infraconstitucional

pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos, o que não é possível nesta fase processual (Súmula 279/STF). 5. A decisão está devidamente fundamentada, embora em sentido contrário aos interesses da parte agravante. 6. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 1174179 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 04-04-2019 PUBLIC 05-04-2019).

Inviável também ao Superior Tribunal de Justiça alterar a pena fixada, conforme entendimento expresso na Súmula 7 da Corte, “*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*”

Outro não é o entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TORTURA COM RESULTADO MORTE. FRAUDE PROCESSUAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. CONDENAÇÃO. REVISÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAJORAÇÃO ADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A revisão das conclusões alcançadas pelas instâncias ordinárias acerca da autoria e da materialidade delitivas, com o objetivo de absolver os Agravantes, exigiria amplo e aprofundado reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n.º 7 desta Corte Superior. 2. O ligeiro aumento nas penas-bases dos Agravantes está suficientemente fundamentado, pois as instâncias ordinárias destacaram que os crimes de tortura com resultado morte e de fraude processual foram cometidos em concurso de pessoas, que a vítima foi despida, mantida isolada e intensamente humilhada pelos agentes, que foi empregado meio que tornou impossível a defesa da vítima e que a morte da vítima ocorreu dentro da unidade prisional na qual ela estava custodiada pelo Estado. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1366879/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019)

Na doutrina, comentando a competência recursal do Superior Tribunal de Justiça, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹ comentam:

“acrescente-se que, por ser um recurso que vise à segurança sistêmica e não à revisão da causa, em concreto, o recurso especial não pode reexaminar a prova dos autos, para lhe dar nova conformação”

Alexandre de Moraes², no mesmo sentido, afirma que:

¹Curso de Direito Constitucional, ed. Saraiva, 10ª edição, p. 1000.

“O Superior Tribunal de Justiça, o exercício de sua competência recursal especial, tem cognição mais restrita, não realizando reexame do contexto fático probatório (Súmula 7 do STJ), pois sua missão constitucional é dar plena efetividade à aplicação do Direito Federal e sua uniformização”. E prossegue citando o então Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, lecionando que se trata “de modalidade de recurso extraordinário lato sensu, destinado, por previsão constitucional, a preservar a unidade e a autoridade do direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação da lei, deve prevalecer sobre os interesses das partes. Ao lado do seu objetivo de ensejar o reexame da causa, avulta sua finalidade precípua, que é a defesa do direito federal e a unificação da jurisprudência. Não se presta, entretanto, ao exame de matéria de fato, e nem representa terceira instância”.

Ora, a vedação que existe quanto à revisão da pena pelo STF e STJ decorre de dois fatores, ambos de estatura constitucional.

O ordenamento jurídico não prevê a existência de três ou quatro instâncias recursais. Seria absurdo se o fizesse. Logo, a existência dos tribunais superiores apenas se justifica se a competência de cada um ficar restrita à matéria de direito constitucional (STF) ou infraconstitucional (STJ). Eis o primeiro motivo, que pode inclusive ser confirmado pela simples leitura dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal.

Já quanto ao segundo, lembre-se que a Constituição Federal optou pela forma federativa de estado, o que impõe sejam respeitados, prestigiados e fortalecidos os poderes regionais, a fim de se evitar a concentração de poder em um único ente federado, pois é notório que quanto mais diluído na sociedade estiver o poder, maior a liberdade do povo e menores as chances de surgirem governos totalitários.

Portanto, decorre do próprio federalismo a conclusão de que são os tribunais estaduais, cada qual atento às suas realidades e costumes, que devem analisar o fato descrito na denúncia e aplicar a pena adequada ao acusado, obviamente de modo fundamentado.

Assim, é perfeitamente possível que o mesmo fato seja punido com extremo rigor em certo estado da federação e não o seja em outro. E tal é, inclusive, algo desejado, afinal é o povo, o verdadeiro titular do poder, que deve decidir o que merece ser tratado com severidade e o que comporta tratamento mais brando.

Veja-se, por exemplo, que um crime ambiental praticado na capital de São Paulo, já dominada por prédios e com poluição alarmante, pode não possuir conotação semelhante do mesmo crime praticado por indivíduos que vivem na extrema pobreza

²Direito Constitucional, ed. Atlas, 33ª edição, p. 601.

nas regiões norte e nordeste do Brasil - e que dependem exclusivamente da água dos rios e de pequenas plantações para sobreviverem: exigir, nestes casos, que o paulista e o nordestino se comportem da mesma forma é, sem dúvida, um belo exemplo de tirania.

Daí que o centralismo jurisdicional existente no Brasil é algo a ser repensado com urgência.

O que se espera dos Tribunais Superiores não é que concentrem o poder de reexaminar aspectos fáticos. A expressão “*uniformizar a jurisprudência*”, tantas vezes utilizada, deve ser interpretada em respeito às realidades, aos costumes, aos hábitos, à cultura e às necessidades locais – o que, e isto é verdade absoluta, os tribunais estaduais, pela proximidade com o povo e com o conhecimento acumulado de seus magistrados, estão muito mais capacitados a fazê-lo.

Portanto, prestigiar a decisão dos tribunais estaduais quanto à fixação da pena é, em última análise, fazer cumprir o pacto federativo.

(Aqui, vale ressaltar que mesmo o sistema das teses firmadas em recursos repetitivos pelos tribunais superiores merece ser reavaliado, pois, na quase totalidade das vezes, referidas teses são tomadas ignorando-se a situação local e retirando do indivíduo a capacidade de decidir por si só o seu destino, privilegiando entendimentos que destoam da vontade popular – e muitas vezes sob o [falso] argumento de que os tribunais superiores não devem satisfação à população.)

Última observação. Defender que os tribunais superiores possam, excepcionalmente, descumprir a Constituição Federal e a legislação em vigor para modificar a pena imposta equivale a dizer que os tribunais locais e os magistrados de primeiro grau podem, também de forma excepcional, descumprir determinação superior, porque manifestamente ilegal - o que não é correto.

Pois bem.

O princípio da individualização da pena, consagrado no art. 5º, XLVI (a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos), portanto cláusula pétrea, significa, em linhas gerais, que não há e não deve haver pena padronizada.

Isto se confirma pelo alcance do princípio, que obriga o legislador a prever as penas mínima e a máxima ao tipo penal incriminador, atentando para a gravidade do fato; impõe ao juiz que, no momento da sentença, verifique o caso concreto e, seguindo o critério trifásico previsto no Código Penal, fixe a pena ao condenado; por último, já na

fase executiva, deve o juiz analisar a situação particular de cada sentenciado para decidir cada incidente.

Dito de outra forma, pode-se dizer que a individualização legislativa opera-se em abstrato, mediante arbítrio do legislador, que estabelece os limites mínimo e máximo para o delito. Adotou-se no Brasil o modelo da indeterminação relativa, ou seja, o legislador deixa ao julgador a possibilidade de dosar a pena dentro dos limites previstos na lei. Já com a individualização judicial, que se dá no momento da sentença, o magistrado irá, com prudência e equilíbrio, sempre dentro da legalidade, operar a individualização em concreto, devendo levar em conta tanto os aspectos objetivos (atinentes ao fato) como subjetivos (do réu); e, por fim, a individualização executiva, que ocorre durante a execução da pena definitiva.

Vê-se, pois, que o princípio da individualização da pena quer exatamente que não exista, no Direito Penal, pena única a todos os condenados. Pelo contrário: dentro dos limites fixados pelo legislador, deve o juiz (e aqui a norma não permite discricionariedade), diante das provas colhidas na instrução, aplicar a pena adequada (individualizada) ao réu.

Sobre o tema, ensina Roberto Lyra³ que

“o juiz é sempre obrigado a fixar, sob todos os aspectos, a personalidade do réu, dentro da necessária, margem para a individualização. A sanção acompanhará, portanto, as exatas medidas da responsabilidade e da periculosidade. A determinação da pena é feita pelo próprio réu com o seu passado e com o seu crime, podendo reduzi-la ou suavizá-la, a posteriori, com a sua conduta de sentenciado. Tateia-se-lhe o futuro com os índices do passado e do presente. Faz-se mais que classificar os criminosos, individualiza-se, dentro do possível, o tratamento legal, diante dos elementos humanos e sociais revelados pelo crime. A classificação, através da lei, além de tudo, seria apriorística, sintomática, genérica; a individualização é direta, essencial e específica. É a identificação moral.”

Esta discricionariedade conferida ao juiz não é novidade – muito embora seja possível afirmar que está “fora de moda”.

Nelson Hungria⁴, acerca do projeto do Código Penal, já defendia que

“Para a individualização da pena não se faz mister uma prévia catalogação, mais ou menos teórica, de espécies de criminosos, desde que ao juiz se confira um amplo arbítrio na aplicação concreta das sanções legais. Neste particular, o projeto assume um sentido marcadamente individualizador. O juiz, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas

³Comentários ao Código Penal, Vol. II, art. 28 a 74, editora Forense, 1942, p. 82.

⁴Comentário ao Código Penal, Vol. 1 – Tomo 1, 3ª edição, Rio de Janeiro: editora Forense, p. 231.

suas circunstâncias objetivas e consequências, mas também o delinquente, a sua personalidade, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau da culpa e os motivos determinantes (art. 42). O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos, de sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade da sua mens rea ou da maior ou menor desatenção a disciplina social. Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento do caráter do caráter ou índole do réu – o que importa dizer que serão pesquisados o seu curriculum vitae, as suas condições de vida individual, familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar ato previsto como crime). Esta, em certos casos, é presumida pela lei, para o efeito da aplicação obrigatória de medida de segurança; mas, fora desses casos, fica ao prudente arbítrio do juiz o seu reconhecimento (art. 77).”

Francisco Campos, citado por Roberto Lyra⁵, em seu discurso proferido na cerimônia da promulgação do Código Penal, disse que

“Fugindo à rigidez e à indeterminação da pena, o novo código adotou o compromisso da individualização da pena, dando, assim, ao juiz um ampla margem de apreciação das circunstâncias e dos motivos do crime, bem como da personalidade do criminoso.”

Magalhães Noronha⁶, na mesma linha, ensina que

“Na aplicação da pena foi dada certa latitude ao juiz, não somente em relação à quantidade, mas também à escolha entre as penas alternativamente cominadas, à faculdade de aplicar cumulativamente penas de espécie diversa e deixar de aplicar qualquer uma das cominadas. O julgador não se pode limitar à apreciação exclusiva do caso, mas tem de considerar também a pessoa do criminoso, para individualizar a pena. Como escreve Soler, é uma tarefa delicada, para a qual o juiz, além da competência jurídica teórica, deve possuir conhecimentos psicológicos, antropológicos e sociais, aliados a uma fina intuição da realidade histórica e uma sensibilidade apurada. A pena não tem em vista somente o delito. Ao lado da apreciação dos aspectos objetivos que ele apresenta, há de o juiz considerar a pessoa de quem o praticou, suas qualidades, seus defeitos, fazendo, em suma, estudo de sua personalidade, sem olvidar sobretudo a possibilidade de tornar a delinquir, ou a periculosidade.”

Ressalte-se, ademais, que este arbítrio judicial, desde que exercido dentro dos limites da lei, é decorrência lógica dos princípios da independência funcional dos juízes e do livre convencimento motivado, ambos cláusulas pétreas - porque diretamente relacionados com a atividade jurisdicional.

⁵op. cit. p. 69.

⁶Direito Penal, Vol. 1, editora Saraiva, 31ª edição, 1995, p. 242.

Mais que isso: representam, para o cidadão, a garantia de imparcialidade do julgador e de que não haverá decisão judicial sem a devida fundamentação na lei e nas provas produzidas nos autos. Ao mitigar o poder do magistrado de proceder à individualização das penas está-se, em grande medida, prejudicando exatamente aquele que detém o poder: o povo.

O já citado Roberto Lyra⁷, na mesma obra mencionada, profetizou:

“enquanto se mantiver, com a seleção moral e intelectual, a independência da magistratura, o arbítrio judicial, regulado cautelosamente, como fez o Código, só poderá ser salutar. Quando desaparecer aquela condição vital, não haverá juízes e sim funcionários sujeitos ao automatismo da violência ilegítima. Então, não se cogitará de ordem jurídica e de seus fenômenos. Com a liberdade dos juízes responsáveis, em atenção à realidade integral de cada homem e de cada fato, dentro do meio, obtém-se o máximo de equidade (...) O arbítrio judicial, a serviço da individualização da pena, através da indeterminação relativa consagrada na lei, veio dar forma equitativa e sistemática ao que se vinha fazendo eventualmente com caráter de privilégio, a pretexto de liberdade de interpretação. Não seria digno da cultura brasileira um código que tratasse igualmente desiguais e reduzisse juízes capazes, responsáveis e garantidos, a meros contadores, trabalhando – a frase é de Sá Pereira – como a hélice fora d’água”

Ora, tanto o significativo como o significado do princípio da individualização da pena apontam para essa conclusão: cada réu deve ser punido pelo crime que praticou, devendo o juiz considerar tanto o fato em si como aspectos da própria pessoa do criminoso.

Por aí se vê que é perfeitamente possível que dois réus que respondam pela prática do mesmo crime, praticado nas mesmas circunstâncias, podem receber penas diversas.

É também possível que dois réus, que tenham a mesma circunstância judicial desfavorável (por exemplo, maus antecedentes), recebam penas diferentes. Afinal, não se pode considerar um antecedente criminal de estupro, roubo, tráfico, receptação ou mesmo furto, da mesma forma como se trata um antecedente criminal de calúnia, injúria, difamação, crimes contra o meio ambiente ou ameaça simples.

Indo mais longe, mas sempre em busca do respeito à individualização da pena, dois réus com idênticos antecedentes podem receber penas desiguais: é plenamente razoável considerar um estupro à noite em zona rural praticado pelo padrasto merecedor de pena mais alta do que um estupro praticado durante o dia, em local urbano onde a chance de a vítima empreender fuga ou ser defendida por terceiros é maior; é mais

⁷op. cit., p. 159-164.

grave a ameaça de um ex-companheiro ciumento do que uma ameaça de um torcedor rival feita durante o duelo esportivo; é mais reprovável a conduta do traficante que vende entorpecente nos conhecidos pontos de venda (as famosas “biqueiras” ou “cracolândias”), onde a polícia muitas vezes sequer consegue ter acesso, do que a venda de droga de um amigo para outro no centro da cidade. E por aí vai.

É curioso que atualmente o princípio tenha tomado proporções inimagináveis - e venha sendo aplicado de forma manifestamente inconstitucional: na ânsia de se fazer “justiça”, muitos aplicadores da lei penal clamam por uma *padronização da pena*, de modo que todos os condenados pelo delito “x” recebem a pena “y”. É o exato oposto tanto do que se tem na Constituição Federal, como o que está previsto no Código Penal.

Sim, pois agindo dessa forma o julgador está, de certo modo, “generalizando” a pena e ignorando que o Poder Legislativo, a verdadeira casa do povo (para o bem ou para o mal), fez prever a quantidade mínima e máxima de pena exatamente para que o juiz faça prevalecer o *quantum* de fato merecido pelo condenado – caso a caso.

Roberto Lyra⁸, há décadas, bem resumiu como deve o juiz realizar a dosimetria:

“A escolha de uma quantidade concreta entre o mínimo e o máximo é deixada ao juiz, não só nos casos em que ele deva determinar desde logo a pena, mas, também, nos casos em que deva fixar a pena-base sujeita a aumento ou diminuição. Nada obsta a fixação da base mínima nos casos em que deva proceder a aumento e da base máxima nos casos em que deva proceder a diminuição. Pela mesma razão o juiz não é obrigado a aplicar o aumento mínimo quando ao mínimo se atendeu na pena-base, nem a aplicar o aumento máximo se se atendeu ao máximo; nem está comprometido a seguir os mesmos critérios de aumento ou diminuição para uma e para outra pena-base se as penas são cominadas cumulativamente.”

Nessa linha, surpreende (negativamente) que a jurisprudência tenha se firmado no sentido de que a pena-base deve partir, sempre, do mínimo legal.

Não existe qualquer previsão legal que obrigue o magistrado a fixar a pena-base no mínimo abstratamente previsto para o delito. Nenhum dos grandes penalistas brasileiros chegou ao ponto de afirmar que a pena-base *deva* partir do mínimo legal. Aliás, considerando que o legislador fez prever um amplo intervalo entre o mínimo e o máximo de pena, a lógica deveria ser que a pena-base partisse do centro, do ponto intermediário entre o mínimo e o máximo cominados para cada delito.

Diz Guilherme de Souza Nucci⁹ sobre a política da pena mínima que:

⁸op. cit., p. 172.

⁹Individualização da Pena, editora RT, 4ª edição, 2011, p. 274.

“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.”

Alega-se muitas vezes o princípio do *in dubio pro reo* para justificar o entendimento. Nada mais equivocado. Em primeiro lugar, porque o princípio não é absoluto. Aliás, fosse absoluto, então as circunstâncias atenuantes não poderiam impedir a fixação da pena aquém do mínimo, bem como deveriam elas preponderarem sobre as circunstâncias agravantes; também, os jurados deveriam poder absolver o réu de forma manifestamente contrária às provas dos autos (o que é, diga-se, uma tese bem defensável, tendo em conta o princípio da soberania dos jurados); por fim, seguindo o raciocínio de alguns, a decisão de impronúncia deveria fazer coisa julgada material, impossibilitando o desarquivamento do feito; e assim por diante.

Logo, dentro do arbítrio do juiz, tanto é possível que a pena-base seja fixada no mínimo como em qualquer outro patamar – em qualquer caso, ressalte-se, a decisão deve ser fundamentada.

Em segundo lugar, porque haveria manifesta inconstitucionalidade, por ofensa à individualização legislativa da pena. Pois, se o constituinte determinou ao juiz que individualizasse a pena, nada mais equivocado do que padronizar a fixação pena-base no mínimo legal e fixar porcentagens matemáticas para as circunstâncias judiciais e agravantes.

Ora, fosse isto “*individualizar a pena*”, não haveria necessidade de se prever uma pena máxima: bastaria a previsão legal de uma pena mínima. Logo, agindo dessa forma o Poder Judiciário, sob a falsa alegação de interpretar a lei de forma mais benéfica ao acusado, torna letra morta o preceito secundário do tipo penal, em manifesto desrespeito ao devido processo legislativo.

Há ainda o argumento segundo o qual para cada circunstância judicial desfavorável do art. 59 do Código Penal o julgador deva majorar a pena em patamar fixo (1/6). Tal postura representa um belo exemplo da força que o pensamento iluminista (revolucionário), imbuído de uma suposta superioridade da razão científica e

de uma necessidade de provar que o mundo da matemática responde todos os dramas do indivíduo, exerce nos meios acadêmicos (e nos tribunais).

Alega-se o princípio da segurança jurídica, no sentido de que as decisões judiciais devem ser previsíveis, a fim de se evitar distorções na aplicação da pena. Aqui, o erro está no desconhecimento do alcance do princípio da individualização da pena.

Como se disse acima, o princípio se aplica também ao Poder Legislativo - e é exatamente aqui que está a previsibilidade da condenação: nenhum réu será condenado a pena superior àquela prevista abstratamente para o delito.

É a própria lei penal que garante a previsibilidade. Se ao crime é cominada pena de um a cinco anos, o réu, desde o início, sabe que sua pena não ultrapassará este limite. Se houver causa de aumento que faça com que a pena supere o patamar máximo, o raciocínio se mantém: a lei penal garante a previsibilidade da pena a ser fixada.

O saudoso Aníbal Bruno¹⁰ concorda com este raciocínio:

“Os direitos do homem, que a ordem jurídica reconhece mesmo na pessoa do delinquente, são suficientemente garantidos, em face do arbítrio judicial pela determinação legal da pena ou das penas em relação a cada uma das figuras típicas, pelos termos fixados para o máximo e o mínimo da sua graduação e pelo dever imposto ao juiz de fundamentar a sua sentença”

Portanto, causa estranheza que muitos, na ânsia por fazer valer a individualização da pena, apresentem tabelas e equações matemáticas prevendo porcentagens fixas de aumento para cada circunstância judicial desfavorável (ou mesmo para as circunstâncias agravantes). No final, acabam por fazer exatamente o contrário, ou seja, em vez de individualizar a pena, generalizam a padronização da pena aos condenados.

E é bom que se diga que há casos em que a “padronização” é prejudicial ao acusado: é perfeitamente possível (ao menos a lei penal o permite) a majoração da pena-base em patamar ainda inferior a 1/6 ou 1/8. Por que padronizá-la? Aliás, pelo que consta do artigo 59 do Código Penal, o juiz pode inclusive deixar de majorar a pena mesmo diante de uma circunstância judicial desfavorável, bastando que o aumento não seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Porém, a fixação de patamares matemáticos fixos para cada circunstância judicial desfavorável reflete bem o imaginário do homem moderno: a pretexto de

¹⁰Direito Penal, tomo 3º, editora Forense, 4ª edição, 1978, p. 105.

proteger algo significativo, grande e valioso (a liberdade do réu), opta sempre pela solução mais simples, fácil e cientificamente aplicável - como se este método bastasse para a solução de todos os problemas, dramas e angústias do ser humano.

Destaque-se outra falácia do cotidiano forense: a de que a majoração da pena deva incidir, em todos os casos, sobre o *quantum* até então fixado. Ou seja, se a pena em abstrato é de cinco a quinze anos, sendo reconhecida uma circunstância judicial desfavorável, a pena deve ser majorada, segundo entendimento majoritário, em 1/6 (ou 1/8), a ser calculado não sobre o intervalo de dez anos (o que seria razoável), mas sobre o mínimo (cinco).

A discrepância produzida é flagrante e aqui se tem novamente o Poder Judiciário usurpando a competência legislativa e tornando inútil a previsão legal em abstrato de uma pena máxima.

Tomem-se os seguintes exemplos: **(a)** o furto simples (art. 155, CP) possui pena de um a quatro anos e o estelionato (art. 171, CP), crime obviamente mais grave, de um a cinco anos; pelo o entendimento atual, tanto quem pratica furto como quem pratica estelionato receberão (e de fato recebem) penas idênticas; **(b)** o agente que abandona um incapaz causando-lhe lesão corporal (art. 133, §1º, CP), por incrível que possa parecer, receberá pena idêntica àquele que pratica um furto simples; **(c)** quem pratica lesão corporal gravíssima (art. 129, §2º, CP) receberá pena de dois a oito anos de reclusão, mas que, na prática, será a mesma pena aplicada a quem comete o crime de peculato (art. 312) ou de corrupção ativa (art. 333, CP), cujos preceitos secundários preveem pena de dois a doze anos de reclusão; **(d)** a receptação qualificada (art. 180, §1º, CP), crime contra o patrimônio, tem pena de três a oito anos de reclusão, mas o agente receberá, a mesma pena que receberia se tivesse praticado aborto sem o consentimento da gestante (art. 125, CP), crime doloso contra a vida e cuja pena é de três a dez anos de reclusão; **(e)** o roubo simples (art. 157, CP) e a extorsão (art. 158, CP) possuem pena de quatro a dez anos de reclusão, mas, seguindo a jurisprudência atual, o agente será apenado tal como houvesse praticado lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3º, CP), que tem pena de quatro a doze anos de reclusão; **(f)** o estupro (art. 213, CP) é apenado de seis a dez anos de reclusão, enquanto o homicídio simples (art. 121, CP), de seis a vinte de reclusão – na prática, por mais estarrecedor que possa parecer, as penas serão as mesmas; **(g)** o legislador fez prever pena de reclusão de oito a quinze anos para a extorsão mediante sequestro (art. 159, CP) e, para o crime de financiar ou custear a prática de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 36 da Lei 11.343/2006), a pena é

de reclusão de oito a vinte anos de reclusão (na realidade, as penas serão idênticas). As discrepâncias produzidas pela jurisprudência, em matéria penal, são incontáveis.

Este o preço que se paga quando o Poder Judiciário avoca a missão a legislar: cria-se distorções então não existentes e sem oferecer respostas razoáveis (e jurídicas) aos problemas reais.

A Constituição é clara: cabe à lei regular a individualização da pena - e é dentro dela que o juiz deve atuar. Dentro do *quantum* fixado abstratamente pelo legislador estão tanto o poder discricionário ou arbitrário do juiz de dosar a pena segundo o critério trifásico quanto a previsibilidade do réu de saber que a sua pena não escapará daqueles limites.

Exemplo claro do choque entre os Poderes Judiciário e Legislativo ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal, em 23 de fevereiro de 2006, decidiu pela inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime de cumprimento de pena aos condenados por crimes hediondos.

A referida Lei, em verdade, apenas cumpria a determinação constitucional esculpida no art. 5º, inc. XLIII, segundo o qual “*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*”.

Ora, a Constituição Federal *obrigou* o legislador a dar tratamento severo e rigoroso a crimes destas naturezas – o que de fato ocorreu de 1990 até 2006 sem grandes problemas.

Contudo, após dezesseis anos de vigência da lei dos crimes hediondos, ao decidir pela inconstitucionalidade da progressão do regime prisional, por maioria simples de votos (6 X 5), invocando o princípio da individualização da pena, destacou a Corte que a vedação impede que o regime de execução da pena seja definido conforme as condições subjetivas do condenado, bem como caracteriza ofensa ao Estado Democrático e aos princípios da igualdade de todos perante a lei, da dignidade da pessoa humana e da atuação do Estado voltada ao bem comum (HC 82.959/SP, relator Min. Marco Aurélio, j. 23.03.2006).

Em que pese o entendimento firmado, fato é que a Constituição Federal impôs que tais crimes fossem tratados de forma mais rigorosa, não cabendo ao Judiciário inovar no texto constitucional (ou sequer na legislação infraconstitucional). A própria

Constituição Federal obriga que crimes hediondos ou a eles equiparados sejam tratados com maior rigor.

Mais, o entendimento anterior não desrespeitava o princípio da individualização da pena, pois as circunstâncias pessoais do réu eram devidamente analisadas na sentença condenatória, e, é bom que se diga, vários outros direitos do condenado, previstos na Lei de Execução Penal, não eram atingidos, de modo que a análise das circunstâncias pessoais jamais perdeu importância, mesmo na fase de execução da pena.

Porém, a referida decisão foi tomada em caráter incidental, não vinculante, muito embora o Congresso Nacional tenha se apressado, como raras vezes se viu, para editar a Lei 11.464/2007, curvando-se ao entendimento da Corte e modificando o regime de progressão da pena para crimes hediondos, exigindo 2/5 ou 3/5 da pena para obter-se o benefício.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 26, que diz o seguinte:

“para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos ou subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame toxicológico”.

Partindo da premissa adotada pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, talvez fosse mais recomendável que tivesse sido mantida a vedação da progressão como regra geral, permitindo a progressão de forma excepcional - e desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do benefício (o ônus da prova, tendo em conta o trânsito em julgado da sentença condenatória, seria do condenado).

A vontade da Constituição Federal seria respeitada (ao menos como regra geral) e o Poder Legislativo não teria sua esfera de atuação usurpada pelo Judiciário.

Mas não parou por aí.

O Supremo Tribunal, mesmo diante do texto literal dos incisos XLII e XLIII, do art. 5º da Constituição Federal, ali postos pelo poder constituinte originário, decidiu que a inafiançabilidade estabelecida para os crimes de racismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os definidos como crimes hediondos iria de encontro aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, da não culpabilidade e da individualização da pena.

Aceitou-se, após certa divergência, a tese de que o fato de a Constituição Federal vedar a concessão de liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, não constitui óbice para a concessão de liberdade provisória *sem* a estipulação de fiança. É dizer: pode-se o menos (liberdade sem fiança) mas não se admite o mais (liberdade com fiança).

Deve-se, contudo, separar duas situações.

A primeira refere-se ao julgamento da ADI 3.112 (relator Min. Ricardo Lewandowski, DJ 26.10.2007), em que o STF assentou, por maioria, que “*a proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de ‘porte ilegal de arma de fogo de uso permitido’ e de ‘disparo de arma de fogo’, mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade*”, culminando assim na declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do 21 da Lei 10.826/2003.

Já a segunda tem que ver com o HC 104.339/SP (relator Min. Gilmar Mendes, j. 10.05.2012), em que o Plenário da Corte, por maioria de votos, decidiu, de modo incidental, pela inconstitucionalidade da expressão “*e liberdade provisória*”, constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal acolheu a tese segundo a qual a inafiançabilidade prevista na Constituição Federal para o tráfico de drogas não constitui óbice à liberdade provisória, por ofensa ao inc. LXVI do mesmo art. 5º da CF (*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*).

A separação dos casos se impõe porque, no primeiro, não há previsão *constitucional* da inafiançabilidade para os crimes de porte ilegal de armas de fogo de uso permitido e de disparo de arma de fogo, de modo que se vislumbra certa divergência sobre a constitucionalidade da norma. Embora o melhor entendimento seja o oposto, ainda mais quando se usa o vago princípio da razoabilidade como argumento de autoridade, compreende-se a divergência.

Já quanto à vedação da liberdade provisória para o crime de tráfico, a tese firmada pela Corte é indefensável sob todos os aspectos.

Formalmente, a Constituição Federal quer que delitos graves sejam punidos com severidade maior. Ao optar pela inafiançabilidade, o constituinte originário tinha em mente, sem sombra de dúvidas, proibir que o traficante pudesse responder ao crime em liberdade. Concorde-se ou não, a opção foi do constituinte originário, e ao poder

Judiciário compete apenas fazer valer e garantir a eficácia da norma constitucional. Argumentar que a inafiançabilidade não veda a liberdade provisória sem fiança não faz o menor sentido. É simplesmente ilógico e irracional.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹¹, citando Eugênio Pacelli, afirmam que a Constituição de 1988 chegou desatualizada em tema de liberdade provisória ao ressuscitar a antiga expressão *inafiançabilidade*, com referência à Lei 6.416/77, que passou a permitir liberdade provisória “*sempre que não presentes razões que justifiquem a decretação da prisão preventiva*”.

Curioso notar que os mesmos doutrinadores (e na mesma obra), em capítulo destinado ao estudo do Poder Constituinte, após confirmarem que o constituinte originário é inicial, ilimitado e incondicionado (op. cit, p. 104), afirmam que¹² “se a norma anterior à Constituição não guarda compatibilidade de conteúdo com esta, não continuará a vigorar, havendo, aqui, quem considere ocorrer caso de revogação e quem veja na hipótese uma inconstitucionalidade superveniente”.

Logo, a alegação de que a Constituição chegou “desatualizada” não passa de uma retórica sem valor jurídico algum. No fundo, a conclusão da Corte Suprema, por impressionante que seja, foi a seguinte: norma infraconstitucional anterior revoga norma constitucional posterior.

Outro ponto merece destaque. É sabido que não há conflito entre normas constitucionais oriundas do constituinte originário, sendo todas elas plenamente conciliáveis.

Disso se extrai outra conclusão: não há norma constitucional originária inconstitucional. E, daí, segue-se o raciocínio óbvio de que o inciso XLIII não conflita com o inciso LXVI: este, que veda a prisão sempre que for admitida a liberdade provisória, representa a regra; aquele, que prevê a inafiançabilidade para certos crimes e impõe a prisão para os seus agentes, a exceção. Simples.

Perigosamente, decisões como estas trazem para dentro dos tribunais o método de interpretação preconizado pela escola do direito livre, que representa

“uma nova orientação doutrinal, umas vezes arrojada e outras, mesmo, revolucionária, com a qual se vai sustentando que, visto ser a lei defeituosa e insuficiente, toca ao juiz corrigi-la e completa-la, e que nesta função integradora ele pode guiar-se

¹¹op. cit., p. 590.

¹²op. cit., p. 110.

por momento subjectivos, por apreciações de interesses, pelo seu próprio sentimento, criando no posto e ao lado do direito positivo um direito livre judiciário. O movimento novador delinea-se com Adickes que impugna a teoria das fontes, dizendo que a lei e o costume não produzem direito, mas que todo o direito tem a sua raiz na convicção de cada um, e que o juiz se deve remeter à sua consciência para descobrir livremente o direito. O direito positivo é limite à convicção do juiz, mas para além desta barreira êle pode formar direito livremente. Seguem-se os escritos de Bulow que, exaltando a função judicial, lhe atribui uma força criativa de direito, pelo que, ao lado do direito legal e consuetudinário, deve reconhecer-se um direito judiciário: a lei não passa de ser um plano de ordenamento jurídico que é realizado só pelo juiz; de Kohler, que estuda a teoria da interpretação, pondo à luz a força criadora da jurisprudência; de Géný, em França, o qual critica o método de interpretação tradicional que a poder de lógica e deduções abstractas restringe o direito e lhe tapa os horizontes, e querer que o juiz produza o direito fazendo-se guiar pela observação da natureza das coisas, dos princípios da justiça, da sociologia, da filosofia, etc.; de Schlossmann, que reduz a lei a uma fôlha de papel impresso, não se podendo, portanto, descobrir-lhe uma vontade; e, por último, de Kantorowickz, que no seu conhecido opúsculo – A luta pela ciência jurídica, publicado da primeira vez sob o pseudônimo de Gnaeus Flavius, depois de ter renovado as críticas mordazes contra a função do juiz no sentido tradicional, proclama o verbo novo da liberdade absoluta e do arbítrio mais inconfinado: o juiz deve decidir a seu arbítrio; a sentença não deve ser motivada; liberdade em toda linha; numa palavra, o direito entra na sua fase voluntarística!”¹³

Difícil não ver aí a origem daquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial, que, traduzindo, nada mais é do que a ditadura do Poder Judiciário.

Conclusão

O que se buscou com o presente artigo foi demonstrar que o bom funcionamento do sistema penal requer que os órgãos do Poder Judiciário saibam e respeitem os limites de sua atuação.

¹³Interpretação e Aplicação das Leis. Francesco Ferrara, tradução de Manuel A. D. de Andrade, editora Saraiva, 2ª edição, 1940, p. 67-69.

O pacto federativo impõe que a decisão dos tribunais locais seja respeitada, cabendo aos Tribunais Superiores analisar somente seus aspectos jurídicos, não fáticos. Assim, todos os aspectos ligados à pena devem ser apreciados até o julgamento do recurso de apelação. A partir daí a discussão deve restringir-se à legalidade (STJ) ou inconstitucionalidade (STF) da condenação ou absolvição, anulando-se a decisão se houver nulidade, mas sem qualquer possibilidade de se alterar a pena.

Ainda, o presente trabalho visou explicar o verdadeiro sentido do princípio da individualização da pena: não o de que o réu saiba de antemão a pena exata que lhe será imposta pela prática do delito “x”, mas o de que, mediante análise detida de todas as circunstâncias judiciais, das agravantes e atenuantes e causas de aumento e diminuição o juiz possa, com certa arbitrariedade limitada na lei, aplicar a pena adequada para cada réu, sem padronizá-la ou generalizá-la.

Afinal, desnecessário lembrar que ao tratar todos os réus da mesma forma, ignorando aquelas circunstâncias, o princípio da igualdade (cláusula pétrea), acaba por ser descartado. E não se iludam os estudiosos: pelo entendimento em vigor, que impõe sejam padronizados todos os aspectos do critério trifásico da dosimetria da pena, os réus sabem, desde logo, a pena a que serão condenados, o regime prisional que será fixado, eventual substituição da pena por restritivas de direitos e todos os demais efeitos da condenação.

Se o Código Penal possui imperfeições (e há aos montes), o problema deve ser resolvido dentro das Casas do Congresso Nacional, não havendo autorização constitucional (expressa ou implícita) para que o Judiciário, alegando ser o último guardião da Constituição Federal e o garantidor dos direitos fundamentais, modifique totalmente o significado do princípio da individualização da pena e crie, a seu modo e a despeito de norma legal, critérios fixos e gerais para a fixação reprimenda.

BIBLIOGRAFIA:

BRUNO, Anibal. *Direito Penal - tomo 3º*. 4ª edição. Rio de Janeiro: editora Forense, 1978.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis* - tradução de Manuel A. D. de Andrade. 2ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 1940.

HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao Código Penal, Vol. 1 – Tomo 1, artigos 1º ao 10º*. 3ª edição, Rio de Janeiro: editora Forense, 1955.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal, Vol. II - art. 28 a 74*. 1ª edição. Rio de Janeiro: editora Forense, 1942.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª edição. São Paulo: editora Atlas, 2017.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal: Vol. 1 – Introdução e Parte Geral*. 31ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 4º edição. São Paulo: editora RT – Revista dos Tribunais, 2011.