



Escola De Magistratura Do Estado Do Rio De Janeiro

A possibilidade de redução da pena para aquém do mínimo legal: uma crítica à súmula
231 do STJ.

Fernanda Vieira Alteirado

Rio de Janeiro
2015

FERNANDA VIEIRA ALTEIRADO

A possibilidade de redução da pena para aquém do mínimo legal: uma crítica à súmula 231 do STJ.

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para a obtenção do Título de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2015

A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL: UMA CRÍTICA À SÚMULA 231 DO STJ

Fernanda Vieira Alteirado

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ. Advogada. Pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Resumo: O presente trabalho visa defender uma aplicação mais justa da sanção penal, através da possibilidade da redução da pena para aquém do mínimo legal. Para tal, faz-se uma análise crítica dos argumentos que ensejaram e até hoje fundamentam a edição e aplicação da súmula 231 do STJ, à luz do próprio texto legal e dos princípios constitucionais que norteiam o tema. Por fim, chega-se à conclusão de que o juiz, através de seu livre convencimento e adequada motivação, deve ter possibilidade de, diante de um caso concreto, aplicar a pena efetivamente considerada justa para o caso concreto, pena esta suficiente como reprimenda à conduta, mas sem que se ignore os direitos fundamentais do apenado.

Palavras-chave: Direito Penal. Critérios de fixação da pena. Pena mínima. Dosimetria. Circunstâncias atenuantes. Princípio da legalidade. Princípio da isonomia. Princípio da proporcionalidade. Segurança jurídica.

Sumário: Introdução. 1. Dos Frágeis Fundamentos que Sustentam a Atual Orientação Jurisprudencial. 2. Da Necessidade de Conciliação dos Princípios Constitucionais Face à (i)Legalidade da Súmula 231 do STJ. 3. Da Equivocada Visão da Pena Mínima Como Uma Garantia da Resposta Estatal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica visa a explorar a possibilidade de redução da pena para aquém do mínimo legal, em atenção ao critério trifásico de fixação da pena. Procura-se realizar, na verdade, uma crítica ao atual entendimento jurisprudencial, consubstanciado na súmula 231 do STJ, demonstrando-se que a redução aquém do mínimo é medida que se impõe, em face dos princípios constitucionais que norteiam o tema.

Diante da idéia de que a liberdade é um dos bens jurídicos mais preciosos do homem, torna-se indiscutível o fato de que o direito penal é norteado pelo princípio da intervenção mínima, devendo ser tratado como a *ultima ratio* do direito.

Por consequência, sabendo que a aplicação de uma pena de prisão é medida extrema, mas muitas vezes necessária, importante se faz a correta definição dos critérios a serem aplicados durante a sua fixação, a fim de que sejam observados os devidos princípios constitucionais.

Assim sendo, o presente tema impõe uma correta análise da legalidade da súmula 231 do STJ, haja vista que sua aplicação, com a consequente proibição de redução da pena aquém do mínimo, tem sido feita de forma automática, sem qualquer enfrentamento real ao assunto.

Inicia-se, portanto, o primeiro capítulo, com a apresentação do conteúdo da súmula e suas consequências na fixação atual da pena. Nesta fase, pretende-se demonstrar o quão vazio é o aprofundamento do assunto, diante de julgados que sequer discutem a matéria, mas tão somente impedem a redução, sem efetivamente justificar a legalidade do enunciado.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, o quão prejudicial a aplicação do atual entendimento se torna para o apenado, que obtém uma pena atentatória aos princípios da legalidade, da isonomia e da individualização da pena. Neste momento, faz-se uma análise dos argumentos empregados a favor da redução para aquém do mínimo legal.

Por fim, o terceiro capítulo do presente artigo destina-se a concluir que a previsão legal de uma pena mínima jamais pode ser considerada como uma garantia, à sociedade, de uma resposta estatal. Ao esvaziar esta concepção, portanto, conclui-se que a intenção do legislador, ao determinar os marcos mínimos dos tipos penais, foi a de

assegurar ao juiz parâmetros meramente norteadores, mas não obrigatórios, função esta que se compatibiliza com a possibilidade de fixação da pena aquém dos limites previstos.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa.

1. DOS FRÁGEIS FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAM A ATUAL ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Como se sabe, o Direito Penal brasileiro adotou o sistema trifásico de fixação da pena, prevendo, assim, três etapas distintas de dosimetria. Toda a problemática que envolve o tema do presente artigo, todavia, encontra-se na segunda fase desta aplicação.

O que ocorre é que, para a primeira fase, temos como satisfatório o art. 59 do Código Penal, o qual claramente permite ao juiz estabelecer uma pena base, mediante análise das chamadas “circunstâncias judiciais”. Neste caso, por expressa disposição do art. 59, II do CP, será a pena base fixada dentro dos limites legais previstos.

No mesmo sentido, não há qualquer dúvida a respeito da terceira fase de aplicação da pena, que trata das causas de aumento e diminuição e já trazem, em seu bojo, frações para sua aplicação. Tal previsão permite, assim, que se altere a pena para aquém do mínimo legal, sem maiores indagações.

Situação, todavia, que encontra impasse na doutrina, relaciona-se com a segunda fase da dosimetria. Neste momento, deve o juiz atribuir ao sujeito as eventuais circunstâncias agravantes ou atenuantes, que estão, em sua maioria, previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66, todos do Código Penal. É nesta etapa que encontramos divergência acerca da possibilidade ou não da redução aquém do mínimo.

É de se destacar que a ampla jurisprudência brasileira tem como pacificado o entendimento no sentido de vedar este tipo de redução, mesmo que diante de circunstâncias legais atenuantes. Todavia, muito embora pacificada em nossos Tribunais, tal conclusão não encontra o mesmo conformismo em sede doutrinária, que corretamente questiona os fundamentos arguidos nos julgados.

Diz a súmula 231 do STJ que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. O referido enunciado tem sido encarado como de suma importância, vez que tem servido de base para todas as decisões judiciais a respeito do tema.

A crítica que se faz, portanto, é no sentido de que autores como Fernando Galvão, a fim de justificar o sumulado entendimento, invocam o mesmo art. 59, II do CP, o qual, como já dito, prevê que o juiz, atendendo às circunstâncias do crime, estabelecerá a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos. Para o mencionado autor, os incisos do art. 59 do CP não se restringem à primeira fase da dosimetria (pena-base), mas aplicam-se também quando da análise de atenuantes e agravantes, expressamente proibindo a fixação abaixo do mínimo.

O grande problema, na verdade, é saber até que ponto deve-se encarar o art. 59 do CP, principalmente no tocante ao seu inciso II, como norteador da segunda fase da dosimetria. A fim de se ilustrar a problemática trazida, é de se destacar que o mesmo autor que justifica a súmula, reconhece, em sua obra, que o atual Código Penal carece de uma solução mais específica a respeito do tema. Afirma portanto Fernando Galvão:

[...] O melhor seria que o Código Penal contivesse um dispositivo que se referisse especificamente aos limites de operação da segunda fase, como o art. 285 da Lei n. 4737, de 15 de julho de 1965, que instituiu o Código Eleitoral, que determina expressamente que, na consideração de circunstâncias agravantes ou atenuantes, o juiz deve observar os limites da pena cominada ao crime¹

¹ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 659.

Percebe-se, diante disto, que nosso atual Código Penal é, na verdade, omisso quanto a esses limites. Assim, chega-se à conclusão de que a referida súmula fora editada a partir de uma premissa equivocada, visto que realiza uma interpretação pautada no antigo Código Penal de 1940.

Mediante análise da redação original do art. 48 do Decreto Lei n. 2848/40, vê-se que este trazia consigo as hipóteses genéricas de circunstâncias que atenuariam a pena, sem sequer distingui-las em circunstâncias judiciais ou legais. Ademais, no parágrafo único deste mesmo artigo dizia-se que “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”.

Tal previsão, portanto, serviu de base para que os Tribunais atuais vedassem a redução aquém do mínimo, realizando, na verdade, uma analogia que, além de equivocada, ainda se caracterizaria como analogia *in malam partem*, por vedar benefício ao réu. Assim explica Cezar Roberto Bitencourt:

O equivocado entendimento de que ‘circunstância atenuante’ não pode levar a pena para aquém do mínimo cominado ao delito partiu de interpretação analógica desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84)²

Com base neste raciocínio, explica ainda Bitencourt que a proibição constante do art. 48 parágrafo único do antigo Código Penal sequer fora repetida, quando da Reforma Penal de 1984. Além disso, inviável se torna a proibição da redução com fundamento nesta redação anterior, visto que ela versava sobre apenas uma das causas

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 787.

especiais de diminuição de pena, e não sobre todas as circunstâncias atenuantes que hoje são previstas em nossa legislação.

Superada esta primeira crítica aos embasamentos da súmula 231 do STJ, torna-se relevante também comentar as justificativas mais modernas para a proibição da redução. Pela análise da jurisprudência sobre o tema, percebe-se uma tendência a justificar a proibição a através das expressões “dos limites previstos”, presente no inciso II do art. 59, “dos limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal”, presente no art. 53 e “do limite indicado”, prevista no art. 67, todos do Código Penal.

No que concerne ao art. 59, inciso II do Código Penal, os argumentos frágeis continuam os mesmos, tendo a jurisprudência ignorado o fato do referido dispositivo vedar redução aquém do mínimo quando do reconhecimento de circunstâncias judiciais. Estas, portanto, não se confundem com as circunstâncias legais, previstas na segunda fase da dosimetria, trazendo o dispositivo vedação somente para as hipóteses a serem analisadas na primeira fase.

Já em relação ao art. 53 do Código Penal, tenta a jurisprudência afirmar que este traz em seu bojo uma vedação implícita de aplicação de pena abaixo do mínimo legal. Isto porque o mesmo estabelece que as sanções teriam limites estabelecidos no próprio tipo legal. Mais uma vez, carece de fundamentação o argumento trazido, vez que não se tem, no caso, uma real proibição.

Por fim, o art. 67 do Código Penal serve como um terceiro fundamento, já que diz que a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. Ainda assim, não há que reconhecer tal tese, vez que o dispositivo traz somente uma regra de ponderação entre concurso de atenuantes e agravantes, não podendo ser feita uma interpretação *in malam partem* do mesmo.

É válido destacar que, mesmo diante de tais críticas a estes argumentos, em julgado importante do STJ sobre o tema, definiram os ministros que tais expressões certamente serviriam para reafirmar o já antigo (e equivocado) entendimento contrário à redução, asseverando ainda que a expressão “sempre atenuam a pena”, contida no art. 65 do CP, não deve ser levada a extremos que viabilizem uma redução aquém dos limites. É o que se extrai do voto a seguir:

Por último, a expressão ‘sempre atenuam’ não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo.³

É de se destacar, todavia, o caráter contraditório da referida decisão. Nota-se que, ao mesmo tempo que fundamenta a proibição de redução com base em expressões meramente literais contidas no Código Penal, conforme esmiuçado anteriormente, rechaça a tese defensiva a favor da redução ao fundamento de que a mera interpretação literal do texto não pode substituir uma interpretação teleológica.

Constata-se, assim, que os poucos argumentos que se extraem dos julgados analisados são frágeis e, quando não se limitam a citar a súmula 231 do STJ, cuja criação se deu através de interpretações equivocadas, pautam-se exclusivamente em interpretações literais e pouco aprofundadas sobre o tema. Portanto, a favor da redução aquém do mínimo, explica Bitencourt:

[...] deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada⁴

³ STJ. REsp 156.432/RS. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700848132&dt_publicacao=18-10-1999&cod_tipo_documento=>

⁴ BITENCOURT, op. cit., p. 787.

Conforme será analisado nos próximos capítulos, o não reconhecimento deste direito ao apenado caracteriza-se como uma ilegalidade manifesta. Ademais, ainda constitui afronta a princípios basilares do Direito Penal, como o da legalidade, da individualização da pena e da segurança jurídica.

2. DA NECESSIDADE DE CONCILIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FACE À (I)LEGALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ

Diante do que fora exposto no capítulo anterior, fica clara a ideia de que a aplicação da súmula 231 do STJ, ao invés de reafirmar o princípio da legalidade, acaba por violá-lo, da mesma forma que viola o princípio da isonomia e da individualização da pena. É justamente por conta disto que, a fim de evitar maiores injustiças na seara penal, devemos utilizar dos princípios como base para negar sua aplicação.

O primeiro e mais importante dos princípios que aqui destaca-se é o da legalidade. Diz a lei, de forma extremamente literal no art. 65 do Código Penal, que as circunstâncias atenuantes ali descritas irão “sempre” atenuar a pena. Não se pode, portanto, entender a referida expressão como mero acaso, devendo ser encarada, na verdade, como um real desejo do legislador. É isto que diz, inclusive, Túlio Vianna, como se vê:

[...] Ora, se o legislador usou o adjunto adverbial ‘sempre’, é porque queria deixar claro que em toda e qualquer hipótese dever-se-á aplicar a atenuante. Caso contrário, teria usado a expressão ‘sempre que possível’. (...) Alegar, no entanto, que por não ter o legislador fixado expressamente este limite, simplesmente não se pode diminuir a pena abaixo do piso legal, é negar vigência à lei federal que é expressa ao usar o advérbio ‘sempre’, ferindo diretamente a Constituição Federal no seu princípio de individualização das penas⁵

⁵ VIANNA apud ROIG, Rodrigo. *Aplicação da pena, limites, princípios e parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 211.

Por outro lado, percebe-se que, ao contrário da expressa determinação legal contida no art. 65, não se vislumbra, pela leitura do Código Penal, qualquer real proibição a essa redução. Conforme anteriormente explicado, os argumentos utilizados para a construção do atual entendimento em desfavor da redução baseiam-se em premissas equivocadas e se utilizam de determinados dispositivos legais, como o inciso II do art. 59 do Código Penal, que, na verdade, não referem-se a essa fase de aplicação da pena.

A luz desses fatores, é de se destacar aqui o que diz Rodrigo Roig, ao tratar sobre esse mesmo tema sob o enfoque do princípio da legalidade:

[...] Em uma nova dimensão da aplicação da pena privativa de liberdade, o princípio da legalidade serve exclusivamente como vetor da obrigação jurídico-constitucional de minimização da afetação individual, não sendo lógico tentar buscar nele a justificação para a adoção de uma postura diretamente contrária àquela constitucionalmente preconizada, em prejuízo do indivíduo. Afinal, jamais um preceito de índole constitucional pode ser transmutado à condição de utensílio habilitador do poder punitivo⁶

Assim, a afronta à legalidade reside justamente no fato de ter o STJ criado, por meio da súmula, uma regra penal desfavorável ao réu, com base em interpretações aleatórias do texto penal, sem de fato atentar para as regras específicas do tema. Como se viu, não há qualquer dispositivo que proíba, de forma expressa, redução aquém do mínimo, mas sim dispositivo específico da matéria que expressamente impõe a aplicação das atenuantes.

O princípio da legalidade, portanto, jamais poderia servir de empecilho para que o juiz chegue a uma pena justa. Não se pode utilizá-lo de modo a tão somente adequá-lo a argumentos fracos, com a única finalidade de tentar trazer alguma coerência e validade ao atual e, infelizmente, preponderante entendimento. É assim, portanto, que Rodrigo Roig continua sua tese:

⁶ ROIG, Rodrigo. *Aplicação da pena, limites, princípios e parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 212.

[...] O cerne da legalidade, enfim, reside na vedação humanística do excesso do poder punitivo. A posterior idéia de que o princípio da legalidade também validaria a proibição da insuficiência punitiva, mediante a fixação de marcos penais mínimos intransponíveis significa, na verdade, a subversão da essência historicamente democrática do preceito⁷

Com base neste raciocínio, importante ressaltar também a violação ao princípio da individualização da pena. Sabe-se que a imposição de uma sanção restritiva de liberdade é medida extremamente severa e, justamente por isso, carece de maior atenção do legislador brasileiro. Tanto é assim que o mesmo se preocupou em determinar, no art. 5º, XLVI da CRFB, a necessidade de aplicação de penas individualizadas, de acordo com o caso concreto em julgamento.

A partir disto, indaga-se: como assegurar uma efetiva individualização se o magistrado, diante da súmula 231 do STJ, se vê obrigado, por exemplo, a impor a mesma pena mínima para dois indivíduos, ainda que perceba que um deles poderia também obter uma atenuante por contar com menos de 21 anos à data do fato? Seria justo a este acusado, que tem uma atenuante a seu favor, receber a mesma pena que aquele que não a detém, por suposta vedação legal a esta redução?

É certo que a injustiça, nesse caso hipotético e em tantos outros que se vê no dia a dia forense, se torna óbvia e, conseqüentemente, permite tornar inócua a determinação legal de atenuação da pena. Além do princípio constitucional de individualização das sanções penais, impossível também deixar de observar um preceito basilar do Direito Brasileiro, que é o da isonomia.

Pela leitura do art. 5º da CRFB e seus incisos, pode-se vislumbrar diversos momentos em que a isonomia é consagrada como de suma importância. É de se ressaltar, ainda, seus importantes desdobramentos, ao trazer para a seara jurídica os conceitos de isonomia formal e material. Enquanto a isonomia formal seria, de forma

⁷ ROIG, op. cit., p. 212.

bastante resumida, a igualdade de todos perante a lei, seu viés material abarcaria o tratamento desigual para os desiguais.

É nesse contexto de isonomia material que se insere o presente tema. Negar a aplicação de um benefício penal para acusados em situações peculiares, que tem efetivo direito à redução de suas penas, é, em última instância, proibir o magistrado de fazer cumprir, no dia a dia de seu ofício, o viés material da garantia constitucionalmente prevista.

É impossível, portanto, se falar em isonomia quando aplicamos um sistema que, de forma arbitrária e equivocada, traz supostas exceções aos benefícios trazidos por lei, permitindo criar situações injustas, ao cominar sanções idênticas para casos totalmente distintos. Permitir isso é basicamente sobrepor a isonomia formal à material, privilegiando-se imensas desigualdades, ao tratar efetivamente todos de forma idêntica, sem levar em conta aspectos relevantes que influenciam na sua condenação.

Por fim, é impossível não retratar também a violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, constitucionalmente previstos no art. 5º, LIV da CRFB de 88. Sabe-se que os referidos princípios são de ampla aplicação na seara penal, haja vista que o magistrado, quando da fixação da pena, deve atentar para os critérios legais a fim de se chegar a uma condenação razoável e proporcional ao acusado.

O princípio da proporcionalidade, portanto, tem como seu maior objetivo, no âmbito penal, o de proibir excessos desarrazoados no tocante à aplicação da pena, evitando qualquer restrição que se considere desnecessária ao direito de liberdade do autor do crime. É também o que se defende no presente trecho que trata do assunto:

[...] Longe de qualquer dúvida, se na aplicação da pena, não se observar sua diminuição, ainda que reconhecida uma circunstância atenuante, deparar-nos-emos com violação ao princípio da individualização da pena. E isso porque, a atenuante será simplesmente ignorada, o que vale dizer que uma parte das circunstâncias do crime, benéfica ao agente, não estará sendo levada em

conta no cômputo da pena. E, ignorando-se uma circunstância do crime, obviamente, não se estará aplicando a pena justa, proporcional e individualizada ao caso concreto.⁸

Diante disto, inevitável reconhecer que a impossibilidade de redução aquém do mínimo legal é violadora também deste princípio, haja vista que impede o autor do crime de se beneficiar de um direito expressamente previsto no Código Penal e que, por força do art. 65 deste diploma, deve sempre ser observado.

Assim, é de se concluir que, em face de uma jurisprudência equivocadamente consolidada, que privilegia interpretações mais penosas ao réu, são os princípios constitucionais anteriormente citados que podem, futuramente, embasar uma mudança de pensamento. A redução abaixo do mínimo, como se viu, é medida que se impõe, sendo perfeitamente possível, ao juiz, realizar uma dosimetria justa que se adeque ao caso concreto e aos princípios basilares de nosso sistema, conforme será analisado no próximo tópico.

3. DA EQUIVOCADA VISÃO DA PENA MÍNIMA COMO UMA GARANTIA DA RESPOSTA ESTATAL

Após a análise de todos os argumentos e princípios que norteiam o presente tema, faz-se necessário, por fim, adentrar em um assunto mais específico, relacionado às funções da pena. Para grande parte dos que negam a redução da sanção penal para aquém do mínimo⁹, tal proibição vincula-se, de forma direta, com a necessidade de uma justa resposta Estatal.

⁸ RIBEIRO, Bruno. *A possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento de circunstâncias atenuantes: uma nova leitura da função dos marcos penais*. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/2-A-possibilidade-de-reducao-da-pena-aquem-do-minimo-legal-pelo-reconhecimento-de-circunstancias-atenuantes:-uma-nova-leitura-da-funcao-dos-marcos-penais>> Acesso em 02 set. 2015.

⁹ GALVÃO, op. cit., p. 659.

Não obstante as diversas teorias que existem a respeito da pena, sabe-se que essa, de forma resumida, é prevista no sistema penal brasileiro para atingir duas finalidades distintas: a de prevenção e a de ressocialização. No que diz respeito à prevenção, é cediço que essa se subdivide em prevenção geral, relacionada à intimidação da própria sociedade, para que não haja cometimento de novos delitos, e prevenção especial, relacionada ao próprio indivíduo que cometeu o crime, a fim de impedir sua reincidência.

A pena, portanto, em seu caráter preventivo, nada mais é do que uma resposta estatal, que permite ao Estado aplicar sanções como uma forma de evitar futuros delitos. Assim, é com base neste pensamento que o legislador fixa os limites máximos e mínimos das penas em abstrato, levando em consideração, principalmente, a gravidade da conduta prevista em determinado tipo penal.

O grande problema, na verdade, é a visão equivocada que muitos possuem a respeito de tais limites fixados no Código Penal e nas demais legislações. Há um errado entendimento no sentido de que a pena mínima abstratamente fixada pelo legislador é, de fato, uma resposta mínima que detém a sociedade, em face do autor de um crime. Para esta parcela que assim entende, permitir uma redução aquém do mínimo seria, na verdade, permitir que se torne inócua a tão venerada resposta Estatal.

A referida visão, todavia, não é a que merece prosperar. À luz do que já foi dito em capítulos anteriores, percebe-se que o Direito Penal é tido como a *ultima ratio*, e, justamente por criar normas que privam o homem de seu maior bem, que é a liberdade, deve ser entendido e interpretado de forma cuidadosa, zelando pela individualização dos casos concretos e do emprego da merecida proporcionalidade e razoabilidade.

Assim sendo, inviável se torna encarar parâmetros sancionatórios abstratamente fixados como sendo de aplicação obrigatória, ignorando a situação peculiar a que cada

indivíduo acusado é submetido. A resposta social ao delito cometido, portanto, não é evidente, não deve possuir um patamar mínimo, pois isto, certamente, limita a correta atuação do magistrado.

Em relação à atuação do juiz, há ainda quem defenda a proibição da redução abaixo do mínimo legal por entender que, dando este poder ao julgador, pode ele inclusive aplicar uma “pena zero”, ignorando a norma penal incriminadora. O referido argumento, no entanto, também não pode prosperar. Como se sabe, mesmo que não houvesse qualquer pena mínima fixada pelo legislador, sempre estará a atuação do juiz adstrita ao princípio da motivação, conforme determina o art. 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988, abaixo descrito:

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 seus advogados, u somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.¹⁰

Como se vê, a fixação de uma pena mínima que, supostamente, deveria ser encarada como norteadora da atuação do juiz, de fato não é imprescindível para que se chegue a uma justa resposta Estatal. Isto porque, estando o juiz obrigado a motivar e fundamentar suas decisões, a própria Constituição já se encarregou de vedar sentenças arbitrárias.

Portanto, incabível argumentar que a proibição da redução é, em última instância, uma proteção para que se evite tais sentenças. Ao contrário disto, deve-se enxergar esta possibilidade como uma forma de ampliar a atuação do magistrado que, no caso concreto, terá melhores condições de analisar suas peculiaridades e aplicar uma

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2015.

justa sanção. Caso contrário, será o julgador um mero aplicador automático da lei. É o que fala, inclusive, Rodrigo Roig:

[...] Os argumentos anteriormente aduzidos conduzem à inafastável conclusão de que a medida mais coerente no tocante à fixação de margens penais consiste no estabelecimento somente de penas máximas para os delitos, sem a fixação de parâmetros mínimos, entendimento este corroborado por Ferrajoli quando afirma estar 'em contradição com o princípio da equidade a previsão por parte da lei de limites mínimos, junto aos limites máximos de pena, para tipo de delito. Tal previsão, na realidade, não apenas contradiz o modelo de direito penal mínimo, mas humilha a função do juiz, ao não lhe consentir valorar plenamente a possível falta de qualquer gravidade do caso concreto, relativamente à gravidade do tipo de delito abstratamente valorada pela lei [...].¹¹

O equívocado, neste momento, é encarar a pena mínima como uma resposta Estatal mínima. O temor diante da possibilidade de uma suposta impunidade não deve ser levado ao extremo de impedir uma redução abaixo do mínimo, quando a situação assim impor. Como já foi visto e merece novamente destaque, não há qualquer lei vedando esta redução, mas há lei, ao contrário, impondo a aplicação das atenuantes, sempre que elas aparecerem no caso concreto.

Além disso, é de se ressaltar que as demais disposições legais tornam praticamente impossível que esta possibilidade de redução chegue aos extremos de uma pena zero. Como deve ser lembrado, a aplicação da sanção penal é norteadada por três fases distintas, de modo que, mesmo havendo alguma redução com a aplicação de atenuantes, o juiz continuará adstrito às demais regras, tanto da primeira quanto da terceira fase, sendo obrigado, na maioria das vezes, a aplicar algum tipo de pena.

O que se pretende demonstrar, portanto, é que a análise das atenuantes não é a única fase de aplicação da pena. Havendo o cometimento de um delito, não poderá o magistrado se furtar de analisar as circunstâncias judiciais trazidas no art. 59 do Código Penal, as quais, na maioria das vezes, já ensejam uma pena base no mínimo legal, haja vista que, nesse primeiro momento, é expressa a vedação de pena abaixo deste mínimo.

¹¹ ROIG, op. cit., p. 216.

O mesmo ocorre, também, quando da análise da terceira fase, que já impõe frações determinadas para o aumento ou a diminuição da pena.

Assim, para fins de criticar o argumento da “pena zero”, tem-se que o suposto arbítrio do juiz, com a possibilidade de redução abaixo do mínimo, é extremamente limitado. Além de estar ele adstrito aos princípios já citados, como o da motivação e o da proporcionalidade, só possui o julgador poucas e determinadas hipóteses de atenuação da pena, como é o caso do rol trazido pelo artigo 65 do Código Penal. Logo, seria praticamente impossível vislumbrar um exemplo em que o magistrado, sem desprezar quaisquer destas regras e princípios, chegasse a uma situação de impunidade.

Além do mais, ainda que se cogitasse da não aplicação da sanção penal, para determinado caso concreto, pelo exclusivo fato de se ter reduzido a pena abaixo do mínimo, não seria isto um tamanho absurdo penal. Isto porque, o próprio Código Penal prevê inúmeras situações em que se permite ao magistrado deixar de aplicar a pena, através de uma exclusiva análise dos fatos que lhe foram apresentados no processo. É o que defende também o autor desta tese, trazendo exemplos do próprio Código Penal, em que se permite a não aplicação da pena:

O primeiro exemplo que se levanta é o princípio da insignificância. Pela indigitada construção jurídica não se pode apenar o crime que sequer coloca em perigo o bem jurídico tutelado pelo tipo penal, ainda que a conduta fática a ele se adapte com perfeição. Outro exemplo que se levanta é o do § 5.º do art. 121 do Código Penal. Segundo o dispositivo, “*na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torna desnecessária*”. Logo, se no caso concreto se constatassem circunstâncias atenuantes suficientes a zerar a pena do condenado, não entendemos qual o problema que isso poderia trazer quanto à segurança jurídica, mormente por tal fato se amoldar harmoniosamente ao princípio da proporcionalidade e da individualização da pena.¹²

¹² RIBEIRO, op. cit.

Assim, diante do que foi exposto, conclui-se que a vedação da redução abaixo do mínimo legal, pelo suposto argumento de que isto violaria a segurança jurídica e acarretaria em situações de impunidade, também não merece prosperar. Ao revés, estamos violando a segurança jurídica quando deixamos de aplicar direitos expressamente previstos no texto legal, ao trazer diversos argumentos que, conforme foi visto, são fracos e passíveis de imensas críticas.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora exposto ao longo desses três capítulos, pode-se chegar à conclusão de que a redução da pena abaixo do mínimo legal é medida não apenas permitida, mas também necessária, se deseja-se atingir uma pena, de fato, justa.

A súmula 231 do STJ foi editada com base em suposições equivocadas, sendo justificada através de vedações trazidas pelo art. 59 do CP, que, na verdade, não tratam da segunda fase da aplicação da pena, mas sim da primeira. Não há, portanto, qualquer vedação legal para que a pena seja aplicada abaixo do mínimo, mas sim determinação expressa, no art. 65 do CP, ao trazer circunstâncias que sempre atenuam a pena.

Não obstante a real incoerência que norteia o entendimento atual do Tribunal Superior, há ainda que se destacar que o esse viola diversos princípios constitucionais, diretamente ligados ao tema. Como dito, o próprio Código Penal é claro ao trazer a necessidade de sempre aplicar as circunstâncias atenuantes, o que, quando não feito, traduz afronta ao princípio da legalidade.

Ademais, não há como falar do presente assunto sem mencionar o princípio da individualização da pena. A pena justa é aquela aplicada, levando-se em consideração todas as circunstâncias que envolvem o crime. De tal modo, não aplicar uma atenuante,

quando sua aplicação seria obrigatória, se traduz em violação ao direito do apenado a uma sanção justa e compatível com seus direitos.

Por fim, em resposta ao argumento de que as penas mínimas trazidas pelo Código Penal servem de limitação para o magistrado, quando da sua fixação, é de se fazer algumas ponderações. Como se viu, não se pode atribuir ao juiz a função de sentenciar um determinado caso concreto sem que se dê a ele a liberdade de, fundamentando suas decisões, aplicar a sanção efetivamente justa. Em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade da pena, deve-se enxergar tais parâmetros como meros norteadores da decisão, mas não como limites fixos e intransponíveis.

Assim sendo, a conclusão a que se chega é que, para se atender a todos os princípios constitucionais, bem como aos ditames de nossa legislação, é necessário enxergar a função da pena de forma mais correta. Não se pode encarar a pena mínima abstratamente cominada como uma resposta estatal mínima ao delito. Essas penas, na verdade, servem tão somente de parâmetro ao magistrado, mas não retiram sua liberdade de, à luz dos princípios constitucionais anteriormente citados, adequar a sanção penal à real situação a que se expõe o criminoso em julgamento.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 156.432/RS. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700848132&dt_publicacao=18-10-1999&cod_tipo_documento=

BRASIL. Código Penal de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mar. 2015.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. V. 1: parte geral. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Bruno. *A possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento de circunstâncias atenuantes: uma nova leitura da função dos marcos penais*. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/2-A-possibilidade-de-reducao-da-pena-aquem-do-minimo-legal-pelo-reconhecimento-de-circunstancias-atenuantes:-uma-nova-leitura-da-funcao-dos-marcos-penais>> Acesso em 02 set. 2015.

ROIG, Rodrigo. *Aplicação da pena, limites, princípios e parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.