



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Possibilidade de Redução da Pena Base para Aquém do Mínimo Legal com a Incidência das Circunstâncias Atenuantes

Marília Pires Vieira

Rio de Janeiro
2015

MARÍLIA PIRES VIEIRA

A Possibilidade de Redução da Pena Base para Aquém do Mínimo Legal com a Incidência das Circunstâncias Atenuantes

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2015

A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA BASE PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL COM A INCIDÊNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES

Marília Pires Vieira

Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo: Com a crescente importância que se tem dado à pena privativa de liberdade, torna-se primordial reafirmar a necessidade de estrita observância aos critérios legais de aplicação da pena, com vistas a garantir que a pena justa seja aplicada. Com efeito, o Estado Democrático de Direito vigente impõe o máximo de tutela ao bem jurídico mais importante dos dias atuais, qual seja, a liberdade. Não obstante, diante da vedação estatuída pela Súmula n. 213 do STJ, conclui-se que essa pena justa não está sendo efetivamente alcançada. Assim, a essência do trabalho é analisar os argumentos que sustentam a tese do referido verbete, demonstrando que eles não merecem ser acolhidos.

Palavras-chave: Direito Penal. Circunstâncias atenuantes. Mínimo legal. Pena provisória. Dosimetria. Individualização da pena. Súmula n. 231 do STJ.

Sumário: Introdução. 1. Interpretação do Art. 48, Parágrafo Único do Código Penal com Redação Anterior à Lei n. 7.209/84 e do Art. 59 do Anteprojeto do Código Penal de 1969 Frente ao Art. 59 do Código Penal Vigente. 2. Observância à Fase de Individualização Legislativa, ao Sistema da Relativa Determinação e ao Princípio da Legalidade Estrita. 3. A Ausência de Risco de se Chegar à Pena Zero. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca, no âmbito da aplicação da pena privativa de liberdade, a temática da possibilidade de redução da pena base para aquém do mínimo legal pela incidência das circunstâncias atenuantes. É que a vedação a essa possibilidade, introduzida pela Súmula n. 231 do STJ, tem um reflexo direto na satisfação do princípio da individualização da pena e no alcance da pena justa, o que viola frontalmente a Constituição Federal e produz situações de desigualdade.

Com efeito, em virtude da importância cada vez maior que vem sendo dada à pena de prisão, é imperioso que os critérios legais de sua aplicação sejam observados, pois que são eles que irão permitir que os fins da pena sejam efetivamente cumpridos e que a pena seja aplicada na exata medida da conduta praticada.

Não obstante, não é isso que vem ocorrendo. Diante de uma situação em que dois réus cometeram o mesmo crime, sendo que um deles é primário, tem todas as circunstâncias judiciais favoráveis e confessou o delito, ao passo que o outro é tecnicamente primário, tem maus antecedentes, mas também confessou o mesmo crime, ambos terão a mesma pena provisória, já que o primeiro réu não poderá se beneficiar da circunstância atenuante da confissão em razão da Súmula n. 231 do STJ.

Nesse contexto, pretende-se discutir e rebater os diferentes argumentos que sustentam a vedação em tela, demonstrando-se que eles não se justificam. Para tanto, será utilizada a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

Ao longo do artigo, será analisado se o art. 59 do atual Código Penal deve ser interpretado na mesma esteira do art. 48, parágrafo único do Código Penal com redação anterior à Lei n. 7.209/84 e do art. 59 do Anteprojeto do Código Penal de 1969; se há descumprimento à fase de individualização legislativa do princípio da individualização da pena e ao sistema da relativa determinação ou, ao contrário, se há observância ao princípio da legalidade estrita; e se haveria risco de se chegar à pena zero.

Dessa forma, objetiva-se mostrar que houve uma mudança de entendimento do legislador com a reforma penal de 1984 e que, por isso, não há qualquer violação à fase de individualização legislativa ou ao sistema da relativa determinação e, tampouco, o risco de se chegar à pena zero. Há, na verdade, estrito cumprimento da garantia fundamental da individualização da pena e do princípio da legalidade estrita, o que se coaduna com o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

1. A INTERPRETAÇÃO DO ART. 48, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO PENAL COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 7.209/84 E DO ART. 59 DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL DE 1969 FRENTE AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL VIGENTE

No REsp 146.056/RS¹, que foi um dos precedentes originários da Súmula n. 231 do STJ², o Ministro Félix Fischer usou como argumento à impossibilidade de fixação da pena intermediária abaixo dos limites legais o fato de esse entendimento, desde 1940, nunca ter predominado. Em que pese isso ser verdadeiro, hoje, não se pode mais pensar assim.

Antes da reforma penal promovida pela Lei n. 7.209/84³, o art. 42, inc. II e o 48, parágrafo único do Código Penal⁴ assim estabeleciam:

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 aplicável.

Circunstâncias atenuantes

Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

Atenuação especial da pena

Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, *não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido* [sem grifos no original].

Pela redação desses artigos, pode-se perceber que havia um limite à aplicação das circunstâncias atenuantes, o que se justificava pelo sistema bifásico de aplicação de pena de Roberto Lyra que vigia à época. Por esse sistema, as circunstâncias judiciais e as

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 146056. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=146056&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 4 out. 2014.

² Súmula 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (BRASIL. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de 22 de setembro de 1999. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20'231'\).sub.>](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20'231').sub.>). Acesso em: 14 set. 2014.)

³ BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

⁴ BRASIL. Código Penal de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

circunstâncias legais eram analisadas na primeira etapa, que culminava na pena-base, e as causas de aumento e de diminuição eram analisadas na segunda etapa, chegando-se à pena definitiva.

Dessa forma, resta evidente que a presente discussão não era cabível à época, já que a limitação imposta à pena-base também alcançava as circunstâncias legais. Nesse sentido, narra Dionísio Garcia⁵:

Antes da reforma penal de 1984 era indiscutível na doutrina e na jurisprudência que as circunstâncias atenuantes e agravantes não tinham força de fazer ultrapassar a pena para aquém do mínimo, ou para além do máximo. Isto significava que, se na cominação mínima foi prefixada a pena-base, atendidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a existência de somente circunstâncias atenuantes era inoperante; de modo inverso, se, além de circunstâncias judiciais contrárias ao réu, só circunstâncias agravantes fossem apuradas, estas seriam irrelevantes se a pena-base tivesse sido fixada na quantidade máxima [...]

Além disso, não se pode esquecer que o referido art. 48, parágrafo único do Código Penal⁶ previa apenas uma hipótese em que a pena não poderia ser reduzida para aquém do mínimo, qual seja, se o agente quis participar de crime menos grave, o que acabou sendo generalizado para todas as demais circunstâncias atenuantes da época e dos dias atuais⁷.

Acerca dessa generalização para os dias atuais, sustenta Cezar Roberto Bitencourt⁸ que não se trata de uma “*interpretação analógica* [grifo do autor], mas verdadeira *analogia* [grifo do autor] – vedada em direito penal – para suprimir um direito público subjetivo, qual seja a *obrigatória* [grifo do autor] (circunstância que sempre atenua a pena) atenuação de pena”, que está prevista no art. 65 do atual Código Penal⁹. É que não há qualquer lei que regule essa situação, sendo necessária uma analogia *in bonam partem* para suprimir essa lacuna.

⁵ GARCIA, Dionísio. As circunstâncias atenuantes e agravantes continuam adstritas aos limites punitivos do tipo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 653, mar. 1990, p. 403.

⁶ BRASIL. Código Penal de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

⁷ CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. *Pena aquém do mínimo* – uma investigação constitucional-penal. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/3f3a0/3f3f5/3f6a9?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em 6 out. 2014.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 676-677.

⁹ BRASIL. Código Penal e Constituição Federal. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

Em seguida, no ano de 1963, sobreveio o art. 59 do Anteprojeto do Código Penal de 1969¹⁰⁻¹¹, que assim estabelecia:

Art. 59. Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um têtço, *guardados os limites da pena cominada ao crime* [sem grifos no original]. (Quantum da agravação ou atenuação)

Ao contrário do dispositivo anterior, esse artigo impede expressamente que qualquer circunstância atenuante ultrapasse os limites legais cominados aos crimes. Entretanto, não se pode esquecer que, com a reforma promovida pela Lei n. 7.209/84¹², tal dispositivo não foi incorporado ao Código Penal vigente, o que impede que ele seja invocado como argumento à vedação trazida pela Súmula n. 231 do STJ¹³.

Nesse mesmo sentido se posiciona Rosivaldo Toscano¹⁴, o qual afirma que “Mesmo assim, o senso comum teórico passou a se ancorar no pensamento de um autor [Nelson Hungria] que não foi contemporâneo da L. 7.209/1984. Faltou, assim, historicidade na interpretação que culminou na S. 231/STJ e na repercussão geral do STF.”

Por fim, quando da entrada em vigor da Lei n. 7.209¹⁵ em 1984, os seguintes dispositivos foram trazidos à parte geral do Código Penal de 1940¹⁶:

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime,

¹⁰ O Código Penal de 1969 nunca entrou em vigor, pois foi revogado quando ainda estava no seu período de vacância, que durou dez anos. Seu anteprojeto foi elaborado e apresentado, por Nelson Hungria, ao Governo em 1963, sendo que, após a sua revisão por uma comissão formada por especialistas da época, foi editado o Código Penal de 1969 pela Junta Militar então no poder. Entretanto, conforme narra Francisco de Assis Toledo (*Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 65-66), diante das inúmeras críticas feitas e após ter tido o seu período de vacância prolongado por mais um ano, tal Código foi revogado e preferiu-se fazer uma reforma no Código Penal de 1940 em vigor.

¹¹ BRASIL. Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1004.htm>. Acesso em: 6 out. 2014.

¹² BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

¹³ BRASIL. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de 22 de setembro de 1999. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20'231'\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20'231').sub.)>. Acesso em: 14 set. 2014.

¹⁴ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, jun. 2011, p. 238.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

¹⁶ BRASIL, op. cit., p. 53-55.

bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

(...)

Cálculo da pena

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.

Por meio de uma simples interpretação sistemática desses dispositivos, pode-se perceber que o limite imposto à fixação da pena aquém do mínimo foi somente à pena-base. É que, levando em consideração que o art. 68¹⁷ em questão estatui que “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código”, bem como, nos dizeres de Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior¹⁸, emprega a expressão “Em seguida’, isto é, não mais se atendendo ao critério do art. 59”, deve-se convir que a redação do art. 59¹⁹ (e, conseqüentemente, de seu inc. II) se refere tão somente à primeira fase de aplicação da pena, vale dizer, à fixação da pena-base, não se estendendo, dessa forma, à pena provisória.

Sendo assim, conclui-se que todos os argumentos embasados nas legislações anteriores não se sustentam, principalmente porque em sentido diverso do que estabelece o Código Penal atual. Acolhê-los, portanto, violaria o princípio da legalidade, tão importante na seara do Direito Penal.

¹⁷ BRASIL, op. cit., p. 55.

¹⁸ SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 239.

¹⁹ BRASIL, op. cit., p. 53.

2. OBSERVÂNCIA À FASE DE INDIVIDUALIZAÇÃO LEGISLATIVA, AO SISTEMA DA RELATIVA DETERMINAÇÃO E AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA

O princípio da individualização da pena, pilar do Estado Democrático de Direito vigente e direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal²⁰, determina que a sanção penal aplicada seja um reflexo da análise, por parte do magistrado, de todos os elementos e circunstâncias presentes no caso concreto, de maneira que a pena imposta ao final esteja de acordo com a situação particular de cada réu.

Com efeito, se uma das finalidades da pena é a retribuição pelo crime praticado, deve-se buscar um processo de aplicação da lei penal personalizado, vedando-se em absoluto a padronização e a abstração no momento da imposição das sanções penais. A resposta punitiva do Estado deve equivaler a uma sanção justa e proporcional ao mal causado pelo agente à sociedade, isto é, deve estar de acordo com as suas finalidades, com a magnitude do bem jurídico afetado e com a gravidade da conduta contra ele perpetrada.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio da individualização da pena é composto por três fases²¹. Em primeiro lugar, na fase de individualização legislativa, o legislador fará uma seleção dos bens jurídicos mais importantes, escolherá as condutas que, se praticadas contra tais bens, serão passíveis de punição e irá dosar a quantidade de penas mínima e máxima que servirão de limites abstratos à atuação do magistrado na fase seguinte, conforme o sistema da relativa determinação. Em seguida, na fase de individualização judicial, havendo a prática do crime e concluindo o juiz pela sua existência, se procederá à fixação da pena ao agente, observando todos os elementos do caso concreto. Por fim, na fase

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 2 jan. 2015.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37-38.

de individualização executória, haverá a execução da pena, na qual se deverá respeitar a classificação do condenado, seu comportamento e os benefícios a que fizer jus no cumprimento da sanção que lhe foi atribuída.

Diante desse cenário, argumenta-se que a possibilidade de ultrapassar os limites da pena-base por meio da aplicação de uma circunstância atenuante viola a fase de individualização legislativa e o sistema da relativa determinação, pois que se deve observar as penas mínima e máxima cominadas pelo legislador, sob pena de dar ensejo ao surgimento de um outro tipo penal²² e ferir a redação do art. 67 do Código Penal²³, que traz expressamente a palavra “limite”²⁴. Esse argumento, no entanto, não merece prosperar.

Em primeiro lugar, conforme já foi mencionado, apesar de o art. 59 do Código Penal²⁵ estabelecer que o magistrado deve observar os limites abstratos de pena impostos pelo legislador, tal dispositivo somente se aplica à pena-base, uma vez que o art. 68 do Código Penal²⁶ traz a expressão “em seguida” para se referir às demais fases de aplicação de pena, às quais o art. 59²⁷ em questão não será aplicado.

Com efeito, se o ordenamento jurídico segue o sistema trifásico de aplicação da pena, é de se entender que não haverá o surgimento de um outro tipo penal, mas apenas a observância dos dispositivos em tela, os quais determinam o que o magistrado deverá seguir em cada fase de aplicação da pena. Haverá, na verdade, o surgimento de uma pena provisória, que será confirmada ou não em sede de pena definitiva.

Ademais, não se ferirá a redação do art. 67 do Código Penal²⁸, pois ele se refere tão somente ao concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, em nada acrescentando na

²² DELMANTO apud GARCIA, op. cit., p. 403.

²³ BRASIL, op. cit., p. 55.

²⁴ GARCIA, op. cit., p. 405.

²⁵ BRASIL, op. cit., p. 53.

²⁶ BRASIL, op. cit., p. 55.

²⁷ BRASIL, op. cit., p. 53.

²⁸ BRASIL, op. cit., p. 55.

primeira fase de aplicação da pena²⁹. Sendo assim, o limite de pena nele referido seria apenas em relação ao cômputo das circunstâncias preponderantes.

Em realidade, não se pode conceber um sistema de dosimetria penal em que se nega a aplicação de uma circunstância a que o réu faz jus. Isso seria ferir o princípio da individualização da pena, pois que não seriam analisados todos os elementos e circunstâncias do caso concreto e, conseqüentemente, não se chegaria à pena mais adequada e justa, vale dizer, na exata medida da culpabilidade do apenado.

Nesse sentido, tem razão Carmem Silvia de Moraes Barros³⁰ quando afirma:

Por sua inegável carga garantística, o princípio da individualização da pena é irrenunciável. (...) Para que as garantias constitucionais sejam efetivadas é necessário que tenham real operatividade e que cumpram a função de tutela da dignidade da pessoa humana. Assim não bastam bonitos discursos ou boas leis, é necessário que as decisões judiciais – quer de conhecimento, quer executórias – estendam esses princípios até as máximas possibilidades de realização. Os juízes estão vinculados aos princípios constitucionais e não podem contrariá-los através de suas decisões.

Em virtude disso, tem-se verificado uma prática nos Tribunais, à qual Cezar Roberto Bitencourt³¹ dá o nome de “estelionato judicial”: para evitar que se ofenda o princípio da individualização da pena, de um lado, e a Súmula n. 231 do STJ³², de outro, os juízes têm optado por, na primeira fase de aplicação da pena, encontrar, a todo custo, qualquer circunstância legal que eleve a pena-base, de modo que na segunda fase poderão, então, efetivar a atenuante presente no caso concreto.

Contudo, não há prática mais danosa ao princípio em tela do que aumentar a pena-base quando não há motivos para tanto. É que se está afrontando, dessa forma, o direito fundamental do acusado de ter a sua pena-base estabelecida de acordo com a sua

²⁹ SANTOS JÚNIOR, op. cit., p. 233.

³⁰ BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 26, abr. 1999, p. 293-294

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. O arbítrio judicial na dosimetria penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 723, jan. 1996, p. 504.

³² BRASIL. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de 22 de setembro de 1999. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20'231'\).sub.](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20'231').sub.)>. Acesso em: 14 set. 2014.

culpabilidade, com os seus antecedentes, com a sua conduta social, com a sua personalidade, com os seus motivos, com as circunstâncias e consequências do crime, e com o comportamento da vítima, nos termos do artigo 59 do diploma repressivo³³.

Além disso, não se pode esquecer que, independentemente da quantidade de pena imposta na pena-base, o art. 65 do Código Penal³⁴, que traz o rol de atenuantes, emprega o advérbio “sempre”, não havendo como se cogitar, portanto, da não aplicação de tais circunstâncias. Nesse sentido, afirma Cezar Roberto Bitencourt³⁵ que a “previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua *obligatoriedade* [grifo do autor]”, sendo que Carlos Roberto Lofego Caníbal³⁶ vai mais além, asseverando que se trata de norma cogente “[...] e norma cogente em direito penal é norma de ordem pública, máxime quando se trata de individualização constitucional de pena”.

Dessa forma, o não reconhecimento de uma circunstância atenuante viola também o princípio da legalidade estrita, o qual, de acordo com Luigi Ferrajoli³⁷, determina que o julgador observe não só a legalidade formal das normas, que é a relativa aos procedimentos e à competência para sua edição, mas também a legalidade substancial delas, que diz respeito à sua filtragem constitucional.

Assim, ao contrário do que se tem afirmado, a possibilidade de redução da pena provisória para aquém dos limites da pena-base consiste na observância à fase de individualização legislativa, ao sistema da relativa determinação e ao princípio da legalidade estrita. Não se pode pretender interpretar os dispositivos do Código Penal a fim de se chegar a uma conclusão previamente querida, sob pena de ferir direitos do apenado e a própria vontade do legislador.

³³ BRASIL, op. cit., p. 53.

³⁴ BRASIL, op. cit., p. 55.

³⁵ BITENCOURT, op. cit., p. 676.

³⁶ CANÍBAL, op. cit.

³⁷ FERRAJOLI apud GRECO, Rogério, *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 99.

O nosso Código Penal [...] estabelece regras de precioso alcance, que conferem relevância [...] 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** [grifos do original]. E na busca desse ideal merece relevo em outro princípio que ao primeiro se encontra estreitamente vinculado: o da **proporcionalidade** [grifo do original], que recomenda ao Juiz, ao fixar a pena, mensurar cuidadosamente as condições pertinentes ao acusado e ao delito, de modo a aplicar a adequada e justa sanção.

Aliás, vale ressaltar que atualmente não vigora mais o período revolucionário francês em que a burguesia, com destaque para Cesare Beccaria⁴¹, com medo do poder que os juízes detinham no período absolutista e das arbitrariedades que eles cometiam, inaugurou o brocardo do juiz como mera boca da lei e o sistema da absoluta determinação das penas com o fim de reduzir ao máximo a discricionariedade dos magistrados⁴². Em outras palavras, à época, a função dos juízes se limitava à aplicação mecânica da lei.

Por outro lado, pode-se afirmar que a proibição do cálculo obrigatório das circunstâncias legais constituiria uma analogia *in malam partem*, a qual é vedada em direito penal, porquanto se estaria criando uma norma que não existe no diploma repressivo. Miguel Loebmann⁴³ vai mais além, sustentando que, na verdade, estar-se-ia diante de uma lacuna da lei, e que, por isso, a interpretação deve ser a mais benéfica possível ao apenado. Assim, para o autor, deve ser feita uma analogia *in bonam partem*.

Em suma, não há qualquer risco de se atingir a pena zero pelo simples cômputo de uma circunstância atenuante para alguém do mínimo legal estatuído, seja pela existência de uma terceira fase de aplicação de pena, seja pelo fato de que, reconhecido o cometimento de um crime, não haverá que se falar em não aplicação de pena. A questão é que o sentimento de justiça em relação ao mal causado pelo agente não pode conduzir a um desrespeito aos direitos do apenado.

⁴¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 18-19.

⁴² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – arts. 1.º a 120*. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 725-726.

⁴³ LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 676, fev. 1992, p. 393.

CONCLUSÃO

Conforme visto no presente trabalho, não existem argumentos que sustentem a vedação imposta pela Súmula n. 231 do STJ. Na verdade, sua aplicação tem gerado situações injustas, que vão de encontro aos princípios básicos do Estado Democrático de Direito vigente, principalmente aqueles que dizem respeito ao bem jurídico tutelado mais importante: a liberdade.

Nessa linha, restou demonstrado que se deve primar pela historicidade no momento da interpretação do Código Penal em vigor. Em que pese o entendimento majoritário sempre ter sido no sentido de que as atenuantes não poderiam levar a pena base para alguém do mínimo legal, hoje não é mais isso que se extrai da lei penal e do “novo” sistema de aplicação de pena que vigora.

Além disso, verificou-se que é a própria vedação trazida pela Súmula n. 231 do STJ que viola os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita e o sistema de relativa determinação. Ora, se é da vontade do legislador que o magistrado siga os limites mínimos cominados aos crimes no momento da verificação da pena-base e se foi da vontade do legislador que não houvessem quantidades predeterminadas de redução de pena para as atenuantes, não resta qualquer motivo para não seguir o sistema legal de aplicação de pena.

Com efeito, se se concluiu que não há risco de se chegar à pena zero, até porque existem outros princípios que norteiam a atividade do julgador que impedem que tal situação ocorra, salvo nos casos admitidos pelo próprio legislador, não se pode permitir que o medo de injustiça impere. Se esse é o caso, que se altere o Código Penal para adaptá-lo a esse sentimento, mas que não se promova o seu desrespeito enquanto ele vigorar nos termos em que está.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 187-212, out. 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 291-295, abr. 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução Torrieri Guimarães. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. O arbítrio judicial na dosimetria penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 723, p. 497-505, jan. 1996.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código Penal de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. Código Penal e Constituição Federal. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1004.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em: 4 out. 2014.

_____. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de 22 de setembro de 1999. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20'231'\).sub.>](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20'231').sub.>)>. Acesso em: 14 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 146056. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=146056&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 4 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 175136. Relator: Ministro Vicente Leal. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=175136&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 3 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 597270 QO-RG. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28597270%2E+OU+597270%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/o7s48q9>>. Acesso em: 3 jan. 2015.

CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. *Pena aquém do mínimo* – uma investigação constitucional-penal. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/3f3a0/3f3f5/3f6a9?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em 6 out. 2014.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*. 2. ed. Madri: Trotta, 2001.

GARCIA, Dionísio. As circunstâncias atenuantes e agravantes continuam adstritas aos limites punitivos do tipo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 653, p. 403-405, mar. 1990.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 676, p. 390-393, fev. 1992.

LUZ, José Jorge Ribeiro da. A discricionariedade do juiz quanto à aplicação da pena. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 708, p. 281-284, out. 1994.

MACHADO, Agapito. As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal – inteligência do art. 68 do código penal após a redação da lei 7.209/84. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 647, p. 388-390, set. 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120*. 11. ed. São Paulo: RT, 2012.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 233-259, jun. 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Circunstâncias do crime. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 67-80, jul. 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.