



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Análise jurisprudencial acerca da possibilidade de aplicação da pena provisória abaixo do
mínimo legal

Mariana Shimeni Bensi de Azevedo

Rio de Janeiro
2010

MARIANA SHIMENI BENSI DE AZEVEDO

Análise jurisprudencial acerca da possibilidade de aplicação da pena provisória abaixo do mínimo legal

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal.

Rio de Janeiro
2010

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA PROVISÓRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL

Mariana Shimeni Bensi de Azevedo

Bacharel em Direito pela Faculdade de
Direito de Campos. Advogada.

Resumo: O estudo aqui desenvolvido analisa o entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de uma circunstância atenuante influenciar na quantificação da pena quando a pena-base for fixada no mínimo legal. Discute-se o princípio da individualização da pena e seus contornos em relação ao entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, de que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena aquém do mínimo.

Palavras-chaves: Individualização; Pena; Atenuantes; Dosimetria; Súmula 231 do STJ

Sumário: Introdução. I. Aplicação da pena: o princípio da individualização da pena e o sistema trifásico de dosimetria. II. Decisões contrárias à pena provisória abaixo do mínimo legal. III. Decisões favoráveis à pena provisória abaixo do mínimo legal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca o princípio da individualização da pena, tema bastante discutido, tanto na doutrina, como na jurisprudência. Este princípio preceitua que a sanção penal deve ser adaptada ao réu.

Na aplicação da pena deve o juiz fundamentar o seu decreto condenatório, explicitando todos os elementos que o levaram àquela decisão e o influenciaram no juízo de certeza acerca da questão, por força cogente da Constituição da República Federativa do Brasil (artigo 93, inciso IX).

Atualmente, adota-se o sistema trifásico de dosimetria, como determina o artigo 68 do Código Penal.

A controvérsia se dá quando na primeira fase da dosimetria, a pena-base é fixada no mínimo legal. A dúvida gira em torno da possibilidade do reconhecimento e da aplicação de uma circunstância atenuante com a conseqüente fixação da pena provisória (segunda fase da dosimetria) aquém do mínimo legal.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 231, que prevê que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir nunca à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Diante desse panorama, far-se-á uma análise jurisprudencial acerca da aplicação da Súmula 231 do STJ, haja vista que há decisões afastando a súmula por violação ao princípio imposto no artigo 5º, XLVI da Carta Magna, isto é, o princípio da individualização da pena.

1. APLICAÇÃO DA PENA: O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O SISTEMA TRIFÁSICO DE DOSIMETRIA

Decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, o princípio da individualização da pena é direito fundamental - disposto no artigo 5º, XLVI da Carta Magna - e visa proteger o indivíduo de eventuais abusos do Estado, detentor do *jus puniendi*.

Busca-se a equidade aplicando a proporcionalidade entre os motivos que ensejaram a aplicação da pena e a pena efetivamente aplicada, de modo que a qualidade e a quantidade da pena variem de acordo com a personalidade do agente, o meio de execução etc.

Respeita-se, assim, as particularidades de cada agente e as circunstâncias da conduta praticada por este, tratando os desiguais de forma desigual, como preceitua o princípio da isonomia.

Para que o agente não se afaste do imperativo das regras jurídicas, são impostas sanções ou reprovações estatais àqueles que as violem, de forma que sirva de reprovação do delito praticado com vistas à prevenção geral - desestímulo à prática de crimes, “exemplo” aos demais - e à prevenção especial - ressocializando o condenado¹.

A aplicação da pena pelo Estado é a expressão de tais sanções e repressões, e, por isso, se mostra de extrema relevância no campo do direito penal e processual penal.

A reforma da Parte Geral do Código Penal acolheu o sistema trifásico de dosimetria da pena, consagrado em seu artigo 68, “também chamado método de Nelson Hungria (em oposição ao método das duas fases de Roberto Lyra)²”.

A primeira fase está prevista no artigo 59 do Código Penal. São as chamadas circunstâncias judiciais, isto é, “dados ou fatos que estão ao redor do crime, mas cuja ausência não exclui o tipo penal, pois não lhe são essenciais, embora interfiram na pena³”.

As circunstâncias judiciais podem ser de natureza subjetiva (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos) ou de natureza objetiva (circunstâncias, conseqüências do crime e comportamento da vítima).

Fixa-se, então, a pena-base, que deve situar-se, necessariamente, dentro dos limites típicos, ou seja, entre o máximo e o mínimo previstos como pena abstrata para determinada conduta, como determina o artigo 59, inciso II do Código Penal. O ponto de partida da pena base é o mínimo legal e o magistrado deve fundamentar cada fator, haja vista que o réu tem o

¹ DELMANTO, Celso. et al. Código penal comentado. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 185.

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

direito de saber as razões pelas quais o juiz graduou determinada pena, conforme prevê o artigo 93, inciso IX da Lei Maior.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que a simples referência ao artigo 59 do Código Penal não supre a exigência, de forma que “referências vagas e dados não explicitados não constituem fundamentação objetiva imprescindível”⁴.

Na segunda fase recaem as circunstâncias legais – agravantes (artigo 61 do Código Penal) e atenuantes (artigo 65 e 66 do Código Penal) – sobre a pena-base. As circunstâncias legais são dados ou fatos, de caráter objetivo ou subjetivo, que estão ao redor do crime e servem para expressar uma menor culpabilidade e, conseqüentemente, atenuar a pena, sem interferir no tipo.

Dessa forma, o juiz aumentará ou diminuirá, a partir da pena-base, a pena. Não há limites especificados na lei para o aumento ou diminuição, devendo o juiz adequá-los ao caso concreto de acordo com o entendimento próprio. Fixa-se a pena provisória.

E, por fim, na terceira fase, incidem as causas de aumento ou diminuição sobre a pena apurada na segunda fase, fixando-se a pena definitiva⁵. É pacífico na doutrina e jurisprudência que a incidência das causas especiais pode acarretar a fixação da pena definitiva abaixo ou acima do mínimo previsto na lei repressiva, uma vez que o legislador determinou o *quantum* – fixo ou variável - a ser diminuído

II. DECISÕES CONTRÁRIAS À PENA PROVISÓRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL

⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº. 45.849/PE. Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 27/03/2006.

⁵ Há autores, como Celso Delmanto, que afirmam a existência de uma quarta fase, em que há fixação do regime inicial de cumprimento de pena – se for pena privativa de liberdade, e exame acerca da possibilidade de concessão do *sursis*.

O mais antigo precedente citado no inteiro teor da Súmula 231 do STJ é o Recurso Especial nº. 7.287/RS⁶, de 1991, da relatoria do Ministro William Patterson. Leciona o E. Ministro que jamais foi permitido pelo ordenamento estabelecer pena inferior ao mínimo ou superior ao máximo legal cominado.

O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro dá relevante contribuição ao afirmar que a pena é cominada em lei por garantia, tanto da defesa, quanto da acusação, de forma que não pode ser alterada pelo juiz e este só poderá flexibilizar a quantidade da pena dentro dos limites legais⁷.

A redução aquém do mínimo violaria o princípio da legalidade, uma vez que, inexistindo limite para a quantidade de diminuição, como ocorre nas causas de aumento e diminuição de pena, há necessidade de se estabelecer um limite para a discricionariedade do juiz, ou seja, os parâmetros de pena mínima e máxima cominados em abstrato para o tipo.

No mesmo sentido, Heleno Cláudio Fragoso: “Ao impor a pena, o magistrado deve fazê-lo dentro dos limites legais, não podendo ir além do máximo nem fixá-la aquém do mínimo⁸”.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, há decisão ainda mais remota, de 1989, em que se afirma igualmente que o mínimo legal cominado à pena deve ser respeitado. Segundo Heleno Fragoso, “as circunstâncias legais atenuantes são de aplicação obrigatória. Elas atuam diminuindo a reprovabilidade da ação e, pois, a culpabilidade. Não pode, porém, a pena ser diminuída abaixo do mínimo da escala legal⁹”.

⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 7.287/RS. Rel. Min. William Patterson. Julgado em 16/04/1991.

⁷ *Ibid.*

⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio *apud* BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 1.031.793/RS. Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em: 05/10/2010.

⁹ FRAGOSO, Heleno *apud* BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. [0005829-46.1989.8.19.0000 \(1989.050.00248\)](#). Rel. Des. Enéas Cotta. Julgado em: 22/08/1989.

É, também, o entendimento do mestre Júlio Fabrini Mirabete:

Ao contrário do concurso de diminuição da pena, porém, não se permite, com o reconhecimento das atenuantes, a redução da pena abaixo do mínimo permitido na lei¹⁰.

Uma característica fundamental das circunstâncias judiciais atenuantes e agravantes é a de não poder servir para a transposição dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente cominada. Assim, a presença de atenuantes não pode levar a aplicação abaixo do mínimo, nem a de agravantes acima do máximo¹¹.

Em uma das decisões mais relevantes sobre o tema, o Recurso Especial 146.056/RS¹², o Relator, Min. Felix Fischer, enumera uma série de argumentos pelos quais entende pela não aplicação das circunstâncias atenuantes quando a pena já está fixada no mínimo legal.

Inicialmente, sustenta que os artigos 59, 67 e 68 perderiam a razão de ser e, principalmente, se o estatuto repressivo indica um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito, não haveria motivos para aplicação das atenuantes ao fito de se chegar a uma pena abaixo da prevista pelo legislador.

Argumenta que, caso se admitisse a redução da pena a valores abaixo do mínimo, não haveria um limite fixado, chegando-se ao absurdo de uma “pena zero” que, por óbvio, não foi a intenção do legislador.

Acrescenta que não há que se falar em injustiça ou absurdo jurídico na hipótese de concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, uma vez que a aplicação da pena não pode ser produto de competição entre os réus ou delinqüentes.

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabrini *apud* BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Criminal nº. 70008559429. Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton. Julgamento em: 16/03/2005.

¹¹ MIRABETE, Júlio Fabrini *apud* BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 1.031.793/RS. Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em: 05/10/2010.

¹² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 146.056/RS. Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 16/04/1991.

Por fim, sustenta que a expressão “sempre atenuam” do artigo 67 do Código Penal não pode ser levada a extremos, devendo ser interpretada com restrições, isto é, sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, em razão de ser esse o limite mínimo de reprovação do tipo. Seria, pois, incompatível com o princípio da legalidade formal, como leciona Alberto Silva Franco, que merece ser transcrito:

O entendimento de que o legislador de 84 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que a pena, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos “segundos códigos” do magistrado.¹³

Alerta, ainda, o mesmo autor que seguir esse entendimento faria com que as agravantes e atenuantes tivessem maior relevância punitiva que os elementos da estrutura típica. Isso porque, o juiz está limitado à quantificação determinada em cada tipo, enquanto nas circunstâncias acidentais seria possível a discricionariedade quantitativa do juiz.

Outrossim, não parece ter sido a *mens legis* estabelecer diferença entre as circunstâncias legais e as causas de aumento e diminuição, tendo para estas limites determinados, enquanto para aquelas, não se teria limite punitivo.

No mesmo sentido, o Desembargador Rel. Marco Aurélio Bellizze, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assevera que, como não há parâmetros para a diminuição, acabaria ocorrendo a abolição das penas mínimas cominadas, deixando ao juiz, aplicador da lei, poder que é atribuído constitucional ao legislador, isto é, o de fixar as sanções penais em abstrato.¹⁴

¹³ FRANCO, Alberto S. *apud* BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 146.056/RS. Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 16/04/1991.

¹⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 0004965-94.2007.8.19.0026 (2009.050.06810). Rel. Des. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 24/03/2010.

Já o Min. Vicente Cernicchiaro, no Recurso Especial 32.344/PR¹⁵, acentua que não se pode confundir a cominação *in abstracto* com a efetiva aplicação *in concreto* da pena. Por isto, a atenuante distingue-se da causa especial de diminuição de pena, uma vez que aquela enseja ao Juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base, enquanto esta, conduz a grau menor porque o legislador afetou o *quantum* da cominação.

Reconhecendo a ocorrência de repercussão geral a essa questão, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a sua jurisprudência¹⁶, no sentido de impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo.

Aduz-se que as atenuantes sempre serão levadas em consideração, como preceitua o artigo 65 do Código Penal, contudo, pode ocorrer que nenhum impacto tenha na fixação da pena, se esta já estiver fixada no mínimo legal.

Ademais, citando o exemplo da confissão, ressalta-se que esta pode até mesmo nem ser verdadeira, uma vez que o agente pode confessar um ato que não tenha cometido e, por si, não fundamenta o juízo condenatório. Logo, a atenuante deve ser ponderada junto com outros fatores do processo, mas não pode ser decisiva para redução da pena aquém do mínimo cominado, sob pena de deixar a cada juiz a definição da pena para cada crime.

Ainda sob o prisma do Supremo Tribunal Federal, o Min. Carlos Britto, para cimentar a discussão, transcreve o conceito de Guilherme Nucci a respeito das atenuantes¹⁷:

Conceito de atenuantes: são circunstâncias de caráter objetivo ou subjetivo, que servem para expressar uma menor culpabilidade, sem qualquer ligação com a tipicidade, devendo o juiz diminuir a pena dentro do mínimo e do máximo, em abstracto, previstos pela lei. Portanto, por maior que seja o número de atenuantes presentes, não há possibilidade de se romper o piso estabelecido no tipo penal.

¹⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 32.344/PR. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro. Julgado em: 06/04/1993.

¹⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº. 597270. Repercussão Geral - Questão de Ordem. Rel. Min. Cezar Peluzo. Julgado em: 26/03/2009.

¹⁷ NUCCI, Guilherme *apud* BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº. 94.552/RS. Rel. Min. Carlos Britto. Julgado em: 14/10/2008.

E o Min. Ricardo Lewandowski¹⁸ ressalta o fato de que o artigo 67 do Código Penal dá abrigo ao entendimento afirmado, uma vez que:

No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do **limite** indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência¹⁹.

Acrescenta que “quando presentes todos os elementos típicos na conduta, a aplicação de uma sanção abaixo do mínimo legal leva, à evidência, ao enfraquecimento da pena quanto a uma de suas funções, qual seja a de prevenção negativa²⁰”.

O viés da prevenção, segundo Lewandowski, é comando legal estabelecido no artigo 59 do Código Penal, uma vez que estabelece que compete ao juiz fixar a sanção “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Percebe-se, pois, que após a publicação da Súmula 231 pelo Superior Tribunal de Justiça, em 15/10/1999, as decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do Superior Tribunal de Justiça e até mesmo do Supremo Tribunal Federal entraram em uma zona de conforto, com aplicação puramente objetiva da Súmula, adotando-se o pensamento tradicional sem qualquer fundamentação.

A fixação da pena-base no mínimo legal e a existência de circunstância atenuante que seria apta a diminuir a pena aquém do mínimo seriam os requisitos objetivos para aplicação da supracitada súmula.

Desta forma, algumas decisões sequer analisam a existência ou não de determinada atenuante, aplicando desde logo a Súmula 231 do STJ, uma vez que seria inútil reconhecer

¹⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº. 94.234. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 20/05/2008.

¹⁹ Artigo 67 do Código Penal.

²⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº. 94.234. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 20/05/2008.

uma atenuante se esse reconhecimento em nada influenciará na aplicação da pena: “Fixadas as penas no mínimo legal, torna-se desinfluyente militar em prol dos acusados a atenuante da confissão espontânea, bem como a menoridade de um deles, pois não podem ser reduzidas abaixo do patamar inferior (Súmula nº. 231, do Eg. STJ)”²¹.

Alega-se que, “tecnicamente, o que ocorre é que, fixada a pena-base no mínimo legal – como deve ser, se favoráveis todos os critérios de individualização do art. 59 – a consequência é a irrelevância das atenuantes legais”²².

III. DECISÕES FAVORÁVEIS À PENA PROVISÓRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL

Muito embora a maioria da jurisprudência entenda que as atenuantes não permitem a redução da pena abaixo do mínimo previsto em lei, com a edição, inclusive, da Súmula 231 do STJ, é certo que há uma vertente que vem afastando a aplicação da Súmula.

Há decisão no STJ, datada de 1998, pouco antes da edição da Súmula 231, em que a pena foi reduzida aquém do mínimo legal. O caso tratava de circunstância atenuante reconhecida pelo Tribunal do Júri:

Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (C.P., art. 65, III, d). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significaria desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina ponderar todas as circunstâncias do crime²³.

²¹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 0099/00-50. Rel. Des. Sérgio Túlio Vieira. Julgado em: 11/05/2000.

²² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº. 76.845-8/RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 24/03/1998.

²³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 151.837. Rel. para acórdão Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em: 28/05/1998.

Como afirma o Desembargador Cairo Ítalo França David²⁴, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Não há dúvidas de que existem diferenças entre as causas de diminuição de pena e as atenuantes, mas, por conta destas distinções, é lícito concluirmos, como o faz a Súmula 231 do STJ, que as atenuantes não possuem jamais o condão de reduzir a sanção aquém do mínimo legal?

Discute-se se a edição da Súmula 231 do STJ deu-se a partir da interpretação da antiga Parte Geral do Código Penal, em que havia expressa determinação de que a fixação da pena, no que tange à análise das circunstâncias, deveria se dar dentro dos limites legais:

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:
I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;
II - fixar, **dentro dos limites legais**, a quantidade da pena aplicável²⁵.

A expressão vedação à extrapolação dos limites se dava em razão da adoção do sistema bifásico, em que a análise das circunstâncias judiciais favoráveis e as atenuantes e agravantes era feita em um mesmo momento, ou seja, na primeira fase, fixando-se a pena-base. Na segunda fase haveria incidência das causas de aumento e diminuição da pena, momento em que a pena poderia extrapolar os limites cominados na lei²⁶.

A referência aos limites foi mantida após a reforma de 1984, porém, somente no que tange ao artigo 59 do Código Penal²⁷, não havendo mais qualquer limite estabelecido a respeito da pena com a incidência das circunstâncias atenuantes e agravantes²⁸.

²⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Embargos de Declaração na Apelação nº. 2009.050.04339. Rel. Des. Cairo Ítalo França David. Julgado em: 11/03/2010.

²⁵ Texto revogado pela reforma ocorrida em 1984 da Parte Geral do Código Penal.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. Atenuantes podem reduzir pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-set-29/sumula_stj_conflito_direito_vigente. Acessado em: 10 de nov. de 2010.

²⁷ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...] II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos [...]

Outrossim, o legislador consagrou no artigo 68 do Código Penal o sistema trifásico de dosimetria da pena²⁹, com a nítida separação entre a fixação da pena-base e a pena provisória (respectivamente primeira e segunda fase da dosimetria) e o comando do supracitado artigo é de aplicação do artigo 59 do Código Penal “somente na primeira fase, isto é, no momento de se concretizar a pena-base”³⁰.

A omissão do legislador no que tange ao limite da pena quando incidem as circunstâncias atenuantes e agravantes, portanto, deixa margem ao entendimento acima exposto de que somente a pena-base sofrerá a limitação, não podendo fugir dos parâmetros legais.

Caso fosse a intenção do legislador determinar a imposição dos limites das penas cominadas em abstrato na segunda fase da dosimetria da pena, assim deixaria expresso, como era no revogado artigo 42 do Código Penal supracitado e como deixou bem claro no artigo 73 do Código Penal Militar³¹.

Depreende-se, portanto, que não há vedação legal à aplicação das atenuantes, não havendo nenhum dispositivo que estabeleça expressamente, em obediência do princípio da legalidade, a proibição das circunstâncias atenuantes a conduzir a pena aquém do mínimo legal.

²⁸ GOMES, Luiz Flávio. Atenuantes podem reduzir pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-set-29/sumula_stj_conflito_direito_vigente. Acessado em: 10 de nov. de 2010.

²⁹ Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. Atenuantes podem reduzir pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-set-29/sumula_stj_conflito_direito_vigente. Acessado em: 10 de nov. de 2010.

³¹ Art. 73 - Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime.

Ao revés, o que se tem é mandamento legal pela aplicação das atenuantes, não havendo nenhuma restrição, haja vista que o artigo 65 do Código Penal é expresso no sentido de que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”.

Por tal razão, afirmam alguns autores que a aplicação do entendimento constante da Súmula 231 do STJ é *contra legem*:

Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona a sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal.

[...]

Por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude de existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?³²

Como é sabido, pelo princípio máximo da hermenêutica jurídica, onde o legislador não restringiu, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Na doutrina, Luiz Flávio Gomes alerta que:

Reconhecendo tudo isso, o projeto de reforma do Código Penal que está no Congresso Nacional, em seu art. 68-A diz: "Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, o juiz, observado o critério do art. 59, e havendo desproporcionalidade entre a pena mínima cominada e o fato concreto, poderá, fundamentadamente, reduzir a pena de um sexto até metade".

No direito futuro, como se vê, a questão ficará cristalinamente delineada. Com a vantagem de o juiz ter um limite (de atenuação) previamente definido, o que espanta o fantasma da "pena zero"³³.

O Desembargador Geraldo Prado, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assevera que havendo culpabilidade atenuada e presença de mais de uma atenuante, há autorização

³² GRECO, Rogério *apud* PEREIRA, Geraldo Lopes. (Im)possibilidade de fixação da pena aquém do mínimo legal na segunda fase de sua aplicação. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/8056/303O_1_%29.pdf . Acesso em: 10 de nov. de 2010.

³³ GOMES, Luiz Flávio. Atenuantes podem reduzir pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-set-29/sumula_stj_conflito_direito_vigente. Acessado em: 10 de nov. de 2010.

para, com base na proporcionalidade, reduzir a pena-base a patamar inferior ao mínimo legal³⁴.

Afirma que a culpabilidade está diretamente ligada à reprovabilidade e não há reprovação a uma conduta em que não se poderia exigir do agente outra forma de ação. Essa exigência, por outro lado, “sempre depende das circunstâncias e, portanto, é um conceito graduável: ainda quando se possa exigir de um sujeito outra conduta, sempre se lhe poderá exigir mais ou menos, segundo as circunstâncias do caso”³⁵.

Estabelece-se, assim, maior ou menor grau de reprovabilidade e, via de consequência, intensidades distintas de culpabilidade.

Desta forma, “o princípio da individualização da pena (artigo 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República) encontra espaço e impõe a aplicação da sanção penal proporcionalmente ao grau de culpabilidade revelado pelo acusado”³⁶.

No mesmo sentido é o entendimento do Min. Vicente Leal, no Recurso Especial nº. 424.179/RS³⁷, de 13/08/2002:

É que o nosso Código Penal, ao dispor sobre tal princípio [da individualização da pena], estabelece regras de precioso alcance, que conferem relevância ao agente do crime, às características do fato e suas consequências, à situação da vítima, enfim, a todas as circunstâncias do delito, de modo a que a pena imposta atenda a sua finalidade, na linha filosófica do sistema, que concebe a sanção penal como remédio jurídico de duplo alcance: **reprovação** e **prevenção do crime**. E na busca desse ideal merece relevo em outro princípio que ao primeiro se encontra estreitamente vinculado: o da **proporcionalidade**, que recomenda ao

³⁴ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 2009.050.00419. Rel. Des. Geraldo Prado. Julgado em: 21/01/2010.

³⁵ ZAFFARONI, E. Raúl e PIERANGELI, José Henrique *apud* BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 2009.050.00419. Rel. Des. Geraldo Prado. Julgado em: 21/01/2010.

³⁶ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 2009.050.00419. Rel. Des. Geraldo Prado. Julgado em: 21/01/2010.

³⁷ BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 424.179/RS. Rel. Min. Vicente Leal. Julgado em: 13/08/2002.

Juiz, ao fixar a pena, mensurar cuidadosamente as condições pertinentes ao acusado e ao delito, de modo a aplicar a adequada e justa sanção³⁸.

Pensar de outra forma, como afirma Celso Delmanto, acabaria por desvalorizar “atenuantes de primeira grandeza como a menoridade e a confissão, desestimulando esta última”³⁹, fazendo com que a culpabilidade seja figurante no quantitativo da repressão estatal.

Afirma, porém, que a Súmula 231 do STJ deve prevalecer nas situações normais, em que a culpabilidade do agente é ordinária. Jamais, contudo, nos casos em que ela se mostre extraordinariamente diminuída.

É a situação excepcional que permite o afastamento do entendimento consolidado, conforme orientação do Ministro Eros Grau: “Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e, como observa Carl Schmitt, as normas só valem para as situações normais. A normalidade da situação que pressupõem é um elemento básico do seu ‘valer’”⁴⁰.

É certo que até mesmo o princípio da legalidade pode ser mitigado diante do princípio da individualização da pena, sob pena de se criar um sistema de penas fixas, como afirma Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

A aplicação da pena ao caso concreto não se encontra orientada apenas pelo princípio da legalidade. Ao contrário, neste momento de aplicação do direito ao fato histórico, cabe ao intérprete da lei adequar a pena a este; significa que o órgão julgador deve promover a individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) a partir de situações de fato apuradas, referentes à gravidade do fato e à culpabilidade do agente⁴¹.

³⁸ Muito embora a decisão final do Recurso Especial tenha sido no sentido de aplicação irrestrita da Súmula 231 do STJ, por entendimento de que a questão resta superada após a edição da Súmula, o Ministro Relator deixa consignado a sua posição contrária.

³⁹ DELMANTO, Celso. et al. Código penal comentado. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 213.

⁴⁰ GRAU, Eros *apud* BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 2009.050.00419. TJRJ. Rel. Des. Geraldo Prado. Julgado em: 21/01/2010.

⁴¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Apud* BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 2008.050.05964. Rel. Des. Geraldo Prado. Julgado em: 25/11/2009.

De fato, é certo que “o legislador fornece o metro do comum das coisas. O Juiz considera as particularidades do fato. Caso uma circunstância relevante agaste-o do comum, o magistrado deverá adaptar a medida ao caso concreto. Tarefa excepcional, sem dúvida, mas realística”⁴².

Percebe-se, pois, que a influência da circunstância atenuante sobre a quantidade da pena é “um direito do acusado”⁴³, para que o sancionamento respeite, assim, a sua individualidade.

Outrossim, a aplicação de entendimento contrário seria admitir “interpretação restritiva contra o infrator, o que não é concebível”⁴⁴, uma vez que o direito penal envolve “regras sanções que afetam o direito de liberdade”⁴⁵, devendo a sua interpretação ser sempre direcionada no sentido de proteger o réu.

Ratificando tal entendimento, Juarez Cirino dos Santos leciona que:

[...] a proibição de reduzir a pena abaixo do limite mínimo cominado, na hipótese de circunstâncias atenuantes obrigatórias, constitui analogia *in malam partem*, fundada na proibição de circunstâncias agravantes excederem o limite máximo da pena cominada – precisamente aquele processo de integração do Direito Penal proibido pelo princípio da legalidade⁴⁶.

⁴² BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 68.120-0/MG. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em: 16/09/1996.

⁴³ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Criminal nº. 70008559429. Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton. Julgamento em: 16/03/2005.

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. Atenuantes podem reduzir pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-set-29/sumula_stj_conflito_direito_vigente. Acessado em: 10 de nov. de 2010.

⁴⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 424.179/RS. Rel. Min. Vicente Leal. Julgado em: 13/08/2002.

⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino *apud* PEREIRA, Geraldo Lopes. (Im)possibilidade de fixação da pena aquém do mínimo legal na segunda fase de sua aplicação. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/8056/303O_1_%29.pdf. Acesso em: 10 de nov. de 2010.

Essa analogia *in malam partem* é explicada no sentido de que “usa-se contra o réu na segunda fase da aplicação da pena os mesmos critérios da primeira”⁴⁷.

Em contrapartida, conforme explicitado, as decisões judiciais se fundamentam basicamente na aplicação irrestrita da Súmula 231 do STJ, muitas vezes sem sequer adentrar no mérito acerca do reconhecimento da circunstância atenuante, deixando de analisar, por isso, eventuais circunstâncias excepcionais que poderiam influenciar na fixação da pena.

Viola-se, assim, comando constitucional importantíssimo, o da fundamentação das decisões de que trata o artigo 93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil, que não admite exceções:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Como se sabe, é da “essência do sistema trifásico exigir a reprovação necessária e absolutamente adequada para cada fase da dosimetria”⁴⁸, devendo, portanto, ser analisada cada circunstância para se individualizar corretamente a pena.

Não pode o julgador, a despeito do mandamento constitucional, ignorar a existência de circunstância que atenuaria a pena do réu a pretexto da utilização da Súmula.

Agir assim levaria o magistrado ao absurdo de advertir o réu no interrogatório que eventual confissão só lhe será benéfica caso não incida nenhuma circunstância judicial de que

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. Atenuantes podem reduzir pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-set-29/sumula_stj_conflito_direito_vigente. Acessado em: 10 de nov. de 2010.

⁴⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n.º. 100.639/MS. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 18/05/2010.

trata o artigo 59 do Código Penal e, assim, eleve a pena-base acima do mínimo, sob pena de induzir o agente a erro.

A regra, repita-se, deve ser aplicada às situações ordinárias, devendo ser afastada ou flexibilizada diante de situações excepcionais. Todavia, para a verificação da existência de situações extraordinárias é necessário que se faça a análise acerca do reconhecimento, ou não, da circunstância.

O Desembargador Geraldo Prado propõe, ainda, ao fito de não se tornar a tarefa do aplicador da lei arbitrária, um parâmetro de fixação:

Assim, toma-se por parâmetro máximo a fração de um sexto, eleita pelo legislador como o limite mínimo para aumentos de pena que em verdade visam atenuar a sanção imposta nas hipóteses de concurso de crimes (artigos 70 e 71 do Código Penal).

Tal escolha não é aleatória: funda-se no fato de que a previsão de pena menos gravosa para casos em que se configuram tais figuras jurídicas decorre do reconhecimento da reduzida culpabilidade do agente, revelada pela unidade no elemento subjetivo⁴⁹.

Insta consignar que o entendimento contrário, apesar de sumulado, não é vinculante aos magistrados, não podendo engessar as decisões judiciais e tampouco eximi-las de fundamentação.

CONCLUSÃO

O ensaio aqui proposto mostrou em linhas gerais a posição jurisprudencial acerca da possibilidade da redução da pena aquém do mínimo na segunda fase da dosimetria da pena,

⁴⁹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 2009.050.00419. TJRJ. Rel. Des. Geraldo Prado. Julgado em: 21/01/2010.

isto é, se é possível a incidência das circunstâncias atenuantes quando a pena-base for fixada no mínimo legal.

Há duas vertentes bem delineadas acerca do tema.

A maioria jurisprudencial entende pela impossibilidade da redução da pena aquém do mínimo cominado, com a edição, inclusive, da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça que versa sobre o assunto: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

Afirma-se que se o legislador indicou um mínimo e máximo de pena àquela conduta, não pode o juiz arbitrariamente se afastar dos parâmetros estabelecidos. Reduzindo-se a pena a valores abaixo do mínimo poder-se-ia chegar ao absurdo de uma “pena zero”.

Ademais, a expressão “sempre atenuam” de que trata o artigo 67 do Código Penal deve ser interpretada com restrições, isto é, sempre atenuam, desde que a pena-base não seja fixado no mínimo, em razão de ser esse o limite para reprovação do tipo.

Por outro lado, há forte, porém minoritária, principalmente em razão da edição da supracitada súmula, vertente no sentido de possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal.

Entende-se que há violação ao princípio da individualização da pena, uma vez que as particularidades daquele agente e da conduta por ele praticada são simplesmente ignoradas com a aplicação da súmula, padronizando-se a pena.

Ademais, sustenta-se que o princípio da legalidade não permite a limitação pretendida pela súmula, haja vista que não existe previsão legal nesse sentido, tampouco vedação legal à fixação da pena abaixo do mínimo.

Outrossim, verifica-se a ocorrência de interpretação restritiva contra o réu, onde o legislador em momento algum restringiu, não cabendo, portanto, ao intérprete fazê-lo.

Por todo exposto, conclui-se que a melhor interpretação é no sentido de aplicação do entendimento sumulado nos casos ordinários. Contudo, com restrições e mitigações diante do caso concreto.

Havendo alguma circunstância especial que afaste a conduta ou o agente da regra, a Súmula não pode ser a ele aplicada, sob pena de violação flagrante ao princípio da individualização da pena.

Em razão disso, patente esclarecer a necessidade, em qualquer caso, de adentrar no mérito do reconhecimento da circunstância atenuante e, a partir daí, analisar se há possibilidade de se afastar a aplicação da Súmula 231 do STJ no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº. 100.639/MS. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em: 18/05/2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº. 45.849/PE. Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 27/03/2006.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 1.031.793/RS. Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em: 05/10/2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 146.056/RS. Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 16/04/1991.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 151.837. Rel. para acórdão Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em: 28/05/1998.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 32.344/PR. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro. Julgado em: 06/04/1993.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 424.179/RS. Rel. Min. Vicente Leal. Julgado em: 13/08/2002.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 68.120-0/MG. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em: 16/09/1996.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 7.287/RS. Rel. Min. William Patterson. Julgado em 16/04/1991.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº. 76.845-8/RS. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 24/03/1998.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº. 94.234. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 20/05/2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº. 94.552/RS. Rel. Min. Carlos Britto. Julgado em: 14/10/2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº. 597270. Repercussão Geral - Questão de Ordem. Rel. Min. Cezar Peluzo. Julgado em: 26/03/2009.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 0004965-94.2007.8.19.0026 (2009.050.06810). Rel. Des. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 24/03/2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 0005829-46.1989.8.19.0000 (1989.050.00248). Rel. Des. Enéas Cotta. Julgado em: 22/08/1989.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 0099/00-50. Rel. Des. Sérgio Túlio Vieira. Julgado em: 11/05/2000.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 2008.050.05964. Rel. Des. Geraldo Prado. Julgado em: 25/11/2009.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Criminal nº. 2009.050.00419. Rel. Des. Geraldo Prado. Julgado em: 21/01/2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Embargos de Declaração na Apelação nº. 2009.050.04339. Rel. Des. Cairo Ítalo França David. Julgado em: 11/03/2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Criminal nº. 70008559429. Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton. Julgamento em: 16/03/2005.

DELMANTO, Celso. et al. Código penal comentado. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 185.

GOMES, Luiz Flávio. Atenuantes podem reduzir pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2002-set-29/sumula_stj_conflito_direito_vigente. Acessado em: 10 de março de 2010.

PEREIRA, Geraldo Lopes. (Im)possibilidade de fixação da pena aquém do mínimo legal na segunda fase de sua aplicação. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/8056/303O_1_%29.pdf . Acesso em: 10 de nov. de 2010.