



ATENUANTES E REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL

ROSA, Lucas Augusto da¹
RICCI, Camila Milazotto²

RESUMO

A punição no âmbito do direito penal é exercida pelo Estado, representado por magistrados, os quais a partir de um cálculo trifásico devidamente fundamentado determinam a quantidade e a forma do cumprimento da reprimenda imposta à pessoa submetida ao processo. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado da súmula 231 informando que quando da segunda fase da dosimetria da pena o montante não se reduz ao mínimo cominado em abstrato no preceito secundário da norma penal. Tal entendimento, porém, não encontra expreso respaldo na legislação brasileira. Nesse panorama, ademais, os operadores do direito têm divergido em suas teses jurídicas, o que culmina em decisões judiciais diametralmente opostas e insegurança jurídica. Em virtude desta celeuma, no presente estudo buscou-se analisar e racionalizar a possibilidade reductiva da pena quando da segunda fase do cálculo dosimétrico, sem se afastar, todavia, dos dogmas de direitos insertos na Constituição Federal da República Brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Atenuantes, redução, limite.

ATENUATIVES AND REDUCTION BELOW MINIMAL LEGAL

ABSTRACT:

Punishment under criminal law is exercised by the State, represented by magistrates, which from a three-phase calculation duly substantiated determine the quantity and form of the fulfillment of the reprimand imposed the person submitted to the process. However, the Superior Court of Justice editated the statement of the Precedent 231 stating that when the second phase of the dosimetry, the amount of sentence is not reduced to the minimum commented in abstract in the secondary precept of the penal norm. Such understanding, however, does not find explicit support in Brazilian legislation. In this context, in addition, the legal operators have diverged in their legal theses, which culminates in diametrically opposite judicial decisions and legal insecurity. Because of this, the present study sought to analyze and rationalize the reductive possibility of penalization in the second phase of the dosimetric calculation, without departing, however, from the dogmas of rights inserted in the Federal Constitution of the Brazilian Republic.

KEYWORDS: Mutes, reduction, limit.

1. INTRODUÇÃO

A ciência do direito tem como objetivo regular a ordem social, materializando-se, em sua maior medida, pela forma de normas jurídicas, as quais são entendidas como a estrutura central do corpo social. Ainda, para fins didáticos esta ciência é subdividida em ramificações, cuja finalidade é tutelar as especificidades das relações sociais.

Nessa perspectiva, as condutas humanas consideradas delituosas são analisadas e regulamentadas pela seara do direito penal.



Com efeito, o direito penal substancialmente é formado por normas que descrevem condutas e culminam sanções. Além disso, sua função é determinar e proteger os bens jurídicos relevantes da sociedade, bem como prevenir os comportamentos lesivos ao interesse coletivo.

Uma vez que as regras penais são descumpridas, surge o poder punitivo estatal em abstrato, o qual se tornará concreto a partir de uma sentença penal condenatória transitada em julgada. Dessa forma, o poder punitivo concreto do Estado advém de uma sentença, na qual após uma tríplice análise valorativa, no momento da quantificação da pena, será determinada a quantidade de sanção, bem como sua forma de cumprimento.

Por esse viés, cumpre dizer que a pena é analisada e dosificada, como já mencionado, em três fases. A primeira tem por objeto as circunstâncias judiciais, a segunda, por sua vez, é o momento no qual se analisam as agravantes e atenuantes e, por fim, a terceira constatará a existência de causas de aumento ou diminuição da pena. Após este triplo juízo cognitivo o magistrado determinará, de forma fundamentada, a quantidade e o modo de cumprimento da reprimenda.

Entretanto, a problemática cinge-se a existência de causas atenuantes e a possibilidade de redução da pena a um patamar inferior ao previsto na norma penal. Pois, o Superior Tribunal de Justiça editou o entendimento sumular informando que a existência de atenuantes não possibilita à redução aquém do previsto no preceito secundário da norma penal.

No que tange ao assunto, as teses jurídicas da doutrina e da jurisprudência nacional ainda não convergem, de modo que um estudo pormenorizado se tornou imprescindível para entender os contrapontos existentes.

Por razão desta celeuma, neste estudo em um primeiro momento serão analisadas as especificidades do direito penal como ramo autônomo da ciência jurídica. Em um segundo momento serão analisadas as teorias que explicam a finalidade da pena e a teoria recepcionada e aplicada na legislação brasileira. Posteriormente, as balizas da individualização da pena serão expostas, bem como a técnica utilizada para realizar o cálculo trifásico apenatório. Por fim, serão apresentadas as considerações finais do presente estudo da possibilidade redutiva de pena aquém do mínimo disposto no preceito secundário da norma jurídica de natureza penal.

Além de que, como método de pesquisa, foram analisadas bibliografias jurídicas, leis integrantes da ordem jurídica interna e decisões judiciais inseridas nos repositórios oficiais dos tribunais pátrios que versam sobre o tema proposto.



2 CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

O direito penal é constituído por características próprias, regido por princípios específicos e autônomos, cujas características impedem que o Estado aja de forma arbitrária em face das pessoas submetidas a sua aplicação.

A fonte do direito penal imediata é a lei, razão pela qual para que o Estado descreva determinada conduta considerada como criminosa, seja pela modalidade comissiva ou omissiva, deve haver sempre uma lei (GRECO, 2010).

De modo corolário ao assunto, há o denominado princípio da anterioridade da norma penal ou legalidade, o qual traz a carga axiológica de que para ser legítima a atuação estatal, independentemente do ramo jurídico que seja, é necessária à existência de uma norma jurídica permitindo o ato. No direito penal, por sua vez, esse princípio é inarredável e está previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, bem como no artigo 1º, do Código Penal.

Quanto à competência, é incumbência da União legislar sobre as matérias relacionadas ao direito penal, todavia, de modo excepcional pode haver a delegação para os estados-membros da federação, desde que por lei complementar que autorize, conforme prevê o disposto no artigo 22, parágrafo único, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ademais, as regras jurídicas de natureza penal são incriminadoras, com descrições normativas e sanções correspondentes, sendo em sua maior medida preceitos legais incriminadores, denominados como normas penais de substância ou excelência (GRECO, 2010).

Contudo, a legislação versante sobre o direito criminal não se limita somente a determinar delitos, pois existem, também, as normas penais permissivas, explicativas e de extensão pessoal e temporal.

Como finalidade, o direito penal busca tutelar bens jurídicos considerados relevantes pela sociedade, eis que sua função substancial é manter a sobrevivência do corpo social (GRECO, 2010).

O bem jurídico, em verdade, decorre das necessidades dos cidadãos e surgem das experiências sociais. A definição de bem jurídico, portanto, necessariamente é vinculada com os fatos da vida do mundo concreto, de modo que de acordo com a cultura ou período histórico se determinará seu valor social (PRADO, 2003).



Desse modo, os tipos penais criados pela função legislativa materializam a vontade do corpo social em um dado momento histórico de sua existência. Cumpre mencionar que em certos casos o que se tutela não são tão somente interesses materiais, mas sim valores de cunho espiritual.

Todavia, para que um bem jurídico seja tutelado pela seara penal não basta tão somente que haja importância social, é necessário que os demais ramos do direito, menos incisivos, não sejam aptos para efetivar a necessária proteção. Dessa forma, as condutas ilícitas de pouca gravidade e de pequena repercussão social não serão objeto de análise no campo penal, porém poderão ser valoradas nas demais ramificações da ciência jurídica, a saber, por exemplo, através de um processo disciplinar na seara administrativa ou uma ação indenizatória cível (PRADO, 2003).

Isso porque, a norma jurídica de substrato penal deve ser um mecanismo de garantia das liberdades pessoais, e não um limitador destas liberdades. Ou seja, consideram-se os aparatos do Estado como um sistema que está à disposição da sociedade, e não o oposto.

Além do mais, também se deve analisar os ditames contidos na Constituição Federal para determinar a tutela dos bens jurídicos. Sim, pois as balizas constitucionais deverão ser seguidas para criar a proteção específica de certo bem jurídico e, de igual modo, para eventual e posterior punição. Dessa forma, os bens de indicação constitucional, bem como os vinculados ao Estado Democrático de Direito, poderão, existindo necessidade, ser tutelados através de uma norma de cunho penal.

Isso é dizer, portanto, que o constituinte é responsável por direcionar o legislador ordinário, haja vista que a criação de legislações deverá estar equalizada com a Constituição Federal. Caso assim não o sejam, estarão maculadas de inconstitucionalidade e passíveis de serem declaradas nulas, a partir de uma decisão de as prenuncie com efeito geral e retroativo, isto é, *erga omnes* e *extunc*.

Quanto ao que se tutela, o bem jurídico poderá ser de natureza individual ou metaindividual, este último pode ser subdividido em três espécies. A primeira são os bens jurídicos institucionais, que é quando há uma pessoa jurídica de direito público na relação, à guisa de exemplo, quando se tutela a administração da justiça. A segunda, por seu turno, é constituída pelos bens jurídicos coletivos, estes caracterizados pela possibilidade de determinar os envolvidos na relação jurídica, e ocorrem, por exemplo, quando há a proteção da saúde pública ou de relações consumeristas. Por fim, a terceira é referente à tutela dos bens jurídicos difusos, e referem-se à coletividade, eis que são



indetermináveis e plurais, a título exemplificativo, cita-se o meio ambiente como bem jurídico tutelado pela lei penal (PRADO, 2003).

Embora na referida classificação de bens jurídicos metaindividuais cada qual tenha sua especificidade, todos objetivam dar guarida a pessoa humana. Não por outra razão, percebe-se que os cidadãos são os efetivos alcançados pela norma jurídica e são, portanto, a referência incontornável dos bens jurídicos.

Por outro vértice, a finalidade de proteger determinados bens jurídicos é invariavelmente de manter a existência humana e desenvolver o homem na sociedade, a partir de um mecanismo de defesa de garantias pessoais, as quais podem ser individuais ou metaindividuais (PRADO, 2003).

Mas, além disso, funciona também como um limitador do direito de punir, eis que o legislador em um Estado Democrático e Social de Direito só pode positivar como ilícitas as condutas graves que ofendam ou exponham a perigo um bem jurídico. Funciona, ademais, como parâmetro de interpretação, já que todo tipo penal tem o objetivo de tutelar um bem jurídico, assim, extrai-se o real sentido e o alcance da lei.

É de grande importância, ainda, na individualização da pena no plano concreto, haja vista que a depender da lesão ao bem jurídico à reprimenda poderá ser dosada de forma positiva ou negativa.

Além de que, a determinação destes bens sistematiza e organiza a parte especial do código penal, haja vista que os capítulos e títulos são formados após a determinação de um bem jurídico tutelado pela lei (PRADO, 2003).

Nessa medida, denota-se que os preceitos insertos nas normas penais protegem os interesses coletivos e individuais, todavia, quando descumprido o regramento jurídico é analisado o contexto fático para determinar a eventual existência de um delito e legitimar a atuação punitiva do Estado, que poderá, após o devido processo legal, restringir direitos, especialmente o direito à liberdade, já que a punição na seara penal pode ocorrer pela forma corpórea, isto é, poderá haver o cerceamento da liberdade de uma pessoa com a determinação judicial de sua prisão em um estabelecimento de segregação.

Logo, quando há a prática de um injusto penal surge o poder-dever de o Estado prestar a jurisdição, materializando e efetivando o direito de punir o transgressor da lei com uma pena (GRECO, 2010).

Por sua vez, cumpre salientar que a sanção imposta pode ser privativa de liberdade, restritiva de direito ou de multa. Há, também, a possibilidade de atuação estatal para aplicar uma medida de



segurança, apesar disso, ressalva-se que este instituto jurídico é distinto da pena propriamente dita, eis que existem regras específicas para sua utilização, cuja finalidade, em termos objetivos, é prevenir a prática de novos injustos penais, e é aplicada tão somente aos inimputáveis e semi-inimputáveis.

O Estado utiliza o seu jus puniendi, o qual é de sua absoluta competência, para objetivar uma punição ao sujeito ativo do delito. Os alcances da punição, além da aplicação de uma pena, deflagram demais efeitos na órbita jurídica, tais como o reconhecimento da reincidência, inserção do nome do condenado no rol dos culpados, revogação do sursis, livramento condicional e da reabilitação criminal (CAPEZ, 2011).

Existem, ainda, efeitos que transcendem a esfera penal, entre eles cumpre destacar o de tornar certa a obrigação de indenizar, confisco dos instrumentos considerados ilícitos, do proveito e do produto do crime, suspensão dos direitos políticos, inabilitação para dirigir veículos, incapacidade do poder familiar e, ainda, para os funcionários públicos a possibilidade da perda do cargo ou função pública, em determinados delitos (CAPEZ, 2011).

Diga-se, por oportuno, que, a sentença penal condenatória transitada em julgado é considerada pela legislação processual civil um título executivo judicial, passível, portanto, de execução através de uma ação civil de finalidade executiva, dispensando, neste caso, a necessidade do processo de conhecimento, haja vista que já constituído o direito do executado.

Oportunamente, deve-se dizer que os objetivos do direito penal, embora haja reflexos, não são promover segurança pública, diminuir os índices de criminalidade, repressão ao crime, franquear ao Estado mecanismos que promovam a barbárie ou de saciar a ânsia punitiva dos integrantes de uma sociedade. Ao revés, a função do direito penal é proteger o homem por meio de regras jurídicas, as quais são cogentes e aplicáveis aos que praticam uma conduta considerada típica.

É de bom grado dizer, por fim, que a pena no âmbito penal é aplicada com finalidades específicas, as quais serão explanadas, por questões didáticas, de forma autônoma no capítulo a diante.

2.1 TEORIAS DA PENA



Como visto, o Estado é o detentor do *jus puniend*, entretanto quando exercer sua atuação é vinculado a determinados objetivos, os quais são explicados pelas seguintes teorias.

Para as teorias absolutas, a pena tem por finalidade a retribuição, compensação do injusto praticado com o delito. Esta teoria, todavia, é criticada em vista de que se substancia em um castigo, sem nenhuma outra finalidade, não detendo a capacidade preventiva de outros mais crimes e nem ressocializadora do sujeito ativo do delito.

Sua existência se deu de modo corolário aos princípios contidos na Lei de Talião e sua aplicação perdurou por vasto lapso de tempo, na Idade Antiga com a mitologia, em um segundo momento na Idade Média, cuja figura do Estado se confundia com a religião e, dessa forma, o juiz era considerado o representante de Deus no mundo e aplicava a justiça divina. Na Idade Moderna e Contemporânea, por sua vez, foi defendida, dentre outros, pelos filósofos Kant e Helgel (DIAS, 2001).

Por outro viés, as teorias relativas são utilizadas como justificantes a uma pena dotada de finalidade preventiva. Esta prevenção é fundamentada em um instrumento de prevenção geral e especial (DIAS, 2001).

Como prevenção geral, há outra subdivisão. A primeira, denominada de prevenção geral negativa e utilizada como um mecanismo impeditivo de demais crimes, eis que com a aplicação da pena incute intimidação nos cidadãos com potencial criminoso, desencorajando-os da prática delitiva. A segunda, conhecida como prevenção geral positiva ou de integração, tem finalidade de firmar a credulidade da norma jurídica no corpo social, já que os que descumprem as leis são punidos pelo Estado (DIAS, 2001).

Além disso, a prevenção também ocorre pela perspectiva especial ou individual, cuja função da pena nesse viés é evitar a reincidência de delitos. Sofre grandes críticas, porém, haja vista que em determinados crimes o sujeito criminoso não necessita de ressocialização, como ocorre, por exemplo, nos crimes contra a economia popular ou fraude fiscal. Nestes casos, a pena não alcançaria sua finalidade, já que os criminosos não necessitam ser ressocializados e a atuação punitiva do Estado se materializaria em um ato de alteração moral do criminoso, o que não é atribuição do Estado.

Há, também, as Teorias Mistas ou Unificadoras, as quais têm por objetivo concentrar os objetivos e finalidades das teorias anteriormente mencionadas, isto é, a pena é fulcrada na retribuição do injusto praticado e na prevenção especial e geral de delitos. Nesta linha de ideias,



duas correntes teóricas são destacadas, a primeira ainda traz a finalidade retributiva em seu âmago, sem se afastar, porém, dos ditames impostos pelas teorias preventivas. Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias estas correntes são entendidas como:

Concepção básica esta que contém aquilo que poderá designar-se como uma doutrina diacrónica dos fins da pena: no momento de sua ameaça abstracta a pena seria, antes de tudo, instrumento de prevenção geral; no momento de sua aplicação ela surgiria basicamente na sua veste retributiva; na sua execução efectiva, por fim, ela visaria predominantemente fins de prevenção especial (Dias, 2011, p. 84).

Porém, em que pese em uma primeira análise seja aparentemente adequada, carece de aplicabilidade concreta, eis que erigi a ideia retributiva como finalidade da pena. E mais, com a mistura de teses que explicam o objetivo da pena se cria uma teoria de fundamento indeterminado, o que deságua em incertezas dos motivos justificantes do manejo estatal (DIAS, 2001).

Além do mais, a segunda corrente teórica sobre as teorias unificadoras se refere à prevenção integral, tratam a pena como medida de prevenção na perspectiva especial e geral, e excluem a finalidade retributiva da reprimenda. Entretanto, a culpa do agente criminoso não é analisada, ou quando muito utilizada como mero derivado de prevenção, o que faz com que o manejo estatal seja imperfeito. Nos ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias:

Com o que, porém, fazem perder à intervenção penal o seu pressuposto e a sua limitação irrenunciáveis – pode dizer-se, o seu “axioma antropológico” –, a saber, o respeito pela eminente dignidade da pessoa. E com esta perda não é só o problema da culpa jurídico-penal que completamente se falha: é a própria questão das finalidades da pena – e das finalidades preventivas da pena – que à partida se erra e desde o momento inicial irremediavelmente se inquina (2001, p. 86).

Além do mais, o referido autor assevera que Roxin ao defender que a finalidade da pena é de prevenção, geral e especial, porém que a culpa é entendida como requisito da pena e utilizável como baliza máxima intransponível, ou seja, a culpa assume o formato de moldura, e o magistrado, dentro desta moldura de culpa fixará a sanção concreta, está equivocado, já que nesta linha de raciocínio haverá evidente finalidade de retribuição na pena, o que destoa das finalidades preventivas.

Em vista da problemática existente na definição da finalidade da pena, Jorge de Figueiredo Dias propõe que toda pena é exclusivamente preventiva, na perspectiva geral e especial, seu patamar máximo é vinculado à culpa do agente, ainda, há um panorama de quantidade de pena



como o limite máximo é se dá pela tutela dos bens jurídicos e o limite mínimo é o necessário para a defesa da ordem jurídica. Neste panorama, a medida da pena será aplicável de acordo com a necessária prevenção especial positiva, podendo, todavia, ser utilizada em sua forma negativa, de intimidação.

Por outro lado e por sua vez, a teoria da pena adotada no Brasil foi a mista ou unificadora, a qual tem por finalidade, como mencionado, reprovar e prevenir os ilícitos penais. Esta conclusão, ademais, é passível de ser extraída da redação normativa inserta no bojo do artigo 59 do Código Penal brasileiro, eis que presentes os termos “reprovação” e “prevenção (GRECO, 2010).

Na mesma linha de raciocínio, calha mencionar que o artigo 1º da Lei de Execução Penal estabelece que a execução da reprimenda deve subsidiar a reintegração social da pessoa humana submetida ao cárcere, o que atesta a positivação em nosso ordenamento jurídico da finalidade preventiva especial positiva da pena.

Após as ponderações sobre as teorias que versam sobre as finalidades da pena, bem assim a que se aplica no âmbito nacional brasileiro, passa-se, a partir agora, as explanações dos métodos utilizados para individualizar a reprimenda penal.

2.2 CRITÉRIOS DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Na atual ordem jurídica brasileira a pena deve sempre ser individualizada, e esta individualização ocorre em dois momentos. O primeiro é pela forma legislativa, que se materializa quando o autor do crime pratica determinada conduta que infringe o descrito na lei, ou seja, quando há a subsunção da conduta com o descrito no preceito primário da norma criminal (GRECO, 2010).

Já o segundo momento, implica na individualização judicial, que ocorre com uma sentença penal condenatória proferida por um magistrado que com respeito às garantias processuais da pessoa submetida ao processo e diante das provas carreadas ao feito determina a quantidade e a forma de cumprimento da reprimenda (GRECO, 2010).

Para tanto, serão levadas em consideração todas as circunstâncias factuais do injusto penal, as características objetivas e subjetivas do sujeito ativo e passivo do delito, bem como o modo e o meio utilizado para a execução delitiva. Neste momento, incumbe ao Estado declarar o direito em



determinado caso, e com isto ocorre à mutação da pena do plano abstrato para o concreto (GRECO, 2010).

Neste segundo momento de individualização, a própria lei descreve um tríplex juízo cognitivo, sendo que a sanção estatal, em sua dosagem final, deve ser equânime ao mal produzido com a conduta criminosa (PACELLI e CALLEGARI, 2015).

Portanto, reafirma-se, a pena ao ser aplicada será suficiente e necessária para reprová-la e prevenir o delito outrora praticado.

Embora a pena seja determinada de um modo trifásico, ressalta-se que o aumento ou a redução da reprimenda em qualquer das fases deve ser devidamente fundamentado pelo magistrado, pois, caso assim não o faça, a decisão judicial estará maculada de um vício processual, qual seja, a nulidade (MIRABETE e FABBRINI, 2012).

Isso porque, de acordo com o mandamento previsto no bojo do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, todas as decisões emanadas do poder judiciário devem ser fundamentadas, para que assim o jurisdicionado saiba as razões de decidir do magistrado, bem como para que a sociedade civil como um todo tenha uma efetiva prestação jurisdicional (BRASIL, 1998).

Além do mais, na primeira fase da dosimetria da pena, são analisadas as circunstâncias judiciais, que estão elencadas no artigo 59 do Código Penal. São averiguadas e valoradas para que o magistrado determine a pena-base, isto é, para que determine o *quantum* primário de pena.

Nesta fase, a dosagem tem como marco inicial a pena mínima cominada em abstrato, aumentando ou diminuindo à medida que são valoradas as referidas circunstâncias, sendo que quanto mais desfavoráveis, mais próximo do máximo previsto na lei ficará a pena (PACELLI e CALLEGARI, 2015).

Aponta-se, oportunamente, que neste momento da dosimetria da pena há a proibição legal de redução da sanção abaixo do mínimo determinado na norma, ou seja, mesmo que todas as circunstâncias judiciais da pessoa processada sejam favoráveis a pena deverá respeitar a quantidade determinada pelo legislador no preceito secundário da norma penal.

Posteriormente, são verificadas as agravantes e atenuantes, as quais tem previsão legal nos artigos 61 a 65 do Código Penal brasileiro. A quantidade de redução ou de aumento de pena não são previstas na lei, todavia, a bibliografia jurídica e a prática forense dos tribunais direcionam ao sentido de que a pena deve ser aumentada ou reduzida em um sexto do intervalo entre a quantidade fixada no momento da análise da pena-base e a pena máxima em abstrato (GRECO, 2010).



Todavia, deve-se ressaltar que o magistrado poderá, de forma devidamente fundamentada, aumentar a pena intermediária de acordo com a gravidade concreta da agravante, sem vínculo pré-determinado. O mesmo raciocínio se aplica às atenuantes, ressaltando, novamente, a imprescindível fundamentação do convencimento do julgador.

Além disso, é de bom grado ressaltar que nesta fase do cálculo de quantificação de pena os doutrinadores e a jurisprudência não são unânimes quanto à possibilidade de transgressão da quantidade de pena além ou aquém do prescrito na lei penal. Quanto ao sentido majoritário, é de que nesta segunda fase o aplicador do direito está adstrito aos parâmetros quantitativos de tempo determinados na lei, todavia o assunto será tratado em capítulo autônomo, eis que as especificidades da análise não permite, por ora, maior aprofundamento.

Retomando a dosimetria, ao final, na terceira fase do cálculo dosimétrico, são analisadas as causas de aumento e diminuição, as quais também são denominadas de causas de atenuação ou de agravamento. Suas previsões legais são esparsas na lei, ora na parte geral do Código Penal, ora de modo autônomo no próprio tipo, e ainda, na legislação penal especial. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011).

Distinguem-se por ter a quantidade em uma fração pré-determinada, além de que, a sanção nesta fase da dosimetria pode ser reduzida aquém do mínimo disposta na legislação penal, como ocorre, por exemplo, nos casos em que é reconhecida a tentativa de consumação de determinado crime, prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal, ou ainda, quando reconhecida à figura do homicídio privilegiado, o qual é previsto no artigo 121, parágrafo primeiro, do referido código (GRECO, 2010).

A partir das premissas gerais sobre as fases da dosimetria da pena, de modo específico será doravante analisada a segunda fase deste cálculo, especialmente na perspectiva que analisa a redução da quantidade de pena abaixo das predeterminações descritas na lei.

2.3 ATENUANTES E REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA

Matéria controversa na órbita jurídica, como já mencionado, é a possibilidade de redução da pena a patamar inferior ao previsto na lei quando da análise das agravantes e atenuantes. Isso



porque, não há nenhuma regulamentação legal de forma expressa e taxativa que impeça tal redução, todavia, a partir de outros meios de integração do direito, especialmente pela doutrina e jurisprudência, criou-se a tese pela qual se legitima a impossibilidade reductiva da pena nos casos em que o *quantum* já se encontra em seu patamar mínimo.

Nessa linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado da súmula número 231, informando a impossibilidade de reduzir a pena abaixo do mínimo previsto na lei, quando na segunda fase da dosimetria da pena. Isto é, mesmo quando houver tão somente atenuantes ou quando as atenuantes forem preponderantes as agravantes, a pena deverá ser fixada na quantidade mínima previsto no preceito secundário da lei penal. Igual raciocínio se aplica quanto à impossibilidade de aumento além do determinado como máximo na norma jurídica (BRASILEIRO 2016).

Diga-se, ademais, que o referido entendimento sumular foi firmado pela suprema corte cidadã, Superior Tribunal de Justiça, no ano de 1999, e desde então vige na órbita jurídica brasileira sendo respeitado e utilizado como paradigma por alguns ministros, desembargadores integrantes de tribunais e juízes de primeiro grau, além, é claro, defendido por doutrinadores do direito.

Todavia, repisa-se, o tema em tela é objeto de divergência no ordenamento jurídico pátrio, pois diuturnamente ocorrem interpretações e aplicações distintas dos mesmos dispositivos legais.

Por sua vez, em 26 de março de 2009, o pleno do Supremo Tribunal Federal analisou o tema ao julgar o Recurso Extraordinário nº 597.270.4, no qual o Ministro Cezar Peluso foi o relator. Nesta oportunidade, de maneira unânime os ministros decidiram que as atenuantes não ensejam a redução da pena abaixo do disposto no comando legal. O voto do relator teve como fundamento mor a consequente discricionariedade dos julgadores ao determinar a quantidade de pena. Deve-se ressaltar, porém, que os ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa não participaram desta sessão de julgamento.

Outrossim, é extraído da bibliografia jurídica, dos ensinamentos de alguns pensadores, que a quantidade de pena não pode transpassar, no segundo momento do cálculo dosimétrico, o limite mínimo previsto na legislação.

Pois, se sustenta a impossibilidade reductiva da pena quando presentes circunstâncias atenuantes e a pena já estiver no mínimo determinado pela lei, referendando, assim, o entendimento materializado na redação da súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça (CAPEZ, 2011).



De mais a mais, corroborando esta corrente doutrinária, a segunda fase do método trifásico tem por finalidade aproximar a sanção do mínimo ou do máximo da pena cominada no dispositivo legal, entretanto, sem que haja excesso que transpasse a quantidade de pena prevista abstratamente na norma jurídica, ou seja, a quantificação deve estar de acordo com a escala normal do delito (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011).

Afirma-se, no mesmo sentido, que a impossibilidade de redução da reprimenda abaixo do mínimo contido no tipo penal, na segunda fase, objetiva firmar a certeza da ciência do direito e, no mesmo passo, afastar o arbítrio das decisões judiciais, à medida que o *quantum* está previamente determinado (COSTA JUNIOR, 2003).

Por esta via, há a individualização da punição estatal sem que ocorra a valoração de todas as circunstâncias norteadoras do delito, visto que o julgador está vinculado ao contido no tipo penal.

Dessa forma, em determinados casos o magistrado determinará igual pena a crimes e sujeitos distintos, como ocorre, por exemplo, no caso da confissão espontânea, ou ainda, da menoridade penal, quando a pena-base já se encontra no mínimo legal e o julgador não reduz a reprimenda.

Além disso, prevalece o entendimento jurisprudencial de que é impossível a transposição abaixo ou acima da quantidade de sanção contida no preceito secundário do tipo penal, quando da segunda fase da dosimetria da pena, já que abstratamente está cominada a pena correspondente ao delito (MIRABETE e FABBRINI, 2012).

Seguindo esta linha de ideias, fomenta-se que a função legislativa do Estado deve ser integralmente respeitada, não podendo o magistrado, o qual integra a função judiciária, fazer às vezes do legislador e determinar a quantidade de pena sem critérios mínimos.

Entretanto, este posicionamento transparece imperfeições, ao passo que não concede a máxima efetividade ao mandamento constitucional de individualização da pena, pois mesmo a pessoa submetida a ação penal sendo detentora de uma circunstância que demonstre a menor necessidade de reprovação de sua conduta o operador do direito que a julga não poderá aplicar a pena em uma quantidade inferior ao positivado na legislação.

Este entendimento, todavia, é contraposto a partir de uma releitura dos princípios da legalidade e da igualdade, devendo este último ser interpretado de forma preponderante ao primeiro, pois, o acusado que dispõe de uma ou mais circunstâncias atenuantes tem o direito de ter a reprimenda reduzida, independentemente de qualquer limitação mínima pré-estabelecida, já que o reconhecimento de uma ou mais atenuantes materializa um juízo de menor gravidade da conduta do



jurisdicionado, devendo, por certo, este sujeito ter uma quantidade de sanção menor (PACELLI e CALLEGARI, 2015).

Logo, quando do cometimento de um delito, a punição estatal deve analisar e valorar todas as circunstâncias que ensejaram e integraram o crime. Ressalta-se que, as relações sociais, bem como o crime sob a perspectiva jurídica, são detentores de um plexo de circunstâncias, motivo por que a análise deve ser pontual, única e sobre toda a conjuntura fática apresentada no bojo processo judicial.

Frisa-se que, além disto, o legislador utilizou o advérbio “sempre” na redação normativa do artigo 65 do Código Penal, sendo certo que as atenuantes da pena não devem ser interpretadas como uma faculdade do magistrado, mas sim um imperativo legal (GRECO, 2010).

A mensagem da lei, por este ângulo, é de que a redução da sanção na segunda fase dosimétrica, quando presentes atenuantes, é um direito do sentenciado e qualquer interpretação diversa materializa, portanto, um ato contrário à lei.

E mais, é de suma importância mencionar que os princípios norteadores do direito penal devem sempre ser respeitados e a lei, em todos os seus termos, aplicada. Nesse viés, ao prestar a jurisdição, o aplicador do direito tem por dever reconhecer e dar plena efetividade a todas as causas que atenuam a pena, já que o comando normativo é uma determinação, a qual quando aplicada deságua no direito de o sentenciado ter sua pena reduzida, porém, quando não reconhecida à possibilidade de redução, o direito a uma punição dosada de acordo com o que foi efetivamente realizado é mitigado.

Cumprir mencionar, também, que em 19 de julho de 2011, data posterior ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.270.4, decidindo a apelação nº 0025110-38.2010.8.19.0004, na sessão de julgamento da sétima câmara criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o desembargador relator Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho votou pela redução da pena de uma pessoa processada pela prática do delito previsto no artigo 157, do Código Penal, em razão de sua confissão. Na oportunidade, a pena dosada pelo relator foi de três anos, dois meses e onze dias de reclusão e oito dias-multa. Não obstante, seu voto restou vencido pelos demais desembargadores participantes da sessão.

Corroborando o entendimento que possibilita a redução abaixo do mínimo descrito no preceito secundário da norma jurídica penal, o juiz de direito titular da Vara do Plenário do Tribunal do Júri da cidade de Cascavel, Estado do Paraná, Marcelo Carneval, em suas decisões reconhece a



possibilidade reductiva aquém do previsto no preceito secundário da lei penal, quando da presença de uma ou mais atenuantes, pois o “princípio da individualização é a pedra de toque da dosimetria da pena”, e, além disso, a valoração de todas as causas atenuantes enseja uma sanção adequada ao jurisdicionado, eis que todas as circunstâncias do fato e dos sujeitos do delito são consideradas (CARNEVAL, 2017).

Em outro julgamento, afirmando seu entendimento o mesmo magistrado asseverou que o enunciado do verbete sumular do Superior Tribunal de Justiça que impossibilita a redução a patamar inferior ao insculpido na lei é inconstitucional (CARNEVAL, 2018).

Diga-se, oportunamente, que, em consequência da redução do *quantum*, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por uma ou mais sanção restritiva de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal, ou até mesmo por uma multa, como prevê o disposto no artigo 60, parágrafo segundo, desde que cumprindo, evidentemente, os demais requisitos legais.

O mesmo argumento se aplica a suspensão condicional da pena prevista no artigo 77 do Código Penal e ao instituto da prescrição da pretensão punitiva analisada de acordo com a pena concreta do artigo 110, parágrafo primeiro, deste *codex*, especialmente com relação ao disposto nos incisos V e VI do artigo 109, do mesmo código, eis que caso a pena seja inferior a um ano a prescrição ocorrerá em três anos, todavia, se a pena for igual a um ano e inferior a dois anos a prescrição se consumará em quatro anos.

De igual modo, há interferência na definição do regime prisional inicial, conforme previsto no artigo 33, parágrafo segundo, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal brasileiro, bem assim nos institutos jurídicos vinculados a execução da pena, a saber, no livramento condicional previsto no artigo 83 do Código Penal, na progressão de regime mencionada no artigo 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), no indulto e na comutação de pena, estes previstos no parágrafo segundo do referido artigo e que são benefícios que competem privativamente ao Presidente da República conceder, nos estritos moldes do artigo 84, inciso XII da Constituição Federal.

Diante do exposto, verifica-se que a controvérsia é de demasiado relevo, em que pese o enunciado número 231 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade das atenuantes da pena diminuírem a quantidade apenatória aquém do mínimo determinado no preceito secundário da norma penal tem impacto direto no regime prisional inicial, na substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito ou por uma multa, nos benefícios da execução penal e na própria extinção da punibilidade.



Tais efeitos, ademais, estão diretamente vinculados ao direito à liberdade dos cidadãos, além de que eventuais questionamentos e divergentes interpretações na aplicação da lei fragilizam a segurança jurídica da sociedade.

3. METODOLOGIA

O tema proposto como objeto de estudo é controverso na órbita jurídica, isso porque não há previsão taxativa na lei que regulamente a possibilidade de redução da sanção aquém do mínimo legal quando da análise das causas atenuantes de pena.

Por isso, tonou-se imprescindível para a produção do presente artigo uma pormenorizada análise das legislações relacionadas ao tema, dos posicionamentos dos magistrados em decisões judiciais, bem como das lições teóricas inseridas em livros jurídicos. Portanto, o recurso metodológico é definido como pesquisa bibliográfica.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sanção penal é aplicada pelo Estado e dosada através de um tríplice juízo valorativo devidamente fundamentado, com a finalidade de materializar a necessária e suficiente reprovação da conduta do autor do ilícito penal.

As regras para realizar o cálculo da pena, por sua vez, são responsáveis em determinar uma reprimenda equalizada com o delito praticado, de modo que o julgador ao aplicar o direito analisa as circunstâncias do ilícito e determina a quantidade e a forma de cumprimento da pena. Consequentemente, materializa-se uma simétrica prestação jurisdicional a pessoa submetida ao processo em relação ao fato delituoso ocorrido.

Oportunamente, deve-se dizer que a redução na segunda fase do cálculo dosimétrico, pela proposta aqui exposta, tem natureza jurídica de um direito subjetivo do jurisdicionado, além de ser uma garantia individual, razão pela qual a ausência de valoração deságua na mitigação do direito de ter uma sanção estatal devidamente subsumida ao caso submetido a julgamento.



Isso porque, a legislação de natureza penal deve sempre ser interpretada com vínculo nos mandamentos principiológicos, não bastando somente à utilização de técnicas sintéticas de análise puramente gramatical, especialmente pelo fato de que as consequências do manejo estatal que impõe uma pena são gravíssimas e propagam efeitos que transcendem a seara penal. No mesmo sentido, a redução aquém do mínimo deflagra consequências diretas na execução da pena e nos institutos jurídicos correlatos que detém como critério a quantidade de pena.

Portanto, na valoração dos princípios da legalidade e da individualização da pena, quando da análise da segunda fase da dosimetria da sanção penal, este último terá especial realce, haja vista que há a possibilidade de duas interpretações jurídicas sobre o tema, e por esta razão a mais benéfica deve ser a aplicável. Além do mais, o princípio da individualização é um direito constitucional de cunho fundamental e individual, razão por que é analisado com prioridade aos direitos coletivos.

E mais, deve-se lembrar de que a própria função do direito penal é tutelar os bens jurídicos relevantes da pessoa humana, através de normas jurídicas de cunho cogente, as quais são temperadas pelos princípios constitucionais da legalidade e da individualização da pena.

O princípio da individualização da pena, como fundamento autorizador da diminuição aquém do mínimo legal, potencializa a subsunção das regras de penalização às circunstâncias concretas da pessoa humana penalizada, humanizando, se é possível assim dizer, o regramento punitivo.

Por outro viés, o aumento acima do máximo cominado abstratamente não seria autorizado pelo mesmo raciocínio, considerando a finalidade do direito penal de contenção da força punitiva estatal: trata-se de estabelecer limite à incursão do Estado sobre o direito de liberdade.

Portanto, tal estrutura lógica tem raízes garantistas e aponta para um direito penal sempre limitado pelos direitos fundamentais. Assim, a imposição da reprimenda pelo Estado estará balizada na lei, porém, também vinculada aos ditames dogmáticos insertos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1998**. Promulgada em 05 de outubro de 1998. Atualizada até a emenda constitucional n° 96, de 06/06/2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.



BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. **Lei 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210compilado.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação penal. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.** Recurso Extraordinário nº 597.270.4, Rio Grande do Sul. Ministério Público Federal versus Marcelo Renato Soares Vaz. Relator: Min. Cezar Peluso. Acórdão de 5 de junho de 2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595601>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Sentença, processo nº 0004954-49.2016.8.16.0021.** Ministério Público versus Maycon Alexandre Raimundo. Magistrado: Marcelo Carneval. Sentença de 30 de maio de 2017. Disponível em <https://projudi.tjpr.jus.br/projudi_consulta/arquivo.do?_tj=8a6c53f8698c7ff7e57a8effb7e25219b43fc50a040d2a1763c9258a950a0debe9dd0b0b975d50f7>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Sentença, processo nº 0011489-57.2017.8.16.0021.** Ministério Público versus Eloir Giacomelli, Antônio Carlos Gomes, Jaime Ferreira da Silva Matos, Rafael Rabel de Quadros e Emerson dos Santos Golsalves. Magistrado: Marcelo Carneval. Sentença de 24 de maio de 2018. Disponível em <https://projudi2.tjpr.jus.br/projudi/arquivo.do?_tj=7b6d2423454cc143885f22e46ca87326fc31c789e8b7e5ce05a0995e46714984799b0696a396aee3>. Acesso em: 04 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação criminal. Direito penal. Roubo simples. Prova oral harmônica e suficiente para a condenação. Vítima que reconhece seguramente o apelante e descreve claramente a subtração. Roubo consumado. Manutenção do juízo de censura. Recurso desprovido.** Apelação nº 0025110-38.2010.8.19.0004. Ministério Público versus Pablo Bandeira Correia. Relator: Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho. Acórdão de 19 de julho de 2011. Disponível em <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045626AA5F5FF42CD0694FAE5E5A7EB1ECA9C42C153A32&USER=>>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120).** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



DIAS, J. F. **Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime.** Coimbra Editora, 2001.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal Parte Geral.** 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JUNIOR, P. J. C. **Direito Penal Objetivo: comentários ao código penal e ao código de propriedade industrial.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal: volume único.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MIRABETE, J. F.; RENATO N. F. **Código Penal Interpretado.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PACELLI, E.; CALLEGARI, A. **Manual de Direito Penal Parte Geral.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, L. R.. **Bem Jurídico-Penal e Constituição.** 3. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.