

**Willian Zanzarini**

Graduado em Direito (FAFIT);

Pós-graduando em Direito Previdenciário (Damásio Educacional).

**Guilherme Martins de Oliveira**

Pós-graduação em Direito Processual Penal e Prática Forense (UEPG).

## RESUMO

A aplicação da pena na lei brasileira segue o sistema trifásico proposto por Nelson Hungria. No que concerne à segunda fase desse método, dizem alguns estudiosos que a incidência de circunstância atenuante não pode reduzir a pena aquém do mínimo legal. Essa declaração também é encontrada na súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, não existe lei proibindo tal operação e mesmo a súmula não pode obrigar o magistrado a seguir tal entendimento. Por fim, esse argumento surge de uma regra que não tem mais aplicação na lei brasileira e vai de encontro aos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da individualização da pena.

**Palavras-chave:** circunstâncias atenuantes; dosimetria; súmula 231, legalidade; individualização da pena.

## INTRODUÇÃO

No Brasil, ao aplicar a pena, o magistrado deve seguir um roteiro previsto em lei para encontrar o *quantum* adequado a cada caso. Esse procedimento, chamado de dosimetria, segue três passos: em um primeiro momento, o juiz fixa a pena-base com base nas circunstâncias judiciais, após, delimita a pena provisória, observando as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, determina a pena definitiva, observando as causas de aumento e diminuição de pena (BITENCOURT, 2017).

Entretanto, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, na segunda fase deste procedimento, o juiz não poderia fixar a pena em um valor abaixo do que a lei delimita para cada infração penal em face da aplicação de uma circunstância atenuante.

Ocorre que tal entendimento não encontra respaldo na legislação, pelo contrário, vai de encontro ao que determina a lei, bem como afronta princípios aplicáveis ao Direito Penal, como a proporcionalidade, legalidade e individualização da pena.

Desta forma, a presente monografia se propõe a abordar tal contradição e verificar, com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial,

através do método dedutivo, se é possível ou não a fixação da pena provisória abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria da pena.

Para tanto, traçar-se-á, em um primeiro momento, um panorama histórico, passando pelas finalidades da pena e por sua forma de aplicação (dosimetria) para, enfim, discutir-se a possibilidade de fixação da pena provisória abaixo do mínimo legal.

#### Justificativa

Tal pesquisa se justifica pela necessidade de aplicação de uma pena mais justa e individualizada no que atine à redução da pena provisória abaixo do mínimo legal.

#### Problema de pesquisa

O problema desta pesquisa reside no fato de que o entendimento atualmente predominante, qual seja, de que a pena provisória não pode ser fixada abaixo do mínimo estipulado em lei, não encontra qualquer respaldo em lei. Trata-se de uma criação jurisprudencial que vai ao encontro do que diz o texto legal e ainda viola princípios aplicáveis ao Direito Penal, como a proporcionalidade, individualização da pena e legalidade estrita.

#### **Objetivos:**

##### Objetivo geral

Verificar, a partir de análise doutrinária e jurisprudencial, se é possível que a pena provisória seja fixada abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria da pena.

##### Objetivo específico

Analisar e verificar se há a possibilidade de se fixar a pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria.

### **ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

Primeiramente cumpre ressaltar que as histórias da pena e do Direito Penal em si surgem com a história da própria humanidade. Dessa forma, “o ponto de partida da história da pena coincide com o ponto de partida da história da humanidade” (MASSON, 2001, p. 53).

Tanto é que o sociólogo Émile Durkheim (2004, p. 95) defende a existência do crime como um fato social normal, justamente porque está presente em todas as sociedades que se desenvolveram ao longo da história, ao afirmar que: “o crime não se observa só na maior parte das sociedades

desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades, de todos os tipos. Não há nenhuma em que não haja criminalidade”.

René Ariel Dotti (2002, p. 15) defendeu a mesma tese em sua obra, ao afirmar que:

Em todos os tempos, em todas as raças ainda as mais rudes ou degeneradas, encontramos a pena como o *malum passionis quod infligitur propter malum actionis*, como uma invasão na esfera do poder e da vontade do indivíduo que ofendeu e porque ofendeu as esferas de poder e da vontade de outrem. É possível, pois, reconhecer a existência da pena como um fato histórico primitivo e não haverá erro se considerarmos justamente no Direito Penal a primeira e mais antiga camada da história de evolução do Direito e identificarmos o injusto como a alavanca tanto do Direito como da Moral.

Com base no acima exposto, compreende-se que a ideia de crime acompanha o ser humano desde o início de sua existência. Nessa esteira, pode-se afirmar com segurança que a história do Direito Penal se confunde com a própria história do ser humano.

## **Direito Penal dos Povos Primitivos**

Em se tratando do Direito Penal nas épocas primitivas, a doutrina convencionou dividi-lo em três fases: vingança divina, vingança privada e vingança pública, todas marcadas pelo sentimento religioso e espiritual. É claro que tal divisão atende a objetivos unicamente didáticos, pois tais fases coexistiram umas com as outras durante o desenrolar da história (MASSON, 2011, p. 54)

### **Vingança divina**

Nos períodos primitivos da história humana, o regramento da conduta humana era centrado na ideia de magia e retribuição. Neles os fenômenos naturais considerados maléficos representavam a simples vontade dos deuses que se enfureciam com determinadas práticas humanas e que por conta delas demandavam reparação (BITENCOURT, 2016, p. 35).

A esses fenômenos naturais resultantes da ira das divindades deu-se o nome “totem”, ao passo que as proibições da época, que tinham por objetivo evitar a ira divina, foram conceituadas como “tabus” (MIRABETE, 2014, p. 15). René Ariel Dotti (2002, p. 123) afirma que os totens:

[...] podem assumir as mais diversas formas de animais, vegetais ou qualquer objeto considerado como ancestral ou símbolo de uma coletividade (clã, tribo), sendo, assim, protetor dela e objeto de tabus e deveres particulares [...]

Já os tabus seriam:

[...] a proibição aos profanos de se relacionarem com pessoas, objetos ou lugares determinados, ou dele se aproximarem, em virtude do caráter sagrado dessas pessoas, objetos e lugares e cuja violação acarretava ao culpado ou a seu grupo o castigo da divindade. (DOTTI, 2002, p. 123).

Nesse espeque pode-se afirmar que a “infração totêmica” ou a “desobediência tabu”, que levavam ao castigo do infrator para acalmar a cólera da divindade supostamente ofendida foram os paralelos mais antigos conhecidos para o que hodiernamente se conceitua como crime e como pena (DOTTI, 2002, p. 123).

Cezar Roberto Bitencourt (2016, p. 36) conclui que:

Esta fase, que se convencionou denominar fase da vingança divina, resultou da grande influência exercida pela religião na vida dos povos antigos. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido. A impregnação de sentido místico no Direito Penal ocorreu desde suas origens mais remotas, quando se concebia a repressão ou castigo do infrator como uma satisfação às divindades pela ofensa ocorrida no grupo social. Trata-se do direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso, por meio do castigo. O castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação.

Como legislações representativas desta fase, o autor elenca o Código de Manu; os Cinco Livros do Egito; o Livro das Cinco Penas, na China; a Avesta, na Pérsia; e o Pentateuco, em Israel e na Babilônia (BITENCOURT, 2016, p. 36).

Assim, do retro exposto, conclui-se que na fase da vingança divina, a concepção de crime e de punição estava ligada ao sentimento religioso, pois a punição servia para satisfazer a divindade ofendida e para purificar a alma do criminoso, bem como para intimidar os demais membros do grupo coletivo, a fim de que não incorressem na prática geradora do castigo. Esse mesmo castigo, aplicados pelos sacerdotes, era caracterizado principalmente por sua severidade.

## Vingança privada

Superadas as fases anteriores, surge a vingança pública. Nesse momento, com o melhor desenvolvimento social, o Estado passa a ser o responsável por punir, mas ainda mantém os mesmos caracteres de crueldade e severidade observados nos momentos anteriores (BITENCOURT, 2016, p. 37).

Nesse momento a pena era justificada pela necessidade de se proteger o soberano, visto como representante de deus dentro da sociedade que comandava. Observa-se, portanto nítida ligação entre o poder divino e o poder público (BITENCOURT, 2016, p. 37).

## Direito Penal na Idade Antiga

### Direito Penal Romano

Na História de Roma prevaleceu em um primeiro momento o direito consuetudinário. Nesse período, a Lei das XII Tábuas surge como uma limitação à existência da vingança privada, que adotou a lei de talião (BITENCOURT, 2016, p. 38-39).

Nesse primeiro momento também surge a distinção entre crimes públicos e privados, naqueles incluídas a conspiração contra o Estado e o assassinato; nestes, os demais crimes, que se resumiam a ofensas ao indivíduo. Assim, os crimes públicos eram julgados pelo Estado, cuja pena era a morte. Já os crimes privados eram punidos pelo próprio particular ofendido (BITENCOURT, 2016, p. 39).

No século 80 a.C. surgem as *leges corneliae* e *Julia*, que tipificaram várias condutas, elevando-as à categoria de crimes, sendo que a primeira elencava os crimes praticados entre os cidadãos e a segunda previa os crimes praticados contra o Estado. Assim surge pela primeira vez o conceito de reserva legal (BITENCOURT, 2016, p. 39-40).

Com o tempo desaparece a vingança privada, substituída pela atuação estatal. Todavia, a pena preserva seu caráter meramente retributivo (BITENCOURT, 2016).

### Direito Penal Grego

Nos primórdios da Grécia Antiga, predominava a vingança privada, nos moldes já abordados em tópico anterior. Posteriormente surge um período religioso, onde o Estado se encarrega de punir, mas o faz em nome de Zeus, aproximando-se da figura da vingança divina. Em uma terceira fase, a religião viria a se dissociar do Estado no que diz respeito à aplicação de penas, que passava a seguir fundamentos morais e civis (DOTTI, 2002, p. 132).

## Direito Penal na Idade Média

### Direito Penal Germânico

O Direito Penal Germânico era principalmente um direito consuetudinário, ou seja, pautado nos costumes do grupo. Quando se tratava de crime de caráter público, qualquer pessoa era autorizada a punir o infrator. Quando se tratava de crime de caráter privado, o infrator era entregue à família do ofendido para que esta procedesse à punição, a qual assumia os contornos da vingança de sangue (BITENCOURT, 2016, p. 42).

Posteriormente, a composição veio a ser adotada pelos germânicos, em busca da superação da vingança de sangue. A composição nada mais era que o dever de reparar o dano causado mediante o pagamento de uma quantia, que funcionava em parte como forma de reparar o dano causado e em parte como forma de punição, já que uma fração daquele valor era destinada ao Estado, considerada o preço da paz. Nesse caso as penas corporais foram assumindo um caráter subsidiário, o que significa dizer que só seriam aplicadas caso o infrator não possuísse meios de pagar sua dívida (BITENCOURT, 2016, p. 42).

Claro que a transição entre a vingança de sangue e a composição foi gradual, já que em um primeiro momento era uma forma facultativa de compensar o dano causado, mas que posteriormente, com o fortalecimento do Estado, tornou-se obrigatória (BITENCOURT, 2016, p. 42).

Posteriormente, por influência do Cristianismo e do Direito Romano, os germânicos viriam a adotar o talião (BITENCOURT, 2016, p. 42).

### Direito Penal Canônico

Na Idade Média o Direito Penal sofreu grandes influências do Cristianismo, dado o fortalecimento da Igreja Católica na época. Inicialmente o direito canônico tinha caráter meramente disciplinar, mas aos poucos foi se estendendo também aos leigos, desde que a infração por eles cometida tivesse alguma ligação com a matéria religiosa (BITENCOURT, 2016, p. 42).

Nesse sentido, o Direito Canônico dividia os delitos em três espécies: (i) *delicta ecclseiaſtia*, que ofendiam o direito divino e eram punidos pelos tribunais eclesiásticos; (ii) *delicta mere ſecularia*, que feria somente o direito laico, e, portanto, era julgado pelo Estado e (iii) *delicta mixta*, delitos que violavam tanto as leis seculares quanto as leis canônicas (BITENCOURT, 2016, p. 42).

É também nessa época que surgem os primeiros paralelos do que viriam a ser as penitenciárias e o espírito reabilitador do Direito Penal (BITENCOURT, 2016, p. 42).

## **Direito Penal na Idade Moderna – Período Humanitário**

Por volta do século XVIII, com o advento do Iluminismo, iniciou-se um movimento de questionamento do sistema penal até então vigente. As penas, em suas grandes majorias cruéis, desproporcionais e centradas em castigar o corpo do infrator e aplicadas ao arbítrio dos juízes foram nesse período questionadas (BITENCOURT, 2016, p. 42).

É sob a luz de ideias iluministas e humanitárias que pensadores como Voltaire, Montesquieu e Rousseau iniciaram um movimento de crítica que culminaria na reforma do sistema vigente àquela época (BITENCOURT, 2016, p. 42).

Nesse cenário começa-se a considerar que (BITENCOURT, 2016, p. 42):

A pena deve ser proporcional ao crime, devendo se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinquente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquente.

Assim, a proporcionalidade entre o crime e sua respectiva punição começou a ser levada em consideração, sendo, para imposição da pena, analisados diversos fatores, além da simples vontade do julgador.

## **Direito Penal no Brasil**

### **Período Colonial**

Em um primeiro momento, pré-descobrimento, as sociedades aqui presentes seguiam os mesmos pressupostos adotados na vingança privada, sem prejuízo da composição e da pena de expulsão da tribo, modalidades com as quais os povos nativos eventualmente tiveram contato. As penas eram predominantemente corporais, ligadas ao misticismo, e ligadas ao costume (MASSON, 2020, p. 69).

Em um segundo momento, após a chegada dos portugueses ao Brasil, passou a vigorar o direito de Portugal, sendo que três ordenações merecem destaque nesse período: as Afonsinas, as Manuelinas e as Filipinas (MASSON, 2020, p. 69).

As primeiras, que vigoraram entre 1446 e 1514, eram baseadas no Direito Romano e Canônico e possuíam como traços marcantes “a crueldade das penas, a inexistência de princípios sagrados como o da legalidade e o da ampla defesa, predominando a arbitrariedade dos juízes quando da fixação da pena” (MASSON, 2020, p. 69).

Nas segundas, que passaram a vigorar a partir de 1514, apresentavam caracteres da vingança pública e eram marcadas pela crueldade em sua aplicação. No mais, com o advento das capitânias

hereditárias, a aplicação do direito cabia a cada donatário (MASSON, 2020, p. 69-70).

As terceiras, que vigoraram de 1603 até 1830, mantiveram as características observadas anteriormente. As penas passavam da pessoa do condenado, não havia direito de defesa e o tratamento punitivo era desigual entre as classes sociais (MASSON, 2020, p. 70).

## Código Criminal do Império

Com Constituição de 1824, foi criado um novo Código Criminal para o Império. Aludido código apresentou visíveis evoluções no sentido de um direito mais humanista. Notadamente, foram abolidas as penas de açoite, marca de ferro quente e outras penas cruéis. Marcadamente, também previu o princípio da intransmissibilidade das penas<sup>1</sup>. A despeito disso, ainda eram previstas as penas de forca, trabalhos forçados e banimento, por exemplo. (MASSON, 2020, p. 70).

## Período Republicano

Após a Proclamação da República, criou-se um novo Código Penal, em 1890. Por conta de suas diversas falhas, foram editadas diversas leis extravagantes no afã de resolver os problemas apresentados pelo codex. Todo esse conjunto veio a se unir no que ficou denominado como Consolidação das Leis Penais, promulgada em 1932 (MASSON, 2020, p. 70).

Em 1937 foi editado um Novo Código Penal, sancionado em 1940, em vigor até os dias atuais, apesar das diversas reformas que sofreu, como a reforma da parte geral do Código Penal (Lei. 7.209/1984) (MASSON, 2020, p. 70).

## DA PENA

### Das Funções da Pena

Três são as principais teorias acerca das funções das penas: as teorias retributivas, as teorias relativas e as teorias unificadoras ou ecléticas.

As teorias retributivas ganham contorno no Estado Absolutista. Nele, a pena desempenha o papel de retribuir um mal causado. É um primeiro momento, no qual a sanção possui um fim em si mesma; ela existe unicamente para punir (BITENCOURT, 2017).

Ao transicionar de um Estado Absoluto para um Estado Liberal Burguês, influenciado por ideais iluministas e cunhado nas premissas do Estado de Direito, também o farão as penas. Estas deixam de ter um caráter pautado na imposição do mal pelo mal e ganham uma finalidade outra: a prevenção de novos delitos e a reeducação do infrator (BITENCOURT, 2017).

---

<sup>1</sup> Nenhuma pena passará da pessoa do condenado.



Tal prevenção possui então dois destinatários distintos: à coletividade, a chamada prevenção geral, ao delinquente, a prevenção especial (BITENCOURT, 2017).

A prevenção geral se aplica a todo o corpo social, subdividindo-se em duas: uma prevenção negativa, que o intimida e desencoraja seus membros a praticarem novas infrações; bem como uma prevenção positiva, que tem por fim reforçar a crença das pessoas no funcionamento do sistema penal (BITENCOURT, 2017).

Se a prevenção geral atravessa o corpo coletivo, a prevenção especial atravessa o indivíduo infrator em si, agindo exclusivamente neste. Esta pode ser positiva, na medida em que reeduca o infrator, preparando-o para ser reinserido no convívio social, ou negativa, na medida em que o impede de cometer novos delitos, uma vez que sua liberdade se encontra tolhida (BITENCOURT, 2017).

Por fim, as teorias unificadoras ou ecléticas tentam reunir os principais aspectos das teorias anteriores em uma só. Portanto, a pena teria a função de prevenção, geral e especial, negativas e positivas (BITENCOURT, 2018).

Salienta-se ser essa a teoria adotada no Brasil, na medida em que o artigo 23 59 do Código Penal <sup>2</sup> prescreve que a pena deve ser o suficiente à reprovação e prevenção do crime (GRECCO, 2009, p. 491).

## **Do Cálculo da Pena**

Cleber Masson, (2020, p. 567) conceitua a aplicação da pena privativa de liberdade como:

A atividade exclusivamente judicial consiste em fixá-la, na sentença, depois de superadas todas as etapas do devido processo legal, em quantidade determinada e respeitando os requisitos legais, em desfavor do réu a quem foi imputada a autoria ou participação em uma infração penal.

O professor e defensor público Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2014, n.p.) explica que a necessidade de padronização do procedimento de fixação da pena encontra respaldo na busca pela segurança jurídica, ao mesmo tempo em que se mostra como uma garantia aos cidadãos:

A padronização na fixação da pena é importante na busca de segurança jurídica, pois se cada julgador estabelecesse um proceder diverso haveria sanções diferentes para casos semelhantes, quebrando a

---

<sup>2</sup> 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 [...]

isonomia. Também é garantia do cidadão, uma vez que a fixação de critérios certos torna a pena a ser aplicada mais previsível, compatibilizando a individualização com a legalidade das penas.

Por muito tempo houve divergência entre os penalistas acerca do método mais recomendável para o cálculo da pena privativa de liberdade. Sobre o tema, Roberto Lyra defendia que o processo de individualização da pena deveria ocorrer em dois momentos: no primeiro, seriam consideradas as circunstâncias judiciais e as causas agravantes e atenuantes para se obter a pena-base; sobre esta, incidiriam as causas de aumento e diminuição de pena, que culminariam na pena definitiva (BOSCHI, 2014, p. 150-151).

Roberto Lyra (1942, p. 173 apud BOSCHI, 2014, p. 151), afirmava que o juiz:

Apreciando em conjunto a realidade, segundo os critérios gerais do art. 42, e atendidas sempre as situações dos arts. 44 e 48 (no caso do concurso de pessoas, atua, também, o art. 45), estabelecerá a pena-base, sobre a qual incidirá o aumento ou a diminuição especificados, quer na parte geral, que na parte especial (art. 50 e seus parágrafos) e a diminuição prevista no art. 6º(...) Quando não ocorrerem causas de aumento e de diminuição, que são inconfundíveis com as circunstâncias agravantes e atenuantes explícitas e peremptórias e com as decorrentes do art. 42, a quantidade da pena resulta, exclusivamente, do uso da faculdade do art. 42 e do cumprimento obrigatório dos preceitos dos arts 44 a 48, atendido sempre o art. 49

Um segundo posicionamento, defendido por Nelson Hungria, apontava a necessidade de se observarem três momentos distintos na aplicação da pena: primeiro, deveriam ser consideradas as circunstâncias judiciais para fixar a penabase; após, as causas legais agravantes e atenuantes e; por fim, deveria fazer incidir sobre o valor obtido na pena provisória as causas de aumento e diminuição de pena (BOSCHI, 2014, p. 151).

Conforme os ensinamentos de José Antônio Paganella Boschi (2014, p. 152), o segundo entendimento foi adotado pelo Código Penal Brasileiro, “por considerá-lo mais afinado com o sentido da individualização judicial da pena”.

Com efeito, o artigo 68 do Código Penal traz que:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento (BRASIL, 1940, on-line).

Assim, conforme o dispositivo supra e em consonância com o entendimento de Nelson Hungria, acima externado nos ensinamentos de José Antônio Paganella Boschi (2014, p. 151), fixou-se o entendimento no sentido de que a aplicação da pena privativa de liberdade deve pautar-se pelo método trifásico.

Cleber Masson (2020, p. 269) chama a atenção para o fato de que as circunstâncias podem ser judiciais – aquelas relacionadas ao crime e ao agente, que dependem da valoração do magistrado e possuem aplicação residual – ou legais. Por sua vez, estas são as qualificadoras, agravantes e atenuantes genéricas e as causas de aumento e diminuição de pena. Segundo BOSCHI (2014, p. 161) são denominadas como legais, pois sua carga de valor é estabelecida pelo legislador e não pelo magistrado:

Assim, por exemplo, os antecedentes ou a conduta social – como circunstâncias judiciais – poderão ser valorados positivamente num processo e negativamente em outro processo, tudo dependendo das informações sobre a folha corrida ou o comportamento do acusado em sociedade, respectivamente.

De outro lado, a reincidência como agravante (art. 61, I), a menoridade como atenuante (art. 65, I), o emprego de arma no roubo (art. 157, 2º, I) como majorante, necessariamente agravarão, atenuarão, exasperarão ou minorarão as penas-base e provisória, restringindo-se a função judicial a proceder aos cálculos em acordo com o sentido proposto pela circunstância agravante, atenuante, majorante ou minorante.

Apenas para reforçar, segundo o método trifásico, a pena é fixada da seguinte forma: “1ª fase: circunstâncias judiciais, dentro dos limites previstos no tipo simples ou qualificado”; “2ª fase: agravantes e atenuantes genéricas”; “3ª fase: causas de aumento e diminuição” (JUNQUEIRA, 2014, n.p.).

## Circunstâncias Judiciais

As circunstâncias judiciais, valoradas na primeira fase da dosimetria da pena (JUNQUEIRA, 2014, n.p.) estão previstas no art. 59 do Código Penal, in litteris:

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: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a

substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940, online)

Conforme descreve o dispositivo retro, são oito as circunstâncias judiciais previstas no Código Penal: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

A culpabilidade deve ser entendida como o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada pelo agente que cometeu a infração penal (MASSON, 2020).

Antecedentes, nas palavras de Cleber Masson (2020), são os dados relacionados à vida pregressa da vida do condenado, que não configurem reincidência, desde que constantes em sua folha de antecedentes.

A conduta social corresponde a todos os outros fatos que, embora não constem em ficha criminal, abonam ou desabonam a vida do condenado até o momento do fato (MASSON, 2020).

A personalidade é “o perfil subjetivo do réu, nos aspectos moral e psicológico, pelo qual se analisa se tem ou não o caráter voltado à prática de infrações penais” (MASSON, 2020, p. 581).

Reputa-se ainda que infrações praticadas pelo agente antes da maioridade, bem como aquelas cometidas após o cometimento do fato objeto ao que se busca imputar a pena, mas antes de proferida a sentença, são valoradas nesta circunstância (BITENCOURT, 2017).

Os motivos são as justificativas que levaram o agente a praticar a conduta imputada na norma penal como delituosa. Por sua vez diferem do dolo e da culpa, pois são desvinculados do tipo penal e mostram os desejos do agente (MASSON, 2020, p. 582).

As circunstâncias do crime podem ser quaisquer outros elementos que não configurem uma das outras circunstâncias judiciais. Nesse sentido, Cleber Masson (2020, p. 582) explica que:

[...] são os dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, mas que não integram sua estrutura, tais como o modo de execução do crime, os instrumentos empregados em sua prática, as condições de tempo e de local em que ocorreu o ilícito penal, o relacionamento entre o agente e o ofendido etc.

Já as consequências do crime são “o conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime” (MASSON, 2020, p. 583). Em verdade, não se confundem com os efeitos esperados do próprio crime – não se pode dizer, por exemplo, que a morte, no caso do homicídio, é uma consequência, pois é o deslinde elementar do tipo – outra é a situação do homicida que ceifa a vida de um arrimo de família, deixado esta desamparada (BITENCOURT, 2017), ou daquele que, ao difamar outrem, faz com que este perca seu emprego e fonte de renda.

Por fim, o comportamento da vítima são as atitudes [da vítima] que venham a contribuir ou facilitar o cometimento do delito por parte do agente, mesmo sem configurar injusta provocação (MASSON, 2020, p. 583).

Havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (2019, on-line) é de que, para cada circunstância judicial a ser valorada negativamente, deve-se exasperar a pena-base em 1/6 do mínimo legal previsto no preceito secundário de cada tipo, nos seguintes termos:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM 1/6. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. AFASTAMENTO DA MODULADORA DA PERSONALIDADE DESFAVORÁVEL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. MATÉRIA SUSCITADA APENAS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ENFRENTAMENTO DE OFÍCIO. DESNECESSIDADE. INALTERABILIDADE DA SITUAÇÃO DO AGRAVANTE. CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA REMANESCENTE. MAUS ANTECEDENTES. 1. A despeito de o agravante ter apresentado sua insurgência nas razões de embargos de declaração, o Tribunal de origem não analisou a matéria referente à motivação utilizada para negatificação da personalidade do agente. A argumentação adotada pelo Desembargador, de mais a mais, configura apenas obter dictum, não integrando, portanto, as razões de decidir do órgão colegiado local. 2. Na carência de razão especial para estabelecimento de outro parâmetro, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 para cada moduladora negativada, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Precedente. 3. No caso, o Juiz sentenciante elevou a pena-base em 1/6, mesmo diante da negatificação de duas das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal. Ainda que afastada uma delas, remanesceria fundamento para o acréscimo de 1/6, em decorrência da outra. Desnecessário o enfrentamento de ofício das alegações, diante da ausência, na prática, de alteração da situação do agravante. 4. Agravo regimental improvido

A doutrina, por outro lado, sugere que se adote o critério de 1/8 para cada 28 circunstância judicial, conforme segue:

Não se pode olvidar, por fim, que o art. 59 reúne oito moduladores que orientam a definição da pena-base, podendo-se atribuir, hipoteticamente, um oitavo para

cada modulador, significando que duas operadoras desfavoráveis, por exemplo, representam dois oitavos, três desfavoráveis representam três oitavos etc., restando seis oitavos, teoricamente, favoráveis ao acusado [...] (BITENCOURT, 2017, n.p.).

Todavia, José Antônio Paganella Boschi (2014, p. 182) alerta que o “sistema legal em vigor, a par da relativa complexidade, não é mecânico, nem a individualização da pena guia-se por critérios aritméticos ou de lógica formal”, isso porque “[...] a individualização da pena é atividade que não se orienta por critérios exatos, matemáticos, rígidos, uma vez que se reconhece ao juiz certo elastério nesse campo [...]” (BOSCHI, 2014, p. 186).

Assim, alega que na mensuração da pena-base, conquanto todas as circunstâncias judiciais sejam valoradas positivamente, isto é, em favor do acusado, deverá ser a pena-base fixada no mínimo legal, tendo em vista ser o fato minimamente reprovável (BOSCHI, 2014, p. 183).

Havendo algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base deverá ser fixada um pouco acima do mínimo legal (BOSCHI, 2014, p. 186). Todavia, sendo o conjunto das circunstâncias desfavorável, deverá a pena-base aproximar-se do termo médio, isso porque a fixação de pena acima desse patamar, ou mesmo próxima ao máximo legal “implicaria ignorar a progressividade inerente ao método trifásico” (BOSCHI, 2014, p.188).

#### Agravantes e atenuantes genéricas

Na segunda fase da dosimetria da pena são valoradas as circunstâncias agravantes e atenuantes (JUNQUEIRA, 2014, n.p.), estas são “circunstâncias legais, de natureza objetiva ou subjetiva, não integrantes da estrutura do tipo penal, mas que a ele se ligam com a finalidade de diminuir ou aumentar a pena” (MASSON, p. 584, 2020).

Agravantes e atenuantes podem ser genéricos, quando previstas no Código 29 Penal; ou específicas, quando previstas em leis esparsas, a exemplo do Código de Trânsito Brasileiro em seu art. 298 (MASSON, 2020). As agravantes são aplicáveis somente aos crimes dolosos, “já que seria incompatível a incidência nos crimes culposos, não se justificando a elevação da pena quando produzido involuntariamente” (MASSON, 2020, p. 585).

Rodrigo Roig (2015, n.p.) expande a justificação acima ao afirmar que a intencionalidade é elemento vinculado à existência das agravantes, pois não se poderia agravar o crime culposo por circunstâncias que pressupõem consciência e vontade.

As agravantes e atenuantes, assim como as circunstâncias judiciais, não possuem valores predeterminados para se agravar ou atenuar a pena. Entretanto, para BOSCHI (2014, p. 242) a adoção do valor de 1/6 da pena-base mostra-se mais adequada. Tal posicionamento também é adotado na jurisprudência, conforme segue:

HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PATAMAR DE AUMENTO À FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). ORDEM CONCEDIDA. 1. A quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas deve se pautar pelo patamar mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6 (um sexto). Precedentes do STJ. 2. A reincidência específica não enseja aumento da pena na segunda fase da dosimetria, de forma isolada, em patamar mais elevado. 3. Concedida a ordem de habeas corpus a fim de, reformando o acórdão recorrido, fixar a fração de 1/6 (um sexto) para a reincidência específica, e readequar a pena do Paciente ao patamar de 7 (sete) anos 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, mantidos os demais aspectos da dosimetria. (STJ, on-line).

As agravantes genéricas estão previstas no art. 61 do Código Penal, que diz:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada. (BRASIL, 1940)

Quanto à reincidência, prevista no inciso I do dispositivo acima, preconiza o art. 63 do Código Penal que esta ocorre “quando o agente comete

novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (BRASIL, 1940). Desta forma, “cuida-se da condenação definitiva, no Brasil ou exterior, pela prática de novo crime” (MASSON, 2020, p. 587).

Motivo fútil, previsto no art. 61, II, a, é aquele insignificante, egoísta ou mesquinho, ao passo que o motivo torpe é o repugnante ou vil (MASSON, 2020).

Já o inciso I, alínea b do dispositivo anterior incide naqueles casos em que há uma ligação entre dois ou mais crimes, quando um se presta a assegurar a execução ou a ocultação, como no caso daquele que furta um banco para, com o dinheiro, adquirir um veículo roubado; ou quando se presta a facilitar ou assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime, como por exemplo, no caso daquele que coage uma testemunha para não incriminar em juízo (MASSON, 2020, p. 598)

No que diz respeito à hipótese do art. 61, II, c, MASSON (2020) classifica a traição como a quebra de confiança; a emboscada é a cilada e por sua vez a dissimulação é o disfarce, a ocultação da vontade criminosa.

Quanto ao caso do art. 61, II, d, incumbe ressaltar que meio insidioso é aquele “dissimulado em sua capacidade danosa” (MASSON, p. 599, 2020), que passa despercebida pela vítima e cujo “exemplo legal é o veneno” (MASSON, p. 599, 2020). De outro passo o meio cruel é aquele que causa intenso sofrimento à vítima, a exemplo do fogo e da tortura (MASSON, 2020).

Por sua vez, a agravante prevista no art. 61, II, e, objetiva reprovar “a quebra das relações de confiança, solidariedade, fraternidade, respeito e apoio mútuo, ou seja, dos valores que presidem a vida em família [...]” (BOSCHI, 2014, p. 216).

O termo “autoridade”, previsto no art. 61, II, f, refere-se às relações próprias do direito privado, a exemplo da relação curador e curatelado, em oposição à relação de funcionário e superior hierárquico, por exemplo.

Ainda no que atine ao art. 61, II, f, o termo “Relações domésticas” diz respeito àquelas desenvolvidas no seio da família. “Coabitação” é a moradia sob o mesmo teto. “Hospitalidade” refere-se à recepção eventual e voluntária (MASSON, 2020).

Já na parte final da alínea, o código remete à legislação especial: trata-se da lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) (MASSON, 2020).

No caso do art. 61, II, g, o termo “abuso de poder e a violação de dever inerente a cargo” refere-se aos atos praticados por funcionários públicos, valendo-se dessa posição, o que em alguns casos pode configurar crime autônomo, como bem pontua Cleber Masson (2020, p. 601).

Cleber Masson (2020) prossegue explicando que o ofício é toda atividade remunerada de cunho manual. Já o ministério relaciona-se ao exercício de um culto religioso e o termo profissão se refere a toda atividade remunerada que exige conhecimentos específicos para tanto, como no caso de dentistas, engenheiros, arquitetos, advogados, etc.

Já no caso do art. 61, II, h, cumpre ressaltar que “criança” é toda a pessoa de até 12 anos incompletos (art. 2º, caput do ECA – Lei. 8.069/90).



“Idoso” é todo aquele maior de 60 anos (art. 1º, caput do Estatuto do Idoso – Lei. 10.741/03). Com relação à “mulher grávida”, Cleber Masson (2020, p.602) salienta que: “para justificar a agravante, deve ser aquela em estágio avançado da gestação, capaz de torná-la mais vulnerável às investidas criminosas”.

Ainda, o termo “autoridade”, na hipótese do art. 61, II, i, diz respeito à autoridade pública, podendo-se citar o conduzido preso, o doente mental recolhido a manicômio judicial ou a criança acompanhada por policial. Por outro lado, no caso do art. 353<sup>3</sup> do Código Penal, não incidirá a agravante, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

No caso do art. 61, II, j, Cleber Masson (2020, p. 602) explica que: “calamidade pública é o acidente generalizado, a tragédia que engloba um número indeterminado de pessoas”, por outro lado, desgraça particular do ofendido é “o acidente ou tragédia relativo a uma pessoa ou a um grupo determinado de pessoas. Exemplo: saque de bens da vítima logo após o capotamento do seu automóvel” (MASSON, 2020, p. 602).

Ademais, verifica-se a agravante do art. 61, II, j, quando a embriaguez é voluntária e dolosa, obtida pela ingestão de álcool ou de outra substância com efeito semelhante, determina a maior reprovação penal, quando o objetivo do agente é romper os freios inibitórios que o impedem de praticar determinado fato (BOSCHI, 2014, p. 222).

Em caso de concurso de pessoas aplicam-se também as disposições previstas no art. 62 do Código Penal:

Art. 62. A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I – Promove, ou organiza a cooperação no rime ou dirige a atividade dos demais agentes;

II – Coage ou induz outrem à execução material do crime;

III – Instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;

IV – Executa o crime, o nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

A hipótese do inciso I trata-se daquele que arquiteta “mentalmente a estrutura do delito de modo a permitir a operacionalização da conduta ilícita”. Ademais deve existir a “real hierarquia do agente sobre os demais comparsas”. Desta forma, “não há aumento de pena na hipótese de simples sugestão quanto à prática da infração penal” (MASSON, 2020, p. 603).

Na forma do inciso II, coagir significa obrigar, mediante violência ou grave ameaça. Caso se trate de ameaça resistível, haverá o concurso de pessoas, nessa hipótese a pena daquele que coagiu será, em tese, maior.

---

<sup>3</sup> Art. 353 - Arrebatado preso, a fim de maltratá-lo, do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda:

Por outro lado, quem induz, sugere, dá uma ideia, sem necessariamente obrigar outro (MASSON, 2020).

Quanto à hipótese do inciso III, vale mencionar que instigar é “reforçar a ideia criminosa já existente” (MASSON, 2020, p.604). Determinar é “ordenar a prática do delito” (MASSON, 2020, p. 604), e nesse caso pouco importa a relação da autoridade, bastando que seja possível ao agente influir na vontade de outrem.

Na hipótese do inciso IV Cleber Masson (2020) diferencia os dois conceitos: paga seria o valor entregue ao criminoso antes da prática da conduta; já a promessa de recompensa é aquela entregue após a prática do ato criminoso. Assevera ainda que em nenhum dos casos é necessário que o agente receba o acordado, bastando que lhe seja prometido e que o agente atue em função dessa promessa.

Por sua vez, as atenuantes encontram-se previstas nos artigos seguintes:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena  
I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;  
II – o desconhecimento da lei;  
III - ter o agente:  
a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;  
b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;  
c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;  
d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou. (BRASIL, 1940).

A previsão do art. 65, I, trata da menoridade relativa, justificada pela dita imaturidade do agente; e da velhice, justificada pela dificuldade do maior de 70 anos em suportar eventual pena a ele imposta.

Com relação ao art. 65, II, não se olvida que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (BRASIL, 1942), o que não obsta, entretanto, que o agente tenha sua pena diminuída. Cleber Masson (2020), explica que tal atenuante existe ante a complexidade e dinamicidade da legislação penal brasileira.

No que atine ao art. 65, III, a, diz-se valor social aquele que “atende aos anseios da coletividade”, por sua vez, valor moral é aquele que “diz respeito ao agente, e está em conformidade com a moralidade e os princípios éticos dominantes” (MASSON, 2020, p. 607). De toda forma, na análise quanto à relevância do valor deve partir do parâmetro do dito homem médio, nem tão brilhante, nem tão estúpido (MASSON, 2020).

Já a previsão do art. 65, III, b, se justifica como verdadeira política criminal, “buscando estimular o acusado, mediante a diminuição de sua pena, a reparar o dano provocado a um bem jurídico penalmente tutelado” (MASSON, 2020, p.607).

No caso do art. 65, III, c, vale frisar que caso a coação seja física e irresistível o fato será atípico; sendo moral e irresistível o fato não será punível. De outra monta, sendo resistível a coação, haverá que se falar em concurso de pessoas: quem coage terá sua pena agravada (art. 61, II do Código Penal) e quem é coagido tem a pena diminuída (MASSON, 2020).

Já a hipótese do art. 65, III, d, vale destacar que se trata de uma atenuante objetiva, pois independe de valoração do magistrado. Ademais, pode ser parcial, não abrangendo todas as qualificadoras do crime (MASSON, 2020). De mais a mais, convém salientar a súmula 545, que diz: “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal” (STJ, 2015, on-line). Por sua vez, no que atine ao art. 65, III, e, cabe destacar que aquele que causou o tumulto não terá direito à redução de pena (MASSON, 2020, p. 453).

Tratou o legislador de estabelecer as chamadas atenuantes inominadas. Significa dizer que qualquer outra circunstância no caso concreto que o juiz reputar relevante poderá ser utilizada para reduzir a pena na segunda fase da dosimetria (MASSON, 2020, p. 611). Nesse sentido, dispõe a redação do art. 66 do Código Penal (BRASIL, 1940) que: “a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei”.

## Causas de Aumento e Diminuição de Pena

As causas de aumento e diminuição de pena são circunstâncias previstas na Parte Geral ou Especial do Código Penal, e também na legislação especial, em quantidade fixa ou variável e que incidem sobre a pena provisória, resultante da segunda fase da dosimetria da pena (MASSON, 2020, p. 613). Tais causas, aplicáveis na terceira fase da dosimetria, podem extrapolar os limites mínimos e máximos fixados pelo tipo penal simples ou qualificado (JUNQUEIRA, 2014, n.p.)

As causas de aumento e diminuição de pena podem ser genéricas, quando previstas na Parte Geral do Código Penal, ou especiais, quando contidas na Parte Especial do Código Penal (JESUS, 2015, n.p.).

Cezar Roberto Bitencourt (2018, n.p.) atenta para importante distinção entre as majorantes e minorantes e as qualificadoras:

Alguns doutrinadores não fazem distinção entre as majorantes e minorantes e as qualificadoras. No entanto, as qualificadoras constituem verdadeiros tipos penais – tipos derivados – com novos limites, mínimo e máximo, enquanto as majorantes e minorantes, como simples causas modificadoras da pena, somente estabelecem a

sua variação, fixa ou variável. Com efeito, no crime qualificado a pena-base já partirá desse limite mínimo cominado no tipo qualificado, como por exemplo, no homicídio qualificado, cuja pena mínima é de doze anos, ou seja, o dobro da pena mínima cominada ao homicídio simples, muito superior, portanto, à pena que lhe é cominada. [...] Ademais, as majorantes e minorantes funcionam como modificadoras na terceira fase do cálculo da pena, o que não ocorre com as qualificadoras, que estabelecem limites mais elevados, dentro dos quais será calculada a pena-base. Assim, por exemplo, enquanto a previsão do art. 121, 2º caracteriza uma qualificadora, a do art. 155, § 1º, configura uma majorante.

Nesta fase, ainda, aplicam-se as causas de aumento e de diminuição de pena, nesta ordem e em sucessão (BITENCOURT, 2015, n.p.). Sem prejuízo, incidindo no caso mais de uma majorante ou minorante previstas na Parte Especial do Código Penal, prescreve o art. 68, parágrafo único do mesmo diploma que “[...] pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua” (BRASIL, 1940).

## **DA REDUÇÃO DA PENA PROVISÓRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL**

Acerca da problemática que ronda o tema, cabe apresentar inicialmente quais as posições existentes.

De pronto verifica-se que a o entendimento jurisprudencial majoritário advoga no sentido de ser impossível a redução da pena intermediária abaixo do mínimo legal face ao reconhecimento de alguma atenuante. Colaciona-se abaixo os seguintes julgados, a título de exemplo, o entendimento do STJ é o que segue:

PENAL E PROCESSUAL. HAVEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO, PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ATENUANTE. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. A jurisprudência do Superior tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. Esta Corte de Justiça entende ser inaplicável ao crime de roubo o princípio da insignificância, por se tratar de delito complexo que

ofende o direito ao patrimônio e à integridade física da vítima. 3. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena pelo reconhecimento da confissão espontânea. 4. Embora a paciente tenha sido condenada a reprimenda inferior a 8 anos, qual seja, 5 anos e 4 meses de reclusão, pelo delito de roubo com emprego de arma, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação concreta a justificar o regime inicial fechado. Mantido, portanto, o regime de cumprimento de pena. 5. Habeas corpus não conhecido (STJ, 2015, online).

E no STF:

Decisão: Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado (eDOC,01, p. 257): [...]1. Solidamente comprovadas as materialidades e autoria delitivas, descabe o pleito absolutório por insuficiência probatória. 2 Não comprovada a tese defensiva de coação moral irresistível (cuja comprovação cabe à defesa, conforme regra do art. 156 do CPP) e sendo inverossímil a versão apresentada pelo réu em autodefesa, descabe o pleito absolutório por ausência de culpabilidade. 3. Desclassifica-se a conduta de latrocínio tentado para roubo simples diante da insuficiência de provas quanto ao liame subjetivo entre o acusado e o comparsa que efetivamente empregou violência tendente à produção do resultado – morte – especificamente quanto a esse ponto, sendo de aplicar, em atenção ao princípio – in dubio pro reo – a regra do artigo 29, §2º, primeira parte, do CP, ao entendimento de que o réu quis participar de crime menos grave. 3. Comprovado que os roubos se deram em concurso de agentes, incide a majorante do art. 157, § 2º, II, do CP. 4. Afasta-se a majorante referente ao emprego de arma (art. 157, §2º, I, do CP) diante da insuficiência probatória quanto ao ponto. 5. Não se reconhece a participação de menor importância (art. 29, §1º, do CP) do agente que conduz os coautores até o local do crime e de lá lhes dá fuga ao final da ação, em veículo automotor, diante da alta relevância causal da conduta. 6. A pena provisória deve restar fixada dentro dos limites mínimo e máximo cominados no preceito secundário do tipo penal [...] (STF, 2018, online)

Vários doutrinadores advogam no mesmo sentido, dentre eles, Julio Fabrini Mirabete (2014, p. 304), Fernando Capez (2009, p. 455) e Flávio Augusto Monteiro de Barros (2011, p. 511). A título de exemplo:

Em face de uma circunstância agravante ou atenuante, nem sempre a aplicação de seu efeito é obrigatória. Isso porque, tratando-se de circunstâncias legais genéricas, a pena não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo. Suponha-se que o juiz, atendendo ao art. 59, *caput*, fixe a pena no mínimo (pena-base). Na segunda operação, encontra uma atenuante. A pena não pode ser inferior ao mínimo legal. Suponha-se que o juiz aplique pena-base no máximo. Se encontrar uma circunstância qualificativa dos arts. 61 e 62, a pena não pode ultrapassar o máximo (JESUS, 2015, n.p.).

Ademais, o entendimento foi sedimentado pela súmula 231 do STJ, a qual dispõe que: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (STJ, 1999, on-line).

Por outro lado, a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo na segunda fase da dosimetria da pena é reconhecida por parte da doutrina. É nessa esteira que se encontram os ensinamentos de autores como Cezar Roberto Bitencourt (2016, p. 713), Paulo Queiroz (2019, on-line) e José Antônio Paganella Boschi (BOSCHI, 2014, p. 250), onde este último salienta que:

Já, quanto à possibilidade de individualização da pena provisória abaixo do mínimo legalmente cominado, por influência de circunstância atenuante, há, na doutrina, posições favoráveis e desfavoráveis.

A matéria, contudo, foi sumulada no STJ e pacificada no Supremo Tribunal Federal, no sentido proibitivo.

Em que pese a autoridade da Súmula, o sistema trifásico, a nosso ver, não põe obstáculo à hipótese sugerida, que bem reflete, aliás, o sentido e a finalidade do princípio da individualização da pena, examinado no primeiro capítulo deste livro.

## **Da Súmula 231 do STJ**

Cabe argumentar, de plano, que a existência de súmula não é empecilho à fixação da pena provisória abaixo do mínimo legal. A súmula, na verdade, não é mais que “a representação formal da jurisprudência pacífica, ou dominante, que emerge de um procedimento especificamente voltado ao reconhecimento da pacificação ou do domínio do entendimento jurisprudencial” (MONNERAT, 2019, n.p.)

Uma súmula não é, portanto, mais do que a representação formal de um entendimento jurisprudencial dominante. Ocorre que Orlando de Almeida Secco (2009, p. 307-308) já afirmava que a jurisprudência não é fixa nem imutável, mas que na verdade deve se adaptar aos novos valores, na medida em que a sociedade e o Direito mudam de conceitos. Como exemplo, o

próprio autor cita a súmula 152<sup>4</sup> do Supremo Tribunal Federal, expressamente revogada pela súmula 494<sup>5</sup> da mesma corte.

Não obstante, observam-se julgados aqui e ali que vão de encontro ao entendimento externado na súmula. A título de exemplo:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO PRATICADO NA EMBRATUR. ESTAGIÁRIO. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ATENUANTES. APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO-LEGAL. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA. 1. O estagiário de empresa pública federal é equiparado a funcionário público, na forma do art. 327 do Código Penal. 2.2 Não incidência do princípio da insignificância, pois se trata de crime contra a Administração Pública, cujo bem jurídico tutelado é a probidade, a moral administrativa, e não somente o patrimônio público 3. Não há que se falar em desnecessidade de aplicação da pena em razão de eventual humilhação e perda do estágio sofrida pela ré, pois são consequências naturais do delito por ela cometido. A punição administrativa independe da responsabilização penal. 4. Materialidade e autoria demonstradas pelas confissões da ré, pelos depoimentos das testemunhas e pelos documentos acostados nos autos. 5. O inciso XLVI do art. 5º da Carta Política estabelece o princípio da individualização da pena que, em linhas gerais, é a particularização da sanção, a medida judicial justa e adequada a tornar o sentenciado distinto dos demais. Assim, o Enunciado nº 231 da Súmula do STJ, e à não permitir a redução da pena abaixo do mínimo legal, se derivada da incidência de circunstância atenuante, data venia, viola frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como, também, os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da culpabilidade. 6. Em consonância com a Constituição Federal de 1988 (Estado Constitucional e Democrático de Direito), e à luz do sistema trifásico vigente, interpretar o art. 65, II, d, do Código Penal – a confissão espontânea sempre atenua a pena – de forma a não permitir a redução da sanção aquém do limite inicial, data venia, é violar frontalmente não só o princípio da individualização da pena, como também os princípios da legalidade, da

---

<sup>4</sup> A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em quatro anos a contar da abertura da sucessão (revogada).

<sup>5</sup> A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a súmula 152.

proporcionalidade e da culpabilidade. 7. Configuração da continuidade delitiva nos autos, haja vista que, por meio de três ações, foram praticados três crimes da mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. 8. Apelação da ré não provida e apelação do Parquet provida. (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, online).

O precedente também existe no Tribunal Regional Federal da segunda região, conforme segue:

PENAL – PROCESSO PENAL – ART 299 DO CP – FALSIDADE IDEOLÓGICA – MATERIALIDADE E AUTORA CONFIGURADAS EM RELAÇÃO À RÉ – CONSUNÇÃO DO DELITO DE USO PELO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA – RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE GENÉRICA JÁ TENDO SIDO A PENA BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – ABSOLVIÇÃO DO RÉU POR EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE – ART. 386, VI, DO CPP. I – Hipótese em que a ré, filha do réu, induz este em erro para que o mesmo apresente documento ideologicamente falso perante autoridade federal, com o fim de obter certidão criminal negativa da ré. II - O réu ELÓI deve ser absolvido por inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não podia agir conforme o direito na circunstância pessoal em que se encontrava. III – Comprovadas a materialidade e a autoria do delito em relação à ré e ausentes causas de exclusão do crime, mantém-se a condenação. IV – O crime descrito no art. 304 do CP, consubstanciado no uso do documento falso deve ser absorvido pela falsidade ideológica, por estar presente o nexo de dependência entre as condutas que se colocam de maneira irrefutável na mesma cadeia de acontecimentos. V – Alterada a jurisprudência deste relator quanto ao dogma da impossibilidade de reconhecimento de atenuante genérica do art. 65 do CP, já tendo fixado a pena-base no mínimo legal. VI – Respeitadas opiniões já têm se levantado no rumo da possibilidade do reconhecimento, ao exemplo da credenciada doutrina de Rogério Greco, sustentando, em síntese, que a vedação da referida redução é fruto de interpretação contra legem. Isto porque, o art. 65 do CP não restringiu a sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal; ao contrário, o mencionado artigo determina que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”. VII – Fosse a vontade do legislador que se excepcionasse a regra prevista, não teria, o mesmo, lançado mão do advérbio “sempre”, indicando aí o caminho interpretativo e a conclusão possível de que é coerente aplica-se o



dispositivo a toda e qualquer pena aplicada na primeira fase de sua fixação. Mantida a sentença no ponto. VIII Recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO; recurso de RAQUEL DA COSTA LIMA DESPROVIDO recurso de ELÓI DA COSTA LIMA PROVIDO para absolvê-lo na forma do art. 386, VI, do CPP. (BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, on-line)

Neste segundo julgado, novamente faz menção o douto desembargador à regra contida no art. 65 do Código Penal, no sentido de que as circunstâncias lá presentes sempre atenuam a pena para manter a sentença vergastada em seus termos.

Além disso, Diogo Veloso Leandro (2018, p. 52), em sua monografia, já atentava para a possibilidade de revisão, alteração ou cancelamento de súmulas pelos próprios ministros do Superior Tribunal de Justiça. Conforme alegado por ele, a proposta de revisão, alteração ou cancelamento será julgada pela Turma e se for acolhida será remetida à Corte Especial ou Seção para julgamento, após parecer do Ministério Público Federal. Ressalvou ainda que, em caso de cancelamento o número da súmula ficará vago, para o caso de ser restabelecida.

Com efeito, o artigo 125 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, por ele citado, dispõe:

Art. 125. Os enunciados da súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno. § 1º Qualquer dos Ministros poderá propor, em novos feitos, a revisão da jurisprudência compendiada na súmula, sobrestando-se o julgamento, se necessário.

§ 2º Se algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência compendiada na súmula, em julgamento perante a Turma, esta, se acolher a proposta, remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial, ou da Seção, dispensada a lavratura do acórdão, juntando-se, entretanto, as notas taquigráficas e tomando-se o parecer do Ministério Público Federal.

§ 3º A alteração ou o cancelamento do enunciado da súmula serão deliberados na Corte Especial ou nas Seções, conforme o caso, por maioria absoluta dos seus membros, com a presença de, no mínimo, dois terços de seus componentes. (BRASIL, STJ, on-line).

De tal norte, observa-se, além da existência de divergências acerca do tema objeto desta monografia, que a incidência da súmula 231 do STJ não vincula o entendimento do magistrado à sua observância, haja vista a existência de decisões em sentido contrário, tampouco é impassível de ser superada, observadas as disposições do regimento interno do próprio Tribunal que a editou.

## **A Origem do entendimento segundo o qual a incidência de circunstância atenuante não poderia reduzir a pena aquém do mínimo legal**

Há que se observar também a origem do entendimento que inviabilizaria a aplicação da pena provisória abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria da pena. Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2017, n.p.), tal posicionamento surge de uma interpretação equivocada da antiga parte geral do Código Penal, revogada na reforma de 1984.

Para ele, o entendimento de que a circunstância atenuante não pode levar a pena aquém do mínimo legal partiu de uma interpretação desautorizada, baseada na proibição do parágrafo único do art. 48 do Código Penal, com redação anterior à reforma de 1984 (Lei 7.209/84), que não foi repetido após tal reforma, configurando uma espécie de analogia que combina o entendimento do parágrafo único revogado e o art. 61 do Código Penal vigente (BITENCOURT, 2017, n.p.).

De fato, dispunha antiga redação do art. 48 do Código Penal de 1940 (anterior à reforma de 1984), em seu parágrafo único que:

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 (BRASIL, 1940).

Assim, de acordo com a antiga redação, era vedada a redução da pena abaixo do mínimo legal nos casos em que o agente quis praticar de crime menos grave.

Com isso em mente, observa-se que de maneira alguma seria possível a analogia utilizando-se o antigo texto do art. 48, parágrafo único do Código Penal (anterior à reforma de 1984), ao atual método de dosimetria, até mesmo porque os dispositivos citados tratavam de situações diferentes. Advogando nesse sentido:

[...] não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há, com efeito, a ausência de lei que discipline especificamente essa situação. Na verdade, equipararam coisas distintas, dispositivos legais diferentes, ou seja, artigo revogado (art. 48, parágrafo único) e artigo em vigor (art. 65); aquele se referia a uma causa de diminuição específica; este às circunstâncias atenuantes genéricas, que são coisas absolutamente inconfundíveis; impossível, conseqüentemente, aplicar-se qualquer dos dois institutos, tanto da analogia quanto da interpretação analógica (BITENCOURT, 2017, n.p.).

Todavia, MAFRA (on-line) explica que mesmo após a alteração ocorrida no Código Penal em 1984, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça continuaram a pautar suas decisões com base em critérios anteriores à reforma legal, que guardavam estrita relação com o método bifásico, onde, na primeira fase, era vedada a fixação da pena fora dos limites *in abstracto* face à incidência de circunstância agravante ou atenuante, que eram valoradas junto com as circunstâncias judiciais. No entanto, como já afirmado tal vedação foi extinta do texto legal, pois, com o advento do método trifásico, somente as circunstâncias judiciais encontram-se submetidas a tal vedação, nos moldes do art. 59 do Código Penal.

Também não se sustentam eventuais alegações no sentido de que a proibição de se fixar a pena provisória abaixo do mínimo legal decorre da redação do artigo 59, II do Código Penal (MAFRA, on-line), o qual prevê que o juiz estabelecerá “a quantidade de pena aplicável dentro dos limites previstos” (BRASIL, 1940). Mais uma vez, cabe argumentar que “esse regramento era válido na vigência do sistema bifásico, pela redação do antigo artigo 42 do CP, sendo concernente atualmente apenas às circunstâncias judiciais, previstas no *caput* do artigo 59 do CP” (MAFRA, on-line).

Fernanda Vieira Alteirado (2015, pag. 7) advoga no mesmo sentido, alegando que:

No que concerne ao art. 59, inciso II do Código Penal, os argumentos frágeis continuam os mesmos, tendo a jurisprudência ignorado o fato de o 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.

E ainda, malgrado se possa alegar a existência de técnica legislativa imprecisa na redação do atual art. 65 do Código Penal, verifica-se que tal argumento tampouco merece prosperar. Isso porque, observando-se a redação do antigo art. 48 do Código Penal em comparação com a redação do art. 65 do mesmo diploma, é possível perceber que a supressão efetuada na reforma de 1984 foi intencional, na medida em que reproduziu toda redação anterior do revogado dispositivo, exceto em seus incisos II<sup>6</sup>, III<sup>7</sup> e, especialmente, seu parágrafo único, justamente aquele que prescrevia a

---

<sup>6</sup> O art. 48, II do Código Penal (com redação anterior à Lei 7.209/84) lista como circunstância atenuante: “ter sido de somenos importância sua cooperação no crime”. Aqui, há certa semelhança com a redação do art. 29, § 1º do Código Penal (com redação dada pela Lei 7.209/84), que diz: “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço”.

<sup>7</sup> O art. 48, III do Código Penal (com redação anterior à Lei 7.209/84) lista como circunstância atenuante: “a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando escusáveis”. Aqui, ainda há certa semelhança com o art. 65, II do Código Penal (com redação dada pela Lei 7.209/84), que traz como atenuante “o desconhecimento da lei”.

impossibilidade de redução da pena provisória abaixo do mínimo legal. (MOURA, 2017, p. 26).

Tanto é que no Código Penal Militar tal disposição é expressa por força do art. 73: “quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime” (BRASIL, 1969, on-line).

Nesse ínterim, o dispositivo, presente no Código Penal Militar e suprimido no Código Penal, reforça ainda mais o argumento de que não pretendia o legislador limitar a aplicação da pena provisória aos limites previstos no preceito secundário do tipo penal, ante a ausência de previsão legal nesse sentido, dentro do Código Penal.

### **Da Violação ao Princípio da Individualização da Pena**

O princípio da individualização da pena encontra assento no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal, *in litteris*:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens; c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, 1998, on-line)

À luz dos ensinamentos de Cleber Masson (2020, p. 43), há de se apontar que o princípio da individualização da pena preconiza que cada um deve ser punido de acordo com sua conduta e suas condições:

Expressamente indicado pelo art. 5º, XLVI da Constituição Federal, repousa no princípio de justiça segundo o qual se deve distribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, de acordo com as circunstâncias específicas do seu comportamento – o que em matéria penal significa a aplicação da pena levando em conta não a norma penal em abstrato, mas especialmente, os aspectos subjetivos e objetivos do crime.

Rogério Grecco aponta dois momentos da individualização da pena, num primeiro pelo legislador e num segundo, pelo Estado-juiz (2009, p. 71).

No primeiro momento a tarefa de individualizar a pena cabe ao legislador, que, ao observar todas as condutas humanas, elege aquelas que ofendem os bens jurídicos à sociedade e as eleva à categoria de ilícito penal. Dessa forma, a conduta é descrita (preceito primário) e a ela é atribuída uma pena (preceito secundário), de acordo com sua gravidade e risco ao bom convívio social (GRECO, 2009, p. 71).

No segundo momento a tarefa de individualizar a pena fica a cargo do magistrado. Este, ao julgar uma determinada conduta, verificando que ela constitui uma infração penal, dirá a qual tipo se coaduna e, a partir daí, utilizará do método trifásico de dosimetria da pena para chegar a um quantum adequado à prevenção e retribuição do mal causado (GRECCO, 2009, p. 72).

Cleber Masson também aponta um terceiro plano de individualização da pena, em âmbito administrativo. Este ocorre durante a execução da pena, momento no qual o Estado “deve zelar por cada condenado de forma singular, mediante tratamento penitenciário ou sistema alternativo no qual se afigure possível a integral realização das finalidades da pena...” (GRECCO, 2009, p. 72).

Nessa seara, ao deixar de reconhecer a incidência de uma atenuante no processo de dosimetria, o magistrado estaria violando o princípio da individualização da pena:

Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para 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 individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta (BITENCOURT, 2012).

Para ilustrar, tome-se, por exemplo o caso hipotético de dois sentenciados, ambos não possuindo qualquer circunstância judicial desfavorável, onde apenas um deles confessa o delito. Com a aplicação da Súmula nº 231 do STJ, a confissão será tida por irrelevante para fins de individualização da pena (RIBEIRO, 2019, p. 27). Não obstante, fosse a confissão utilizada neste caso para formar o convencimento do julgador, estaria negando validade à súmula 545 do mesmo Tribunal, a qual diz: “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal” (BRASIL, STJ, on-line).

Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2017, n.p.) ainda arremata, argumentando que: “Por fim, e a conclusão é inarredável, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, venia concedida, carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita”.

## **Da Violação ao Princípio da Legalidade**

O princípio da reserva legal encontra guarida no artigo 5º, inciso XXXIX: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia

cominação legal” (BRASIL, 1998). A mesma premissa, dada sua importância, encontra igual disposição no primeiro artigo do Código Penal<sup>8</sup>.

Cezar Roberto Bitencourt assevera que tal princípio possui por finalidade confinar a aplicação da repressão ao delito a limites que excluam a arbitrariedade e excessos do poder punitivo (BITENCOURT, 2016, p. 14).

O mesmo autor ainda explica que segundo tal princípio, a criação de normas incriminadoras compete exclusivamente à lei. Nesse sentido, nenhuma reprimenda penal pode ser aplicada pela prática de determinada conduta, se esta não estava previamente elencada em lei, a qual deve ser precisa em sua previsão (BITENCOURT, 2016, p. 14).

Segundo Rogério Grecco (2009, p. 96), a o princípio da legalidade possui quatro funções em matéria penal:

1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);

2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*);

3ª) proibir o emprego da analogia para criar crime, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);

4ª) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

Para o mesmo autor, é certo que o uso da analogia *in mallam partem* é vedada pelo princípio da legalidade em âmbito penal, motivo pelo qual não se pode prejudicar o agente, seja “criando crimes, seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes, etc.” (GRECCO, 2009, p. 97).

Cezar Roberto Bitencourt (2016, p. 17) entende que o princípio da legalidade ilumina não somente a criação de tipos penais, mas também todas as consequências jurídicas que advêm da prática de uma infração penal, dentre elas, o processo de aplicação das penas:

Por fim, precisa-se ter presente que o princípio da reserva legal não se limita à tipificação de crimes, estendendo às suas consequências jurídicas, especialmente à pena e à medida de segurança, caso contrário, o cidadão não terá como saber quais são as consequências que poderão atingi-lo.

De posse desse entendimento, há de inferir que a lei, ainda que não se refira à criação de tipos penais, encontra-se sob a égide do princípio da legalidade. Nesse ínterim, é certa a redação do artigo 65 do Código Penal ao afirmar que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena” (BRASIL, 1940). De uma atenta leitura do acima exposto, é de se notar que advogar pela impossibilidade de se reduzir a pena intermediária aquém do mínimo

---

<sup>8</sup> Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

legal vai desastrosamente de encontro ao texto legal. De tal forma, bem aponta Paulo Queiroz (2019, on-line) que: “não é a fixação da pena abaixo do mínimo legal que viola o princípio da legalidade, mas justamente o contrário: a sua não fixação”.

Ora, tratou o legislador de utilizar a palavra “sempre”, não disse talvez, foi taxativo, não dando margem para interpretação. Quisesse ele limitar a incidência das atenuantes no processo de dosimetria da pena não teria utilizado tal termo, de significado absoluto. Tal é o entendimento de Rogério Grecco (2009, p. 560):

[...] o art. 65 não excepciona sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada categoricamente, que são circunstâncias que sempre atenuam a pena. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?

Nessa seara, a interpretação sistemática do texto legal, face à presença do advérbio “sempre”, transforma o art. 65 do Código Penal em norma cogente, de maneira que o magistrado se torna obrigado a atenuar a pena independente de qualquer obstáculo legal (PÊCEGO, p. 266)

Regressando ao que fora argumentado acima, não há qualquer lei que impeça a redução da pena intermediária para aquém do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de uma atenuante. Pelo contrário, o entendimento majoritário acerca do tema objeto dessa monografia vai ao encontro do que diz o legislador:

[...] a impossibilidade da redução aquém do mínimo legal afronta o princípio da legalidade, uma vez que esta restrição não aparece em nosso ordenamento jurídico de forma expressa, ou seja, a criação dessa súmula imposta aos juizes não está adequada à legalidade formal das leis, tendo em vista que não é lei e nem possa ter força de lei esta súmula, como ocorre hoje em dia dentro dos tribunais. Em síntese, não há lei proibindo que em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa a pena ficar aquém do mínimo cominado, pelo contrário, há lei que determina art. 65 do Código penal (RIBEIRO, 2019, p. 37).

Fernanda Vieira Alteirado (2015, p. 10) vai além e afirma que, além de ferir o princípio da legalidade, o STJ criou “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 [...]”.

Pelo exposto acima, é de se concluir que o entendimento de que as atenuantes não são aptas a reduzir a pena intermediária aquém do mínimo legal vai de encontro ao princípio da legalidade.

## Da Violação ao Princípio da Proporcionalidade

Segundo José Antonio Paganella Boschi (2014, p.55), o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios:

[...] a adequação (aptidão dos atos do poder público para o alcance dos fins eleitos), a estrita necessidade (invasão na esfera dos direitos e das liberdades fundamentais no menor grau possível) e a proporcionalidade em sentido estrito (justa medida entre a causa da intervenção e o efeito alcançado)

Ainda, para o autor, o princípio encontra-se previsto, em âmbito infraconstitucional, no art. 59 do Código Penal, ordenando que o juiz aplique pena necessária e suficiente à aplicação da reprimenda e prevenção do crime. É também com base nesse princípio que o juiz poderá proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (BOSCHI, 2014, p. 56).

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou positivamente acerca da incidência do princípio da proporcionalidade na aplicação da pena:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PACIENTE CONDENADA POR TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO RÉTROATIVA DO ART. 33, §4º. DA LEI 11.343/06. QUESTÃO NÃO SUSCITADA PERANTE O TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA EM 6 ANOS DE RECLUSÃO E PARA O DE ASSOCIAÇÃO EM 4 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS IDÊNTICAS PARA AMBAS AS CONDUTAS. RÉ PRIMÁRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E NESSA PARTE, PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] 3. Na fixação da pena-base, além do respeito aos ditames legais e da avaliação criteriosa das circunstâncias judiciais, deve ser observado o princípio da proporcionalidade, para que a resposta penal seja justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito. [...] (BRASIL, STJ, on-line)

Paulo Queiroz (2008, p. 49) já havia afirmado que:

Em nome do princípio da proporcionalidade, urge que a pena, a ser cominada ou ser aplicada, guarde justa



proporção com o grau de ofensividade da conduta delituosa, objetivando orientar a criminalização de comportamentos pelo legislador, bem como a sua individualização judicial, devendo a reação penal retratar o merecimento do autor da infração, de acordo com as circunstâncias jurídico-penalmente relevantes (CP, art. 59). Portanto, tal princípio rechaça o estabelecimento de cominações penais (proporcionalidade abstrata) e a imposição de penas (proporcionalidade concreta) que careçam de toda a relação valorativa com o fato, contemplado a globalidade de seus aspectos.

Nesse sentido, Matheus Varela Ribeiro (2019, p. 40), em sua monografia, explicitou que na medida em que o princípio da proporcionalidade guarda íntima relação com a aplicação da sanção, a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, em face da incidência da súmula 231 do STJ, não estaria guardando a devida relação de proporcionalidade, uma vez que limitaria o campo de visão do magistrado.

Portanto, tendo em vista que a proporcionalidade da pena decorre justamente da relação entre sanção e circunstâncias, torna-se claro que o juiz, ao fazer incidir a súmula 231 do STJ ao caso concreto, inevitavelmente faz com que a pena seja desproporcional ao delito, tendo em vista que esta se afasta do binômio sanção/circunstâncias (SCHINDLER FILHO, on-line).

## CONCLUSÃO

A presente monografia teve por escopo analisar a possibilidade de redução da pena provisória face à incidência de circunstância atenuante. Em um primeiro momento observou-se que a ideia de punição acompanha o ser humano desde os seus primórdios, mas que somente por volta do século XVIII começou-se a delinear o que seriam os traços contemporâneos da aplicação da pena, pautados na proporcionalidade e nas circunstâncias pessoais de cada condenado, afastando-se da carga de crueldade e teor meramente retributivo que carregavam.

Em um segundo momento analisaram-se as funções da pena, para concluir-se que no Brasil ela cumpre um papel retributivo, preventivo e ressocializador. Ainda, em um terceiro momento, destrinchou-se o método trifásico, responsável pela delimitação do *quantum* de pena a ser aplicada. Segundo tal método, em um primeiro momento são consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; em um segundo, as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do Código Penal e, por fim, as causas de aumento de diminuição de pena.

Nesse espeque, argumentou-se que é possível a aplicação da pena provisória (2ª fase da dosimetria da pena) abaixo do mínimo legal. Para tanto, levou-se em conta que a existência da súmula 231 do STJ não vincula o entendimento do magistrado, ao mesmo tempo em que não é impassível de

superação. Por outro lado, tal posicionamento baseou-se em interpretação equivocada de dispositivo não mais vigente no atual ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o parágrafo único do art. 48 do Código Penal, revogado com o advento da Lei 7.209 de 1984, o qual não conta com um correspondente na legislação atual.

Observou-se também que tal entendimento afronta o princípio da individualização da pena, na medida em que o não reconhecimento de circunstância atenuante impede que o magistrado encontre o quantum de pena mais adequado a cada caso concreto. Macula ainda o princípio da legalidade, porquanto não há nenhum dispositivo no Código Penal vigente que impeça tal operação, pelo contrário, o art. 65 do Código Penal assim o ordena, como se extrai da leitura do termo “sempre”. Por fim, fere o princípio da proporcionalidade, uma vez que o não reconhecimento da atenuante faz com que a pena se afaste do binômio sanção-circunstâncias.

Assim, por todo o exposto, reputa-se possível a redução da pena provisória, ou seja, na segunda fase da dosimetria da pena, abaixo do mínimo legal.

## REFERÊNCIAS

ALTEIRADO, Fernanda Vieira. **A possibilidade de redução da pena para quem do mínimo legal: uma crítica à súmula 231 do STJ**. Artigo (Pós-Graduação). Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2015/pdf/FernandaVieiraAlteirado.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/FernandaVieiraAlteirado.pdf)>. Acesso em: 20 out de 2020.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: v.1 parte geral**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, n.p. Disponível em: . Acesso em: 18 out de 2020.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, n.p. Disponível em: . Acesso em: 03/09/2020.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, volume 1**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação** 7 ed. Livraria do Advogado Editora: 2014.

BRASIL, STJ. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível

em:<<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/articloe/view/3115/3839>>. Acesso em: 10 out de 2020.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. **ACR 200650010071827 RJ**. Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO. Data de julgamento: 14/09/2010. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17309318/apelacao-criminal-acr-200650010071827-rj-20065001007182-7>. Acesso em: 19 out de 2020.

BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. PRIMEIRA REGIÃO. Terceira Turma. **ACR 200634000260137**. Relator: JUIZ TOURINHO NETO. Data de julgamento: 18/10/2010. Data de publicação: e-DJF1, 28/10/2010, PÁGINA: 251. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17377871/apelacao-criminal-acr-26013-df-20063400026013-7>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 out 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 04 out de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del1001Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del1001Compilado.htm)>. Acesso em: 20 out. de 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm)>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. STF. **Agravo no Recurso Especial 1077138 MG 187364**. Relator: Ministro Edson Fachin, Data de Julgamento: 27 abr. 2018. Data de publicação: 02 mai. 2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574076107/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1077138-mg-minas-gerais-1876364-2920158130024?ref=serp>>. Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. STJ. AgRg no HC 511712 MS 2019/0146773-1, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 27/08/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10 set. 2019.

BRASIL. STJ. **Habeas Corpus 84427 RJ**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Julgamento: 28 fev. 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8695606/habeas-corpus-hc-84427-rj-2007-0130113-7/inteiro-teor-13741200?ref=serp>>. Acesso em 08 de out. de 2020.

BRASIL. STJ. **HABEAS CORPUS 85.673-0 PARA**. Relator: Ministro Supúlveda Pertence. Paciente: Olimpio Ludovico Bastos Neto. Impetrante: Ney Gonçalves deMendonça Junior. Entidade coatora: Superior Tribunal de Justiça. DJ: 31 mai. 2005. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354234>>. Acesso em: 04 out. de 2020.

BRASIL. STJ. **HC 313640 SP 2015/0001634-0**. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 24/02/2015, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe03/03/2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178117026/habeas-corpus-hc-313640-sp-2015-0001634-0?ref=serp>>. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 471929 SP 2018/0256958-3**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator(a): Ministra Laurita Vaz. DJ: 13/12/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/672705393/habeas-corpus-hc-471929-sp-2018-0256958-3/inteiro-teor-672705409?ref=serp>>. Acesso em: 04 out. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 471929 SP 2018/0256958-3**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator(a): Ministra Laurita Vaz. DJ: 13/12/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/672705393/habeas-corpus-hc-471929-sp-2018-0256958-3/inteiro-teor-672705409?ref=serp>>. Acesso em: 04 out. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 9.719 – São Paulo**. Relator: Min Fernando Gonçalves. Relator para acórdão: Min. Vicente leal. Data do Julgamento 25/10/1999. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199900484258&dt\\_publicacao=25-10-1999&cod\\_tipo\\_documento=>](https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900484258&dt_publicacao=25-10-1999&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 19 out. de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 231**. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: <

[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_17\\_capSumula231.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf) >. Acesso em: 04 out. de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 1 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2002.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 9 ed. Editorial Presença:Lisboa, 2004.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido,2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal 1**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://app.saraivadigital.com.br/biblioteca/main>>. Acesso em: 19 out. de 2020.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito Penal** [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <<https://portal.mpf.mp.br/rtproview/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F92111587%2Fv14.6&titleStage=F&titleAcct=ia744d77900001593d53a067c09b01c5#sl=e&eid=e7df676a962cdc03127dbc15cf935a78&eat=a-101630662&pg=1&psl=&nvgS=false>>. Acesso em 17 out. de 2020.

LEANDRO, Diogo Veloso. **Possibilidade de Fixação da Pena Abaixo do Mínimo Legal na Segunda Fase da Dosimetria**. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva. Itapeva, 2018.

MAFRA, Emy Hannah Ribeiro. **Redução da Pena Abaixo do Mínimo Legal: as inconsistências da súmula 231 do STJ**. Disponível em:<<http://direitopenaledemocracia.ufpa.br/wp-content/uploads/2019/02/REDUCAO-DA-PENA-ABAIXO-DO-MINIMO-LEGAL-com-identificacao.pdf>>. Acesso em: 12 de out. 2020.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1**. 4ed. São Paulo: Método, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – v. 1.** 14 ed. São Paulo: Método, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, arts.1º a 120 do CP.** 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados.** 1 ed.

MOURA, Daniel. **Fixação da Pena Provisória Abaixo do Mínimo legal: A Correta Interpretação Constitucional do Caput do Artigo 65, Código Penal.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Escola de Direito de Brasília-EDB. 2017. Disponível em: <[https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2447/2/ARTIGO\\_Daniel%20Mour\\_a\\_2017.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2447/2/ARTIGO_Daniel%20Mour_a_2017.pdf)>. Acesso em 20 out. de 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Pode o juiz fixar a pena abaixo do mínimo legal?** Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-fixar-pena-abaixo-do-minimo-legal/>>. Acesso em: 11 de out. de 2020.

RIBEIRO, Matheus Varela. **Dosimetria da Pena: Sistema Trifásico e a Possibilidade de Redução da Pena Aquém do Mínimo Legal na Segunda Fase.** Monografia (Graduação em Direito). Centro Universitário Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. 2019. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8271/67649352>>. Acesso em 20 out. de 2020.

SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund. **Aplicação da pena intermediária aquém do mínimo legal no direito brasileiro: Interpretação à luz do princípio da proporcionalidade.** Disponível em: <[https://amab.websiteseguro.com/wp/wpcontent/uploads/2020/01/Aplicacao\\_da\\_pena\\_intermediaria.pdf](https://amab.websiteseguro.com/wp/wpcontent/uploads/2020/01/Aplicacao_da_pena_intermediaria.pdf)>. Acesso em: 11 de out. de 2020.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao Estudo do Direito.** 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (Stj) Revisitada À Luz de um Direito Penal Garantista. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 7, n. 13, p. 261-276, 2015. Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/60/57>>. Acesso em: 20 out. de 2020.