

A DERROTABILIDADE DA PENA MÍNIMA E A “MINORANTE INOMINADA” NO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR: LIMITES CONSTITUCIONAIS E GARANTISMO PENAL

THE DEFEASIBILITY OF THE MINIMUM SENTENCE AND THE “UNNAMED MITIGATING FACTOR” IN THE SUPERIOR MILITARY COURT: CONSTITUTIONAL LIMITS AND PENAL GARANTISM

Diego Medeiros¹
Maria Elizabeth Rocha²

RESUMO: O artigo investiga a (in)validade constitucional da flexibilização judicial da pena mínima a partir da técnica decisória denominada “minorante inominada”, desenvolvida na jurisprudência do Superior Tribunal Militar (STM), interpretada, nesse estudo, à luz da derrotabilidade (*defeasibility*) de H. L. A. Hart e do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Por meio de abordagem metodológica qualitativa e análise empírica da jurisprudência do STM, especialmente em acórdãos entre 2015 e 2024, examina-se como a Corte tem recorrido à técnica para mitigar a rigidez da pena mínima, em contraste com o entendimento restritivo do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que vedam a redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase. O estudo conclui que a “minorante inominada” aproxima-se da lógica de derrotabilidade, mas carece de parâmetros normativos que evitem o subjetivismo judicial, em descompasso com as exigências do modelo garantista. Para mitigar eventuais decisionismos no emprego da técnica, propõe-se, ao final, a parametrização dogmática mediante o estabelecimento de um protocolo decisório que concilie a proporcionalidade e a reserva legal, assegurando a proteção dos direitos fundamentais e os limites constitucionais da jurisdição penal.

Palavras-chave: derrotabilidade; pena mínima; garantismo penal; proporcionalidade; jurisdição constitucional; minorante inominada.

ABSTRACT: The article investigates the constitutional (in)validity of judicial flexibility regarding minimum sentences through the decision-making technique known as “unnamed mitigating factor”, developed in the case law of the Brazilian Superior Military Court (STM), and interpreted in this study in light of H. L. A. Hart’s theory of defeasibility and Luigi Ferrajoli’s penal garantism. Using a qualitative methodological approach and empirical analysis of STM case law, particularly judgments delivered between 2015 and 2024, the study examines how the Court has relied on this technique to mitigate the rigidity of minimum sentences, in contrast with the restrictive understanding of the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ), which prohibit reductions below the legal minimum during the second stage of sentencing. The study concludes that the “minorante inominada” approximates the logic of defeasibility, but lacks normative parameters to prevent judicial subjectivism, thereby conflicting with the requirements of the garantist model. To mitigate

¹ Diego Medeiros, Mestre em Direito Constitucional, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, Distrito Federal, Brasil. Assessor Jurídico no Superior Tribunal Militar (STM). *E-mail:* diegoms@stm.jus.br

² Maria Elizabeth Rocha, Doutora em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. Ministra Presidente no Superior Tribunal Militar (STM). *E-mail:* minelizabeth@stm.jus.br

potential decisionism in the application of this technique, the paper ultimately proposes a dogmatically parameterized framework through the establishment of a decision-making protocol that reconciles proportionality with the principle of legality, thus ensuring the protection of fundamental rights and the constitutional limits of criminal jurisdiction.

Keywords: defeasibility; minimum sentence; penal garantism; proportionality; constitutional adjudication; *minorante inomina*

INTRODUÇÃO

O presente artigo investiga a (in)validade constitucional da flexibilização judicial da pena mínima a partir da técnica decisória denominada “minorante inominada”, construída na jurisprudência do Superior Tribunal Militar (STM) e aqui interpretada à luz da derrotabilidade (*defeasibility*) de H. L. A. Hart, em contraste com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. O problema emerge de um cenário de tensão: de um lado, a orientação do Supremo Tribunal Federal (STF - Tema 158³) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ - Súmula 231⁴ e REsp 1.869.764/MS), que vedam a mitigação do mínimo legal por atenuantes; de outro, decisões do STM que, por razões de proporcionalidade e individualização da pena, admitem abrandamentos na terceira fase sem base legal expressa. A dissertação que serve de alicerce teórico a este trabalho científico sistematizou e analisou 52 (cinquenta e dois) acórdãos (2015-2024) do STM⁵, identificando os principais fundamentos e as implicações dessa prática decisória em face do sistema garantista e do ordenamento jurídico brasileiro⁶.

Com o desafio de articular e aprofundar a teoria em torno dessa técnica decisória, propõe-se o enfrentamento do problema a seguir: a aplicação, nos moldes atuais, da

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 158 da Repercussão Geral. “Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2663001&numeroProcesso=597270&classeProcesso=RE&numeroTema=158> Acesso em: 11 set. 2025.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 231. “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf Acesso em: 11 set. 2025.

⁵ O método de seleção dos acórdãos teve por parâmetro os dados disponibilizados ao público externo. Inicialmente, realizou-se uma busca pelo termo “minorante inominada” no sistema de pesquisa de jurisprudência no sítio do Superior Tribunal Militar, o que resultou em 60 acórdãos. Em seguida, aplicou-se um recorte temporal delimitado ao período de 2015 a 2024, pois o ano de 2015 marcou o início da consolidação da técnica decisória pelo Plenário do STM, justificando a escolha do marco inicial. Também foram excluídos os acórdãos em segredo de justiça, por ausência de acesso ao inteiro teor, e aqueles que não enfrentavam efetivamente o tema, limitando-se a menções marginais ou *obiter dictum*. Após essas filtragens, o corpus foi reduzido para 52 acórdãos, que compuseram o conjunto final analisado qualitativa e quantitativamente. Essa seleção refletiu um critério metodológico rigoroso e melhor explicitado na pesquisa dissertativa, assegurando a representatividade dos casos e a pertinência direta ao objeto estudado.

⁶ SILVA, Diego Medeiros da. *A técnica decisória da “minorante inominada”: a (in)validade da flexibilização judicial da pena mínima*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Brasília, DF, 2025.

“minorante inominada” pelo STM, permitindo a redução da pena mínima sem previsão legal expressa, pode ser considerada constitucionalmente legítima quando interpretada à luz da teoria da derrotabilidade de Hart e do garantismo penal de Ferrajoli? Neste artigo, parte-se da hipótese de que: a “minorante inominada” configura, em essência, uma manifestação de derrotabilidade judicial compatível com o modelo hartiano, na medida em que evita resultados materialmente injustos em casos excepcionais.

Como se nota, a investigação aqui realizada utiliza o método hipotético-dedutivo, articulando: i) pesquisa bibliográfica e teórica, explorando a derrotabilidade de Hart e o garantismo penal de Ferrajoli para estabelecer critérios de contenção da criatividade judicial na dosimetria penal; ii) metodologia qualitativa e análise empírica da jurisprudência do STM, especialmente em acórdãos entre 2015 e 2024 que aplicaram a “minorante inominada”, com o objetivo de identificar fundamentos, padrões decisórios, hipóteses de incidência e eventuais desvios de proporcionalidade ou legalidade. Esse cotejo visa confrontar teoria e prática jurídica, verificando as fragilidades, mas também a compatibilidade da técnica com os limites constitucionais da jurisdição penal.

O garantismo penal de Ferrajoli fornece a moldura teórica que exige legalidade estrita, taxatividade e previsibilidade na imposição e dosimetria de penas, distinguindo entre poderes judiciais de conotação (*intra legem*) e de disposição (*contra legem*), sendo este último visto como patológico e incompatível com a reserva legal. Lembre-se de que, no garantismo penal, a legitimidade constitucional está condicionada à existência de parâmetros normativos claros e de controle estrito, com o intuito de impedir que a flexibilização da pena se converta em exercício arbitrário do poder judicial e em erosão da reserva legal. A teoria da derrotabilidade de Hart, por sua vez, oferece a chave conceitual para compreender situações em que uma norma, embora válida e aplicável, pode deixar de incidir para evitar um resultado manifestamente injusto, revelando a dimensão inevitável da discricionariedade judicial. O confronto entre ambas as perspectivas é central para a análise realizada, pois permite identificar os limites constitucionais e dogmáticos da flexibilização da pena mínima.

Objetiva-se, portanto, avaliar a técnica decisória da “minorante inominada” como forma de derrotabilidade judicial, determinando se – e em que condições – sua aplicação pode ser compatível com a legalidade estrita e a reserva legal penal previstas no ordenamento jurídico brasileiro. De forma específica, tem-se, por fim: i) examinar o entendimento consolidado do STF e do STJ sobre a impossibilidade de redução da pena mínima por atenuantes, identificando fundamentos constitucionais e dogmáticos; ii) caracterizar a aplicação da “minorante inominada” no STM entre 2015 e 2024, classificando fundamentos,

contexto fático e padrões decisórios; iii) confrontar a prática do STM com o garantismo penal de Ferrajoli, verificando se a flexibilização opera *intra legem* ou *contra legem*; iv) discutir a aplicação da derrotabilidade de Hart como justificativa para afastar a pena mínima, analisando seus riscos e potenciais; e v) propor um protocolo decisório que concilie proporcionalidade e individualização da pena com a reserva legal e os limites constitucionais da jurisdição penal.

A pesquisa pretende fornecer subsídios teóricos para o aperfeiçoamento crítico da técnica decisória da “minorante inominada”, utilizada pelo STM, de modo a conferir legitimidade à intervenção judicial que visa compatibilizar os princípios constitucionais com os limites da jurisdição penal e da estrita legalidade.

2 DERROTABILIDADE EM HART: CONCEITO E IMPLICAÇÕES

A noção de derrotabilidade (*defeasibility*), em H. L. A. Hart, expressa a ideia de que regras jurídicas, por mais bem especificadas que sejam, não exaurem todas as circunstâncias possíveis de aplicação; em contextos excepcionais, razões jurídico-normativas relevantes podem derrotar a incidência literal da regra sem negar sua validade. Tal noção decorre, entre outros elementos, do reconhecimento hartiano de um núcleo e de uma penumbra de significado nas regras, em que esta última exige decisões que acomodem fatos imprevistos pelo legislador (Hart, 2012, p. 141). Assim compreendida, a derrotabilidade não equivale a um salvo-conduto para o subjetivismo: ela descreve uma propriedade estrutural dos sistemas jurídicos, cuja ativação depende de razões institucionalmente controláveis, sob pena de transformar a exceção em arbítrio.

Portanto, a derrotabilidade oferece um vocabulário analítico útil para interpretar práticas decisórias que se apresentam como correções equitativas no caso concreto – como ocorre na “minorante inominada” construída pelo Superior Tribunal Militar (STM) para reduzir a pena abaixo do mínimo legal em hipóteses reputadas desproporcionais. Ainda que tal prática busque assegurar fins humanizadores (proporcionalidade, adequação, dignidade), a pesquisa dissertativa de base aponta que operar fora da legalidade fragiliza a legitimidade da intervenção jurisdicional na dosimetria, exatamente porque reconfigura a moldura sancionatória sem previsão normativa específica (Silva, 2025, p. 120). Essa tensão já se anuncia no referencial garantista adotado na dissertação, que enfatiza a centralidade da legalidade estrita, da taxatividade e da previsibilidade na imposição de penas, distinguindo, no ato de julgar, os poderes cognitivos (denotação e comprovação probatória) do poder

equitativo (conotação) e do poder potestativo de disposição, este último considerado patológico e a ser reduzido ao mínimo.

Nesse contexto, a contribuição de Hart pode ser articulada com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli sem que um elimine o outro. Em termos hartianos, admitir derrotabilidade significa reconhecer que as regras admissivelmente comportam exceções quando o seu propósito institucional seria frustrado pela aplicação literal no caso concreto. Em termos ferrajolianos, porém, tais exceções não podem converter o poder de conotação (equidade *intra legem*) em criação *contra legem* de efeitos típicos, sob pena de deslizar para o poder de disposição (decisão por valorações ético-políticas não verificáveis). O garantismo, como modelo epistemológico-normativo, submete a atividade judicial a vínculos de legalidade e jurisdicionalidade estritas, exigindo motivação cognitiva e controles públicos que coibam a incerteza e o casuísmo na determinação da pena (Ferrajoli, 2002, p. 56).

Aplicada à dosimetria sancionatória, essa articulação implica uma linha de demarcação: i) a derrotabilidade legítima é aquela que opera mediante instrumentos normativos identificáveis (por exemplo, atenuantes e causas legais de diminuição, interpretação conforme a Constituição ou controle de constitucionalidade quando o piso abstrato é desproporcional), e cuja justificação é verificável; ii) a derrotabilidade ilegítima é a que altera a moldura legal sem base normativa suficiente, produzindo, ainda que *pro reo*, uma flexibilização *contra legem* do mínimo cominado. A dissertação demonstra que, no plano do método, a “minorante inominada” se aproxima do segundo polo (Silva, 2025, p. 63-64): embora vise aproximar pena legal (T11) e pena necessária (T12)⁷, sua operação *extra legem* conflita com os axiomas de legalidade do garantismo e com a exigência de que a individualização da pena na terceira fase da dosimetria se faça pela lei e sob a lei, conforme prevê a parte inicial do artigo 76 do Código Penal Militar⁸.

Por conseguinte, a teoria da derrotabilidade só contribui para legitimar correções na dosimetria se vier acompanhada de filtros institucionais compatíveis com a arquitetura garantista: exaurimento das margens legais na primeira e na segunda fases; fundamentação densamente ancorada em dados probatórios e parâmetros normativos; e, em caso de desproporcionalidade do mínimo legal no caso concreto, acionamento de técnicas de interpretação conforme a Constituição – no qual a pena mínima permanece válida, porém

⁷ O modelo garantista desenvolvido por Luigi Ferrajoli trabalha com axiomas e teoremas. Nas hipóteses assinaladas por T11 (teorema 11), deve-se compreender a pena legal e por T12 (teorema 12), a pena necessária.

⁸ “Quando a lei prevê causas especiais de aumento ou de diminuição da pena [...]” (BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm Acesso em: 29 ago. 2025).

padece de derrotabilidade controlada diante das condições singulares do caso. Sem esses filtros, a exceção deixa de ser mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e converte-se em vetor de incerteza, corroendo a previsibilidade normativa e a segurança jurídica, exatamente o que o garantismo pretende evitar.

3 A “MINORANTE INOMINADA” COMO MANIFESTAÇÃO DE DERROTABILIDADE

A técnica decisória da “minorante inominada” consiste na redução da sanção aquém do mínimo legal, sem previsão normativa específica, com fundamento em princípios como proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana e individualização judicial da pena. Na prática, ela tem sido mobilizada pelo Superior Tribunal Militar na terceira fase da dosimetria, operando como válvula de atenuação diante de casos em que a aplicação estrita do mínimo abstrato se revelaria inadequada ao quadro fático-probatório. A própria sistematização do tema na dissertação base descreve o instituto como causa de diminuição jurisprudencial que incide *extra legem*, ainda que com propósito de mitigação sancionatória em favor do réu (Silva, 2025, p. 96).

Sob a perspectiva hartiana da derrotabilidade (*defeasibility*), a “minorante inominada” paraleliza o mecanismo pelo qual uma regra válida – aqui, o piso legal da sanção – tem sua incidência derrotada em face de circunstâncias excepcionais que tornariam iniquamente gravosa sua aplicação literal. Em formulação esquemática: i) regra – observância do mínimo cominado; ii) circunstância excepcional – quadro fático que evidencia desproporcionalidade acentuada; iii) resposta – afastamento do piso mediante um critério conotativo, não textual, sob a invocação de princípios constitucionais. Nesse desenho, o STM utiliza a técnica como mecanismo supralegal para restaurar a adequação da resposta penal ao caso concreto.

A referida minorante é operada na terceira etapa do método trifásico, precisamente a fase reservada às causas especiais de aumento e de diminuição. O ponto de atrito reside em que, no desenho legal, tais causas devem estar expressamente previstas, como sinaliza o artigo 76 do Código Penal Militar, ao passo que a técnica ora em exame não possui previsão tipificada. Esse quadro realça o descompasso entre o espaço de conotação judicial equitativa e o requisito de taxatividade e reserva legal na dosimetria.

A análise empírica descrita na dissertação evidencia, entre outros, dois paradigmas ilustrativos. No primeiro⁹, em contexto de furto qualificado, a instância de origem aplicou redução legal específica (furto atenuado, § 1º do art. 240 do CPM), mas o STM afastou a atenuante legal por não verificar o requisito objetivo do “pequeno valor”. Apesar disso, manteve a diminuição por via da “minorante inominada”, a pretexto de resguardar a proporcionalidade e a finalidade da pena, evitando o retorno automático ao mínimo legal. No segundo¹⁰, relativo a declaração residencial falsa para o recebimento de auxílio-transporte, o STM reconheceu agravante especial (art. 251, § 3º, CPM) e, ainda assim, reputou adequada a incidência da “minorante inominada”, mitigando o *quantum* final de reclusão e viabilizando o *sursis* (Silva, 2025, p. 12-13). Em ambas as hipóteses, a Corte de Justiça Militar invocou critérios de proporcionalidade para justificar a redução abaixo do piso, mesmo sem causa legal expressa.

Mas não é só. Em outro julgado¹¹, o Superior Tribunal Militar aplicou a chamada “minorante inominada” para reduzir a pena mínima prevista no artigo 205 (homicídio doloso), reconhecendo que a fixação em 6 (seis) anos resultaria em severidade incompatível com as condições pessoais do réu, diagnosticado com transtorno depressivo grave em decorrência do próprio evento delituoso. A Corte entendeu que a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana exigiam um abrandamento, fixando a pena em 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, ainda que sem previsão legal expressa para tal redução. Já em nova oportunidade¹², o Tribunal reafirmou a necessidade de calibragem excepcional da pena, ressaltando que a individualização judicial deve operar como mecanismo de contenção de injustiças, mesmo diante da ausência de previsão normativa explícita.

Esse plexo de julgados demonstra como o STM, ao longo dos anos, tem recorrido a essa técnica decisória frente à rigidez da moldura penal mínima, utilizando princípios constitucionais como proporcionalidade, dignidade e razoabilidade para justificar a mitigação da pena. No recorte 2015-2024, a dissertação base cataloga 52 (cinquenta e dois) acórdãos do STM que enfrentam a técnica, permitindo identificar traços recorrentes: i) excepcionalidade de aplicação; ii) concentração em tipos penais nos quais o desvalor do resultado se mostra relativamente baixo ou o preceito secundário militar se revela mais severo que o do Código Penal comum; iii) fundamentação baseada, sobretudo, em proporcionalidade e dignidade da pessoa humana; iv) uso da técnica como contrapeso a agravantes ou qualificadoras,

⁹ Apelação n. 0000015-78.2009.7.06.0006.

¹⁰ Apelação n. 7000740-74.2022.7.00.0000.

¹¹ Apelação n. 0000628-13.2019.7.00.0000.

¹² Apelação n. 7000636-53.2020.7.00.0000.

reequilibrando o *quantum* final quando o mínimo legal aparenta exceder a necessidade do caso (Silva, 2025, p. 71-80). Além disso, a pesquisa observa aproximações capazes de correlacionar o fundamento dessas decisões à teoria da argumentação de Robert Alexy (ponderação e proporcionalidade), o que explica a estrutura decisória sopesativa utilizada para justificar o afastamento da pena mínima (Silva, 2025, p. 91).

Interpretada à luz de Hart, a “minorante inominada” descreve um caso de derrotabilidade: evita-se um resultado iníquo que decorreria da aplicação cega do mínimo abstrato. Entretanto, quando submetida ao garantismo penal de Ferrajoli, a técnica – no plano do método – colide com a legalidade estrita e com a taxatividade própria de um sistema de direito penal mínimo. Em termos garantistas, é possível afirmar que a equidade (poder de conotação) deve operar *intra legem*. Dessa leitura integrada, resulta um critério de admissibilidade: a derrotabilidade idônea na dosimetria exige ancoragem normativa identificável, seja em atenuantes e causas legais de diminuição, seja em técnicas de controle de constitucionalidade (quando o mínimo em abstrato se revele desproporcional), seja, ainda, em interpretação conforme com vinculação explícita ao texto legal. Fora desses canais, a redução *extra legem* do piso converte a exceção equitativa em flexibilização *contra legem*, ampliando espaços de incerteza e casuismo.

No plano institucional, a manutenção de uma técnica não tipificada gera, pelo menos, três riscos principais: i) erosão da segurança jurídica e da previsibilidade sancionatória; ii) tensão com o legislador, ao deslocar para a jurisdição a competência de modelagem das causas de diminuição da pena; iii) possibilidade de efeitos assimétricos no médio prazo, com transbordamentos *in malam partem*, a pretexto de “correções” de proporcionalidade invertendo a teleologia *pro reo* que motivou a técnica. Tais riscos reforçam a orientação garantista, destacada na dissertação, de que correções de desproporções devem ser buscadas por vias normativas formais e não por engenharia jurisprudencial desacompanhada de base legal (Silva, 2025, p. 113-115).

Em síntese, é possível afirmar que a “minorante inominada” traduz um caso típico de derrotabilidade no sentido hartiano, mas, sem lastro normativo, ultrapassa os limites garantistas de atuação judicial em matéria penal. A jurisprudência do STM ratifica a intenção mitigadora e a vocação *pro reo* da técnica; contudo, é preciso acautelar-se metodológica e dogmaticamente para evitar o subjetivismo judicial. A partir daqui, a análise prossegue examinando os confrontos jurisprudenciais (STF/STJ x STM) com o intuito de propiciar, ao término da reflexão, uma conciliação entre teoria e prática judicial mediante o

desenvolvimento de um protocolo decisório capaz de compatibilizar proporcionalidade e equidade com a estrutura normativa exigida pelo Estado Democrático de Direito.

4 EFEITO DE SEGUNDA ORDEM: STF/STJ X STM

A divergência jurisprudencial em torno da possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal delimita, na prática, os contornos constitucionais da atuação judicial em matéria penal. No eixo das Cortes Superiores, o STF (Tema 158) e o STJ (Súmula 231 e REsp 1.869.764/MS) sedimentaram que atenuantes não autorizam a pena abaixo do mínimo e que a discricionariedade judicial na dosimetria deve permanecer dentro da moldura legal, sob pena de usurpação de competência legislativa e comprometimento da segurança jurídica. Esse posicionamento reforça o caráter taxativo das causas de aumento e diminuição, bem como a função contenedora do método trifásico. Já no âmbito do STM, a técnica da “minorante inominada” representa uma resposta jurisprudencial à tensão entre legalidade estrita e justiça material na fixação da pena, dado o rigor dos entendimentos fixados pelo STF e STJ para casos em que a aplicação estrita do piso legal se mostraria, no entender do colegiado, desproporcional frente às particularidades do caso concreto (Silva, 2025, p. 64).

Do confronto jurisprudencial, emergem três eixos principais: i) legalidade e taxatividade – para STF/STJ, a resposta sancionatória exige causas tipificadas para operar efeitos típicos (reduzir aquém do mínimo). O STM, por seu turno, admite princípios como fundamento suficiente para construir uma redução não tipificada, desde que o caso revele desproporção. Esse desalinhamento produz diagnósticos antagônicos sobre segurança jurídica e previsibilidade; ii) densidade normativa dos princípios – o núcleo do dissenso está em saber quanto de “lei” há na proporcionalidade invocada pelo STM. STF/STJ demandam ancoragem textual para atos de dosimetria que permitam a flexibilização da reprimenda; o STM entende que a ponderação pode, em certos contextos, flexibilizar a lei na terceira fase, sob o manto da razoabilidade; e iii) *locus* da equidade – o modelo garantista subjacente a este estudo admite apenas equidade *intra legem* (conotação), mas repele a conversão dessa equidade em criação *contra legem* (disposição). Como se nota, a técnica do STM aparentemente inverte o eixo, pois a equidade passa a modular uma resposta penal fora do enquadramento legal.

A consequência imediata do entendimento contido (STF/STJ) é a proteção da reserva legal e a contenção de variações casuísticas na terceira fase, ainda que isso sacrifique, em casos-limite, algum grau de equidade concreta. Já a consequência do entendimento expansivo (STM) é o alargamento do espaço judicial para mitigar o mínimo legal sem base tipificada – produzindo ganhos *pro reo* no curto prazo, mas expondo o sistema a riscos de insegurança e

assimetria (inclusive, potencialmente, *in malam partem* no futuro). A ementa do REsp 1.869.764/MS, parcialmente reproduzida na dissertação base, explicita esse dilema ao advertir que a fixação da sanção fora dos limites legais compromete a legalidade, criando um ambiente de penas indeterminadas (Silva, 2025, p. 15).

Entretanto, é pertinente questionar se a postura de inflexibilidade do STF e do STJ na fixação da pena mínima está, de fato, correta ou se não acaba produzindo efeitos colaterais indesejados. À luz da teoria da decisão, pode-se compreender a própria “minorante inominada” do STM como um efeito de segunda ordem gerado em reação direta à rigidez jurisprudencial dessas Cortes Superiores: ao vedarem a redução da pena mínima na segunda fase (STF/STJ), criam um contexto no qual magistrados buscam saídas interpretativas não tipificadas para corrigir, no caso concreto, situações tidas como manifestamente desproporcionais (Silva, 2025, p. 64-65). Tal fenômeno não é alheio ao debate interno desses tribunais, uma vez que os próprios ministros relatores Cesar Peluso (Tema 158 do STF)¹³ e Rogério Schietti (REsp 1.869.764/MS)¹⁴ externaram posicionamentos críticos à absoluta impermeabilidade do sistema de fixação da pena, reconhecendo que a dosimetria exige certo grau de flexibilidade para preservar a justiça do caso concreto (Silva, 2025, p. 49, 59).

Não se discute, conforme apurado em pesquisa dissertativa e neste estudo, que a “minorante inominada” enfrenta alguns óbices teóricos, especialmente, a depender da lente com a qual se realiza a análise. O grande problema é que os contrapontos à tangibilidade da pena mínima, aqui expressados pelos entendimentos do Tema 158 do STF e da Súmula 231 do STJ, também padecem de inconsistências teóricas, conforme bem elucidado nas exposições realizadas em audiência pública no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹⁵.

Há, inclusive, caminhos interpretativos mais simplórios sustentando que a “minorante inominada” seria manifestamente inconstitucional por pretensa violação da reserva legal e da separação de poderes. Tal entendimento parte da premissa de que a criação dessa causa de diminuição da sanção equivale a legislar positivamente, extrapolando a função jurisdicional e rompendo com os limites do Estado Democrático de Direito (Dos Santos, 2025, p. 525). No entanto, o primeiro ponto de ressalva a essa corrente é que, propriamente, a jurisprudência do

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 597.270 QO-RG, Relator: Ministro Cesar Peluso, Brasília, DF, julgado em 26 mar. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595601> Acesso em: 11 set. 2025.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.869.764/MS, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Relator do Acórdão: Ministro Messod Azulay Neto. Brasília, DF, julgado em 14 ago. 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902392399&dt_publicacao=18/09/2024 Acesso em: 11 set. 2025.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Audiência Pública – STJ – 17/5/2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kn5H7NEahu0> Acesso: 11 set. 2025.

Superior Tribunal Militar nunca instituiu a “minorante inominada” como regra jurídica apta a ser aplicada, de forma abstrata e irrestrita, a todos os processos submetidos à jurisdição militar. Pelo contrário, sua incidência é excepcionalíssima, restrita a determinados casos concretos e condicionada à incumbência judicial de individualização da pena. Daí por que entendemos inviável sustentar que o STM esteja a atuar como legislador positivo. Como se sabe, a atividade legislativa é marcada, preponderantemente, pela criação de regras jurídicas de caráter abstrato, geral e irrestrito, o que não é o caso da “minorante inominada”. Na verdade, a construção jurisprudencial revela, tão somente, uma técnica de tomada de decisão que auxilia a função jurisdicional na definição do *quantum* da pena.

Limitar a discussão ao plano de validade equivale, outrossim, a entrelaçar a mencionada técnica a um garantismo de feição estritamente formal, que, certamente, apresentaria fragilidades teóricas e práticas quando submetido a reflexões mais abrangentes. A teoria de Hart, por exemplo, é contundente ao admitir a derrotabilidade da regra jurídica em casos excepcionais, especialmente quando a aplicação literal da norma conduz a resultados materialmente inadequados. Ao obstaculizar o pleno exercício do poder judicial conotativo, a posição rígida (STF/STJ) acaba por ignorar esse dado estrutural do direito. Por isso, não parece apropriado, simplesmente, tratar a “minorante inominada” do STM como desvio, sem reconhecer que sua emergência está vinculada a tensões reais do sistema jurídico.

Cabe observar que a adoção de uma perspectiva estritamente formalista do garantismo penal deixa de lado a distinção proposta por Ferrajoli entre os poderes cognitivos e conotativos (*intra legem*) e os poderes de disposição (*contra legem*). A confusão desses planos leva a uma absolutização da legalidade formal, como se toda exceção fosse automaticamente patológica. Em essência o garantismo não se exaure na rigidez normativa, visto que tem por base o positivismo crítico que exige canais de compatibilização com a Constituição. Embora adotada em *favor rei*, a dissertação de base sustenta que a técnica decisória da “minorante inominada” não é uma solução de índole garantista, mas sim pós-positivista (Silva, 2025, p. 99). Contudo, essa constatação não implica o total rechaço da técnica por parte da vertente ferrajoliana. No que concerne à decisão judicial, é preciso extraír, ao menos, duas nuances do sistema garantista: a primeira relacionada à busca da pena adequada ao caso concreto (plano do conteúdo), enquanto a segunda corresponde à precaução positivista a respeito da perda da legitimidade da jurisdição com base na hierarquia das fontes, pois o garantismo de Ferrajoli não admite a qualificação da jurisprudência como fonte nos sistemas de *civil law* (plano do método). Há compatibilização no plano do conteúdo, mas objeção no plano do método (Silva, 2025, p. 122).

Em que pese tais questões, é de se esperar que, em algum momento, assim como fez, majoritariamente, o STJ no REsp 1.869.764/MS ao posicionar-se pela manutenção da Súmula 231, o STF adote uma postura negativa sobre a técnica decisória da “minorante inominada” a pretexto de reforçar a “segurança jurídica”, mas, ao fazê-lo, a Excelsa Corte deve questionar se, de fato, está enfrentando o dilema real: lidar com situações em que a pena mínima legal resulta em manifesta desproporcionalidade. Postergar/evitar o problema não o elimina; ao contrário, transfere aos julgadores que estão nas instâncias inferiores os efeitos advindos da intangibilidade do entendimento superior.

Considerada a articulação entre Hart e Ferrajoli, depreende-se que a compatibilização entre teoria e prática jurídica não se dá pela simples supressão da técnica construída pelo STM ou pela manutenção irrefletida da rigidez do STF/STJ, mas pela incorporação de filtros institucionais e parâmetros normativos que permitam conciliar proporcionalidade e individualização da pena com o núcleo garantista da legalidade estrita, evitando tanto o arbítrio judicial quanto a fossilização punitiva incompatível com os direitos fundamentais. Nesse cenário, faz-se essencial o estabelecimento de uma proposta dogmática que preserve o núcleo garantista da legalidade estrita, mas que reconheça a necessidade de mecanismos controlados de flexibilização para evitar desproporções sancionatórias intoleráveis.

À luz da análise desenvolvida, essa calibragem deve contemplar, no mínimo, o(a): i) prévio exaurimento das margens legais – o julgador deve revisar, de forma consistente, a pena-base, as atenuantes e as causas tipificadas de diminuição antes de cogitar qualquer solução *extra legem*; ii) deferência aos canais constitucionalmente adequados – os intérpretes, diante de desproporcionalidade do mínimo legal no caso concreto, devem priorizar a interpretação conforme a Constituição mediante fundamentação densa e circunstanciada, de modo a compatibilizar a aplicação da pena mínima com os princípios constitucionais da proporcionalidade, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana; iii) flexibilização normativamente controlada (derrotabilidade controlada) – ou seja, admitir o emprego desta técnica decisória somente em hipóteses excepcionais e sob parâmetros objetivos extraídos da verdade processual, de modo que os fundamentos possam ser identificáveis e adotados com base em justificativa robusta, inspirando-se na argumentação jurídica de Robert Alexy, que admite o temperamento da rigidez da regra jurídica para assegurar a justiça do caso concreto; iv) reserva de consistência – registrar o caráter estritamente excepcional da medida, com fundamentação densamente ancorada em parâmetros constitucionais e explicitando sua não precedência para situações ordinárias; e v) prevenção de outros efeitos de segunda ordem indesejados – monitorar impactos sistêmicos

advindos da técnica, como barganhas processuais distorcidas¹⁶ ou uso futuro *in malam partem* da lógica flexibilizadora, adotando salvaguardas que evitem que a causa supralegal se converta em regra.

Assim, o caminho de compatibilização exige reconhecer que a “minorante inominada” não surgiu no vazio, mas como resposta à inflexibilidade dos entendimentos fixados no Tema 158 do STF e na Súmula 231 do STJ (Silva, 2025, p. 65). A solução, portanto, não está em ignorar sua razão de existir, mas em assegurar parâmetros de legitimação democráticos compatíveis com a Constituição Federal, com o núcleo garantista e com a proteção efetiva dos direitos fundamentais – exatamente nos termos em que a derrotabilidade hartiana pode operar sem corroer a legalidade e a previsibilidade do sistema.

5 PROPORCIONALIDADE E FLEXIBILIZAÇÃO DA PENA MÍNIMA: BREVES APORTE DO DIREITO ALEMÃO

A análise comparada revela que outros ordenamentos jurídicos enfrentam tensões semelhantes às do sistema penal brasileiro no que concerne à rigidez dos limites legais e à necessidade de preservar a proporcionalidade no caso concreto. A Alemanha, embora parte de tradição dogmática distinta do Brasil, oferece modelos institucionais que permitem compreender como diferentes ordens jurídicas conciliam a estrita legalidade com mecanismos de correção proporcional da pena – tema diretamente relacionado à discussão sobre a “minorante inominada” e à derrotabilidade na perspectiva hartiana.

A experiência alemã oferece um ambiente dogmático particularmente fértil para compreender os limites e as potencialidades da flexibilização judicial da pena mínima, sobretudo porque a proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) ocupa posição estrutural no Estado Constitucional de Direito. Como demonstra Alexy, a proporcionalidade não é apenas um princípio orientador, mas uma exigência institucional do Estado Constitucional que vincula o legislador, a administração e a jurisdição, funcionando como critério normativo de controle de excessos e fundamento estruturante da própria razão prática jurídica (Alexy, 2008, p. 116-117). Esse caráter estrutural revela que a proporcionalidade, no constitucionalismo alemão, não é um mero mecanismo argumentativo, mas um limite jurídico ativo que impede respostas punitivas manifestamente desnecessárias, inadequadas ou excessivas.

¹⁶ Por barganhas processuais distorcidas compreendem-se: as negociações processuais indiretas, implícitas ou “estratégicas”, conduzidas por defesa, acusação ou magistrados, que passam a se estruturar não com base na lei, mas com base em expectativas sobre uma flexibilização jurisprudencial atípica, como a “minorante inominada”.

Nessa mesma direção, Canaris demonstra que o *Rechtsstaatprinzip*¹⁷ é composto por princípios estruturantes – entre eles a proibição do excesso e a justiça material – que servem como limites ao poder estatal e garantem a coerência do sistema jurídico. Esses elementos correspondem, na tradição constitucional alemã, ao conteúdo normativo do princípio da proporcionalidade. Além disso, assenta que um dos obstáculos enfrentados pelo direito “reside na incapacidade do formalismo perante a riqueza dos casos concretos” (Canaris, 1989, p. 20). Por essa razão, pontua a respeito da norma em abstrato que “quando invocada para resolver casos concretos, tais proposições mostram-se insuficientes: elas não comportam os elementos que lhes facultem acompanhar a diversidade de ocorrências e, daí, de soluções diferenciadas” (Canaris, 1989, p. 20). De modo complementar, a teoria estruturante do direito, desenvolvida por Müller, evidencia que princípios como proporcionalidade e dignidade humana possuem densidade normativa suficiente para orientar a aplicação e a conformação da norma, sem que isso implique subjetivismo ou manipulação argumentativa. A norma em abstrato perpassa por um processo de concretização. Para o professor, o núcleo normativo “é concretizado no caso individual na norma de decisão e com isso quase sempre também tornado nítido, diferenciado, materialmente enriquecido e desenvolvido dentro dos limites do que é admissível no Estado de Direito.” (Müller, 1999, p. 52-53).

No campo estritamente penal, a Alemanha utiliza instrumentos como a redução teleológica (*teleologische Reduktion*), tradicionalmente sistematizada por Larenz, que permite afastar a aplicação literal de um preceito quando ele contraria a finalidade normativa e conduz a resultados desproporcionais, desde que essa flexibilização ocorra *intra legem* e com base em critérios racionais e verificáveis (Larenz, 1997, p. 555-556). Trata-se, portanto, de mecanismo que evita injustiças derivadas da leitura rígida da lei, mas que ao mesmo tempo preserva a legalidade estrita ao impedir a criação judicial de efeitos típicos sem fundamento normativo.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG) reforça esse entendimento. Desde o caso “Elfes” (1957), o Tribunal reconhece que a proporcionalidade integra o núcleo duro do Estado de Direito, exigindo que restrições a direitos – inclusive aquelas derivadas do direito penal – estejam vinculadas à necessidade e adequação da intervenção estatal. Posteriormente, decisões como o caso “Cannabis” (1994) reafirmaram que penas desproporcionais violam diretamente o princípio da dignidade humana e devem ser corrigidas mesmo quando o texto legal parece apontar em outra direção. Como sistematizado por Schlink, a proporcionalidade alemã possui um conteúdo normativo robusto, fundado na jurisprudência constitucional e não em ponderações subjetivas. Em referência direta, destaca

¹⁷ Princípio do Estado de Direito.

que “na Alemanha, o princípio da proporcionalidade possui uma longa trajetória e um sólido enraizamento na jurisprudência constitucional”¹⁸ (Schlink, 2012, p. 294).

Esse panorama permite estabelecer um contraste significativo com o contexto brasileiro. À luz do nosso estudo, a técnica da “minorante inominada” aproxima-se, em termos funcionais, de uma tentativa jurisprudencial de correção proporcional da pena mínima. Contudo, enquanto o modelo alemão realiza essa flexibilização por meio de instrumentos normativos formais e dogmáticos, como a interpretação conforme a Constituição ou a redução teleológica, o caso brasileiro, caso não encampe o protocolo adiante sistematizado, revela uma flexibilização *extra legem*, sem tipificação legal ou amparo teórico-jurídico suficiente, o que eleva a tensão com o modelo garantista de Ferrajoli, baseado em canais formalizados de compatibilização constitucional.

Como se observa, o diálogo com a experiência alemã não legitima, automaticamente, a “minorante inominada”, mas reforça que a proporcionalidade pode – e deve – funcionar como limite ao excesso punitivo, desde que estruturada dentro de marcos dogmáticos controláveis. A lógica da proposta aproxima-se da distinção hartiana, que, no presente trabalho, denominamos de derrotabilidade legítima e ilegítima. A comparação evidencia, portanto, que a solução brasileira deve se distanciar do subjetivismo, além de ser imperativo o aperfeiçoamento dos instrumentos que legitimam a intervenção judicial na pena mínima, de modo que eventuais flexibilizações não dependam da criatividade jurisprudencial, mas de parâmetros jurídicos previamente institucionalizados. A operação da proporcionalidade, no ambiente dogmático alemão, está inserida em um método constitucionalmente estabilizado, que impede que a exceção se transforme em arbítrio. Assim, a partir desse aporte teórico, impõe-se a síntese de que o aperfeiçoamento da experiência brasileira passa, necessariamente, pelo desenvolvimento de mecanismos de flexibilização controlada, capazes de reconhecer situações-limite de desproporcionalidade sem romper com o núcleo duro da legalidade estrita.

6 RISCOS E POTENCIALIDADES DA DERROTABILIDADE NA JURISDIÇÃO PENAL

A incorporação da derrotabilidade (*defeasibility*) à prática decisória penal – especialmente em cenários de tensão entre legalidade estrita e justiça material – revela um quadro ambivalente. Por um lado, oferece ferramentas de correção para casos-limite em que a aplicação literal da norma conduziria a desfechos manifestamente desproporcionais; por

¹⁸ Tradução livre do inglês: *In Germany the principle of proportionality has a long history and a firm grounding in constitutional jurisprudence.*

outro, pode fragilizar o arranjo institucional da reserva legal se operar sem parâmetros normativos e deferência aos canais constitucionalmente adequados. O exame realizado nos tópicos anteriores (em particular o confronto STF/STJ x STM) permite agora sistematizar potencialidades, riscos e critérios para legitimação da técnica decisória da “minorante inominada”.

No que tange aos potenciais de uso dessa técnica, percebe-se que a intervenção judicial objetiva corrigir resultados que seriam materialmente injustos, caso a pena mínima fosse aplicada. Nesses casos, a derrotabilidade do limiar mínimo evita desfechos punitivos excessivos que decorrem da manutenção da rigidez legal do preceito secundário. Privilegia-se, então, a proporcionalidade e a individualização da resposta penal para o caso concreto. Ao possibilitar mitigações pontuais em contextos de hipertrofia punitiva (padrões mínimos elevados, agravantes cumulativas, preceitos secundários severos), a derrotabilidade atua como freio pragmático contra a ampliação desmedida do poder punitivo, reforçando a centralidade dos direitos fundamentais¹⁹. No mais, conforme acentuado anteriormente, tem-se que o uso transparente e excepcional de justificativas de derrotabilidade da norma pode estimular o legislador e o próprio Judiciário a rever os óbices legais e jurisprudenciais que impedem o pleno exercício do poder judicial conotativo.

Já quanto aos riscos, tem-se que a normalização desta causa supralegal de diminuição da pena pode ser reapropriada (como foram as medidas cautelares inominadas do processo civil) para justificar recrudescimentos criativos (*in malam partem*)²⁰, corroendo o direito penal mínimo e abrindo espaço para o fortalecimento de assimetrias punitivas. O desenvolvimento dessa espécie de técnica decisória desprovida de amparo legal – ainda que calcada na proporcionalidade – desloca para o Judiciário atividade que não substitui, mas tensiona com a função legislativa e com o próprio método trifásico, o que pode ensejar a erosão da legitimidade da jurisdição. É nítido o caráter *extra legem* do instituto. Sem filtros objetivos, a invocação genérica de proporcionalidade e dignidade humana tende a substituir a moldura legal por ponderações abertas, propiciando espaços interpretativos para subjetivismos e decisionismos.

A “minorante inominada” foi caracterizada, à luz da teoria da decisão, como efeito de segunda ordem que emerge da rigidez dos entendimentos fixados pelo STF/STJ (Silva, 2025,

¹⁹ Nessa vertente, Robert Alexy acentua que: *a dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais* (2008, p. 43).

²⁰ A esse respeito conferir: ALVES, Rogério Pacheco. O poder geral de cautela no processo penal. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro, RJ, (15), 2002.

p. 97). Lembre-se de que a jurisprudência das mencionadas Cortes vedou o pleno exercício do poder judicial conotativo na segunda fase da dosimetria sancionatória. Quando há a imposição de óbices interpretativos inflexíveis, os operadores do direito (defesa, magistratura, acusação) reconfiguram suas estratégias: defesas tendem a apelar pela maximização da proporcionalidade; magistrados buscam soluções criativas; acusações tendem a responder com rechaço à mitigação da sanção e ao maior recrudescimento na tipificação penal. Deve-se reconhecer que essas adaptações na prática penal não advêm do mero acaso. Até por isso, constatou-se que vozes interpretativas internas naquelas Cortes (p. ex., Cezar Peluso no STF e Rogério Schietti no STJ) questionaram a intangibilidade da pena mínima, sinalizando a necessidade de se preservar a justiça do caso concreto sem abdicar da legalidade (Silva, 2025, p. 120).

Nesse cenário, soa inequívoco que a derrotabilidade na jurisdição penal possui natureza ambivalente: salutar para corrigir injustiças concretas, perigosa se converter o poder judicial conotativo em disposição *contra legem*. A experiência examinada indica que a “minorante inominada” é uma resposta da jurisprudência do STM à inflexibilidade da pena mínima. No entanto, essa técnica decisória, para se compatibilizar com a Constituição, precisa ser reencaminhada por vias normativas e critérios verificáveis. O equilíbrio teórico-prático resulta da calibragem entre o reconhecimento – hartiano – de que a regra admite exceções justificáveis e a exigência – garantista – de que tais exceções sejam dogmaticamente parametrizadas, publicamente justificadas e institucionalmente controladas. Dessa forma, o sistema preserva direitos fundamentais, legalidade e previsibilidade, sem se tornar impermeável às exigências de proporcionalidade para o caso concreto.

7 PROPOSTA DE PROTOCOLO PARA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DECISÓRIA DA “MINORANTE INOMINADA”

Com vistas a preservar ao máximo a função garantista da jurisdição penal e reconhecendo a inevitabilidade de casos de derrotabilidade (*defeasibility*) em situações-limite, propõe-se um protocolo decisório graduado, dogmaticamente parametrizado e sujeito a controles públicos de justificação. Intenciona-se a preservação do núcleo da legalidade estrita e da reserva da lei, ao tempo em que se admite, em caráter excepcional e controlado, o exercício do poder judicial conotativo para evitar respostas penais manifestamente desproporcionais. A estrutura dialoga, de um lado, com a exigência garantista de atuação *intra legem* (Ferrajoli) e, de outro, com o reconhecimento de Hart de que regras podem comportar exceções substancialmente justificáveis sem dissolver sua autoridade normativa. Para

maximizar a legitimização da intervenção judicial na dosimetria sancionatória com essa técnica decisória, propõe-se que o julgador observe os seguintes parâmetros dogmáticos:

i) exaurimento das margens legais existentes (controle *intra legem*) – diretriz: antes de cogitar a solução *extra legem*, o julgador deve saturar as possibilidades legais, ou seja, a fixação da pena-base, com fundamentação cognitiva sobre as circunstâncias judiciais; aplicação de atenuantes e agravantes mediante fundamentação específica; e incidência das causas legais de aumento e diminuição, sempre que cabíveis. Justificativa: a observância da diretriz assegura que a resposta penal respeite, primeiramente, a moldura normativa do Código Penal e/ou Código Penal Militar, evitando-se, assim, a distorção do método trifásico. Recomendações: a) explicitar, por escrito e de forma analítica, por que cada circunstância judicial da pena-base foi valorada positiva/negativamente; e b) indicar provas e dados que sustentam cada incremento/decréscimo nas etapas posteriores;

ii) diagnóstico de desproporcionalidade relevante – diretriz: identificar se a severidade do mínimo legal, considerada em abstrato ou na sua aplicação ao caso, resulta em desproporcionalidade constitucionalmente relevante (violação da adequação, individualização, dignidade humana, entre outros). Justificativa: a violação da proporcionalidade é condição lógica para a incidência da medida corretiva. Sem essa constatação explícita, a flexibilização torna-se um expediente subjetivista. Recomendações: a) utilizar a matriz de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); b) indicar os elementos objetivos dos autos (lesividade, culpabilidade, reprovabilidade mínima) aptos a demonstrar o descompasso da reprimenda; e c) registrar os motivos pelos quais as ferramentas *intra legem* (do critério trifásico) não foram suficientes para corrigir o desbalanço da resposta penal;

iii) deferência aos canais formalmente adequados – diretriz: diante de desproporcionalidade no caso concreto, a solução adequada não é o controle de constitucionalidade, mas a interpretação conforme a Constituição, acompanhada de fundamentação densa e circunstanciada. O preceito secundário do tipo penal, abstratamente, continua válido, mas a sua aplicação pode ser excepcionada quando afrontar diretamente princípios constitucionais. Justificativa: a mitigação não anula a lei, mas garante sua concretização compatível com os valores constitucionais, especialmente proporcionalidade, individualização da pena e dignidade da pessoa humana. Há um exercício de derrotabilidade controlada em que a superação da regra visa, tão somente, corrigir distorções do caso concreto. Recomendações: a) explicitar os princípios constitucionais que justificam a

flexibilização; b) restringir a medida ao caso concreto, sem pretensão de generalização; c) motivar a excepcionalidade de forma clara e transparente;

iv) flexibilização dogmaticamente controlada (casos excepcionalíssimos) – diretriz: se, após superados os itens anteriores, houver a identificação de situação excepcionalíssima de injustiça manifesta no caso concreto, admitir a flexibilização apenas quando: ancorada em fundamento normativo identificável (princípio constitucional com densidade normativa suficiente para a hipótese, conectado ao tipo e à situação fática). Somam-se às exigências a presença de critérios objetivos (mínima ofensividade, baixo desvalor do resultado, ausência de habitualidade, contexto social e pessoal relevante, entre outros) e a justificação judicial robusta. Justificativa: em Hart (*defeasibility*), admite-se que a regra comporte exceção justificada; em Ferrajoli (garantismo), exige-se que a exceção não crie efeitos típicos à margem da lei sem um lastro constitucional claro e sem controlabilidade argumentativa. Recomendações: a) explicitar por que a solução não institui precedente geral, mas responde a quadro singular; e b) vincular a aplicação da técnica da “minorante inominada” à verdade processual (elementos fáticos-probatórios constantes dos autos);

v) justificação pública, transparência e consistência decisória – diretriz: toda decisão que flexibilize a pena deve conter motivação densa, com reconstrução fática minuciosa; itinerário lógico-normativo completo; enfrentamento de objeções (legalidade e taxatividade); e coerência com a jurisprudência. Justificativa: a publicidade argumentativa é salvaguarda contra arbitrariedade, garante controle interpares e facilita a revisibilidade do julgado. A transparência também reduz assimetrias e efeitos de segunda ordem indesejados (p. ex. elevação artificial da pena-base para “compensar” mitigação futura). Recomendações: a) definir os limites quantitativos da mitigação, que devem respeitar os parâmetros de um sexto a um terço (nos delitos dolosos contra a vida, conforme prescreve, de forma similar, a hipótese do § 1º do artigo 205 do CPM); e, nos demais casos, os parâmetros de um terço a dois terços, conforme facultam diversos dispositivos do CPM (parágrafo único do artigo 30; parágrafo único do art. 49; § 3º do artigo 207; § 5º do artigo 209; § 1º do artigo 240; § 4º do artigo 244); b) vedar expressamente a utilização ampliativa *in malam partem* da lógica flexibilizadora; c) identificar impactos institucionais e limitações da solução adotada.

Em suma, o protocolo propõe o estabelecimento de uma sequência necessária: 1) prevalência dos critérios formais da dosimetria sancionatória; 2) diagnóstico de desproporcionalidade relevante após o exaurimento dos critérios legais; 3) deferência aos canais formalmente adequados; 4) flexibilização dogmaticamente controlada da pena mínima; e 5) transparência e consistência decisória. Como resultado, obtém-se um rito formal para a

tomada de decisão. Essa proposta traz maior objetividade dogmática para a aplicação da técnica, além de valorizar a legalidade e a previsibilidade próprias de um sistema penal garantista – compatibilizando, na prática penal, o reconhecimento hartiano de exceções com as balizas metodológicas exigidas pelo Estado Democrático de Direito.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso desenvolvido permitiu construir um aporte teórico crítico robusto a partir de dois eixos complementares: i) a derrotabilidade de H. L. A. Hart, compreendida como propriedade estrutural das normas que admite exceções institucionalmente justificáveis quando a aplicação literal pode conduzir a resultados materialmente injustos; e ii) o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, que impõe balizas rígidas de legalidade, taxatividade e previsibilidade, distinguindo a equidade *intra legem* (poder de conotação) do decisionismo *contra legem* (poder de disposição). Desse diálogo resulta uma síntese crítica: exceções são inevitáveis, mas só são legítimas quando reencaminhadas por canais normativos formais e controláveis (interpretação conforme a Constituição no caso concreto, motivação densa, critérios objetivos e publicidade argumentativa). Essa compatibilização previne que a *defeasibility* descrita por Hart se converta, na prática, em erosão das garantias estruturais sublinhadas por Ferrajoli.

No que tange aos objetivos da pesquisa, entende-se que foram alcançados. Preservou-se o estado da arte, evidenciando a diretriz jurisprudencial restritiva do STF/STJ quanto à impossibilidade de redução aquém do mínimo por atenuantes e a função contenedora dessa orientação sobre a terceira fase da dosimetria. A aplicação da “minorante inominada” no STM (2015-2024) foi caracterizada com base empírica, destacando a excepcionalidade, os fundamentos principiológicos (proporcionalidade, dignidade, individualização) e a dinâmica de compensação diante de contextos desproporcionais. A confrontação com o garantismo demonstrou o ponto de atrito metodológico: a técnica, tal como praticada hoje, *extra legem*, ultrapassa os limites de legalidade estrita e taxatividade. A derrotabilidade hartiana foi utilizada criticamente para explicar a gênese e a função corretiva da técnica no caso concreto, sem transformar tal explicação em licença ao decisionismo. Por fim, foi proposto um protocolo decisório para compatibilizar proporcionalidade e individualização com a reserva legal, oferecendo critérios operacionais e salvaguarda institucional.

Quanto à pergunta de pesquisa – se a “minorante inominada”, ao permitir redução da pena mínima sem previsão legal expressa, pode ser tida como constitucionalmente legítima à luz de Hart e Ferrajoli –, tem-se que a resposta é nuançada: como construída e aplicada hoje,

de modo *extra legem*, não. A técnica descreve um caso de derrotabilidade (Hart), mas colide, no plano do método, com as exigências garantistas (Ferrajoli) quando carece de lastro normativo identificável. Todavia, em chave de caso concreto, admite-se uma derrotabilidade controlada, desde que rigorosamente parametrizada: exaurimento prévio das margens *intra legem*, interpretação conforme a Constituição para compatibilizar o mínimo legal com princípios constitucionais, fundamentação jurídica robusta, critérios objetivos de incidência e restrição explícita ao caso, sem pretensão de generalização. Nesse cenário, não se invalida a lei, mas se concretiza a norma de modo constitucionalmente adequado às singularidades fáticas, preservando a legalidade e a previsibilidade do sistema.

Em relação à hipótese, houve confirmação no que afirma que a “minorante inominada” configura, em essência, manifestação de derrotabilidade compatível com o modelo hartiano (evita resultados materialmente injustos em situações excepcionais). No entanto, houve rechaço parcial quando se pretendeu atribuir-lhe legitimidade sem recondução formal: à luz do garantismo, a técnica não é constitucionalmente legítima quando opera *extra legem*; somente pode sê-lo se submetida aos filtros e canais normativos próprios (no foco desta pesquisa, interpretação conforme no caso concreto, com motivação densamente controlável).

Registre-se, ainda, a coesão metodológica do trabalho com o referencial teórico: a estratégia hipotético-dedutiva, aliada à análise empírica de acórdãos contidos na dissertação base, mostrou-se adequada para testar a articulação Hart-Ferrajoli no terreno da dosimetria sancionatória. A base empírica ancorou a crítica teórica e evitou abstrações descoladas da prática; por sua vez, o quadro teórico impediu que a leitura dos dados derivasse para um casuísmo acrítico, oferecendo critérios de validação (legalidade, taxatividade, proporcionalidade, publicidade argumentativa) à interpretação dos resultados.

Como aportes finais à comunidade acadêmica e à prática jurisdicional, destacam-se: a) a definição da “minorante inominada” como efeito de segunda ordem decorrente da rigidez dos entendimentos STF/STJ, útil para a compreensão da dinâmica de surgimento e suas repercussões sistêmicas; b) a formulação de um modelo de “derrotabilidade controlada” no caso concreto, que permite temperar a pena mínima sem romper a legalidade; e c) a apresentação de um protocolo decisório apto a orientar decisões penais excepcionalíssimas, com salvaguardas dogmáticas contra o subjetivismo judicial. Em síntese, o artigo une teoria jurídica e prática penal, confirmando a utilidade explicativa da derrotabilidade de H. L. A. Hart, e reitera a centralidade dos freios garantistas de Luigi Ferrajoli. Com isso, constata-se que a legitimidade de soluções flexibilizadoras da pena mínima no caso concreto depende menos da criatividade decisória e mais do seu controle dogmático: a excepcionalidade desta

técnica decisória somente se justifica se vier acompanhada de princípios constitucionais com densidade normativa, argumentação jurídica robusta e justificação transparente alicerçada na verdade processual. Nesses termos, é possível proteger os direitos fundamentais sem abdicar da legalidade e da previsibilidade, preservando a coerência do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Código Penal Militar. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 158 da Repercussão Geral**: aplicação de atenuantes e impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal. Brasília, DF, 26 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 597.270 QO-RG**, Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, julgado em 26 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 231**: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Brasília, DF, 22 set. 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.869.764/MS**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Rel. para o Acórdão Min. Messod Azulay, Terceira Seção, Brasília, DF, 14 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação n. 0000015-78.2009.7.06.0006**. Rel. Min. Álvaro Luiz Pinto, Plenário, Brasília, DF, 16 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação n. 0000628-13.2019.7.00.0000**. Rel. Min. Carlos Vuyk de Aquino, Plenário, Brasília, DF, 13 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação n. 7000636-53.2020.7.00.0000**. Rel. Min. José Coelho Ferreira, Plenário, Brasília, DF, 17 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação n. 7000740-74.2022.7.00.0000**. Rel. Min. Carlos Vuyk de Aquino, Plenário, Brasília, DF, 18 mai. 2023.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

DOS SANTOS, M. A. A inconstitucionalidade da “minorante inominada” criada pelo Superior Tribunal Militar: *Revista Do Ministério Público Militar*. (2025), 52(47), 523–596.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

HART, H. L. A. **Positivism and the separation of law and morals**. Harvard Law Review, Cambridge, v. 71, p. 593-629, 1958.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**; traduzido por Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SCHLINK, Bernhard. **Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here?** Duke Journal of Comparative & International Law, v. 22, p. 291-301, 2012

SILVA, Diego Medeiros da. **A técnica decisória da “minorante inominada”: a (in)validade da flexibilização judicial da pena mínima**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Brasília, DF, 2025.