

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA-EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DANNIEL MOURA

**FIXAÇÃO DE PENA PROVISÓRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: A CORRETA
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CAPUT DO ARTIGO 65, CÓDIGO
PENAL**

**BRASÍLIA,
JUNHO 2017**

DANNIEL MOURA

**FIXAÇÃO DE PENA PROVISÓRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: A CORRETA
INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CAPUT DO ARTIGO 65, CÓDIGO
PENAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília (EDB) como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Daniel Marchionatti Barbosa

**BRASÍLIA,
JUNHO 2017**

FIXAÇÃO DE PENA PROVISÓRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: A CORRETA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CAPUT DO ARTIGO 65, CÓDIGO PENAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília (EDB) como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor

Brasília/DF, ____ de _____ de 2017.

Professor.
Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço sobretudo a deus pela vida e saúde. Agradeço a minha família que me ofereceu o apoio fundamental para, hoje, poder externar esses agradecimentos. Sem os ombros desses gigantes nenhuma conquista minha seria possível.

Agradeço, em especial, aos meus pais e minha irmã pelo apoio incondicional, por todo o esforço de sustentar meus sonhos, muitas vezes, em detrimento de seus próprios sonhos.

Hoje, mais maduro e consciente consigo entender melhor a dimensão de tanta devoção e carinho. Por essas duas décadas de dedicação, sou profundamente grato. A todo e por todo esse amor e eu presto minhas maiores estimas e respeito. Amo vocês de todo meu ser.

Agradeço a minha tia Edna por sua singular generosidade. Agradeço aos meus avós que muito contribuíram para que pudesse chegar até aqui com mais serenidade.

Agradeço a todos os meus amigos queridos, irmãos e irmãs de jornada, em especial Cássio Ribeiro, Mateus Takano, André Victor, Rauf Abbud.

Agradeço aos meus colegas de trabalho, em especial ao amigo e colega Dr. Bernardo Fenelon, por você tenho eterna gratidão. Agradeço a Dra. Joana Vargas por guiar-me nos primeiros passos da advocacia. Agradeço carinhosamente ao meu mestre e mentor, Dr. Daniel Gerber.

Agradeço a todos os meus professores, em especial, prof.^a Cristiane damasceno, prof.^a Janete Ricken, prof.^a Dulce Furquim, prof.^a Julia Ximenes, prof. Danilo Porfilho, prof. Guilherme Pupe, prof. Thiago Luis Sombra.

Agradeço ao meu orientador, professor Daniel Marchionatti Barbosa.

FIXAÇÃO DE PENA PROVISÓRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: A CORRETA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO CAPUT DO ARTIGO 65, CÓDIGO PENAL

SETTLEMENT OF PROVISIONAL PENALTY BELOW THE MINIMAL LEGAL: THE CORRECT CONSTITUTIONAL INTERPRETATION OF THE CAPUT OF ARTICLE 65, PENAL CODE

Danniel Moura

Sumário: Introdução; 1 Pena; 1.1 Histórico do instituto 1.2 Da finalidade; 1.3 Evolução do instituto no direito brasileiro; 2 Aplicação da pena; 2.1 Princípios do instituto; 2.2 Sistema de aplicação; 3 Possibilidade de aplicação das atenuantes genéricas; 3.1 Posição atual quanto à impossibilidade da pena provisória ultrapassar o limite mínimo 3.2 Conformidade normativa para aplicação; Conclusão; Referências.

RESUMO: A aplicação de pena aquém do mínimo foi alvo de uma profunda reflexão e de debates entre os tribunais superiores brasileiros, pois apesar de não existir uma previsão legal que delimite o mínimo de pena que deve ser aplicada, a suprema corte entendeu que as circunstâncias atenuantes não tem o condão de levar a pena aquém do mínimo previsto no tipo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Pena; Individualização; Mínimo legal.

ABSTRACT: The application of punishment below the minimum has been the subject of deep reflection and debate among Brazilian higher courts, for although there is no legal provision that delimits the minimum sentence that should be applied, the supreme court considered that the mitigating circumstances did not Has the power to take the sentence below the minimum prescribed in the criminal type.

KEYWORDS: sentence; principle of sentence individualization; minimal sentence;

Introdução

O presente artigo busca demonstrar a possibilidade de o Poder Judiciário, quando da fixação da pena provisória de um determinado delito, ultrapassar o limite mínimo legal imposto pela lei para o referido tipo.

Para tanto, é necessário considerar o fato de que, além de a Constituição Federal não possuir nenhum artigo que proíba tal operação - e tampouco determinar limite mínimo para a aplicação da reprimenda -, a própria dicção da norma ordinária estabelece imperativo que não permite interpretação diversa que não a possibilidade de se reduzir a pena até então calculada, seja ela qual for, quando na presença de uma atenuante.

Portanto, para demonstrar que a pena para cumprir os seus fins, sendo estes, o de coibir o delito e punir o indivíduo, não necessariamente precisa estar atrelada a um mínimo legal específico e que o adequado seria que o juiz diante no caso concreto avaliar a condicionantes e utilizar-se dos princípios norteadores do instituto.

Verifica-se que em alguns casos em que existe uma confissão no qual o delito praticado possui um menor teor ofensivo, torna-se adequado a aplicação de uma pena proporcional à conduta social do indivíduo e a ofensa por ele praticada, mesmo que para tanto a pena aplicada alcance um limite menor do que o indicado pelo legislador.

Tendo em vista uma melhor compreensão faz-se necessário, em um primeiro momento, a abordagem do contexto histórico bem como diferenciar uma pena de um castigo.

Apresentamos teorias sobre a finalidade das penas e como foram criadas no decorrer da história da humanidade, demonstrando o modelo tradicional é ineficiente em coibir atos delituosos ou em punir o transgressor das normas.

Também para uma abordagem satisfatória, far-se-á de suma importância a compreensão da aplicação de pena e o papel que os princípios constitucionais e penais assumem durante o processo.

Analisou-se um apanhado da jurisprudência, explicitando os principais argumentos contrários ao desenvolvimento da tese. Por outro lado apresentou-se jurisprudência dissidente e também seus principais argumentos.

Por fim, conclui ser plena a possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo, de forma que o entendimento contrário não encontra mais guarita em nossa legislação.

1. Pena

1.1. Histórico do instituto

Buscar a história do instituto da pena e como ele foi incorporado nos diversos sistemas de direito é de estimada utilidade quando pretendemos reavaliar a aplicação da reprimenda. A correta caracterização do instituto também perpassa por sua construção histórica, pois a aceitação ou reprovação coletiva de determinadas penas também constituem fator relevante para a legitimidade institucional da aplicação.

Como a priori¹ não existe uma convergência ética, conceitual, religiosa, sobre como punir ou repreender nos cabe apresentar quando e como as diversas finalidades da pena foram incorporadas e as principais alterações legislativas que vieram e vem sofrendo.

Em tal perspectiva, cumpre inicialmente destacar que o ato de punir se insere no campo dos fenômenos naturais. Neste manifestou-se por meio de castigos ou do que atualmente se denomina “pena”. Revela-se fazer parte da natureza do homem impor ao seu próximo uma retaliação por comportamentos que, de alguma forma, atentassem à ordem social vigente. Essa tendência se confirma com a aceitação de um sistema de punições.

Como esclarece Jeremias Bentham, à primeira vista, a noção de pena pode equivocadamente se confundir com a palavra castigo. Destarte pode-se questionar a utilidade de tal distinção, pois, a princípio, parece quase intuitivo o significado geral dos conteúdos.

Porém, e além da aparente clareza, tais noções apresentam-se vagas ao colocar-se em contraste a noção de castigo e a definição de pena. Assim, como sugere Bentham, devemos distinguir a priori a ideia² do ato de castigar com os que a ele se assemelham³.

Em linhas gerais tem-se castigar como a imposição de “um mal a uma pessoa com a intenção direta relativamente ao mal, em razão de alguma ação, que parece

1 KANT, Immanuel. **Manual dos cursos de lógica geral**. Tradução Fausto Castilho. 3ª edição. Editora Unicamp, 2014. “Todos os conceitos dados a posteriori ou empiricamente (*empirisch*) são denominados conceitos da experiência (Erfahrungsbegriff); os conceitos dados a priori denominam-se Noções (*Notionen*). Pag.185.

² KANT, Immanuel. **Manual dos cursos de lógica geral**. Tradução Fausto Castilho. 3ª edição. Editora Unicamp, 2014. “O conceito opõe-se à intuição, por ser uma representação universal ou uma representação do que é comum a vários objetos e, assim, uma representação na medida em que pode estar contida em várias. É por mera tautologia que se fala em conceitos universais ou comuns – erro que se fundamenta numa incorreta divisão dos conceitos em universais, particulares e singulares (*allgemeine, bersondre um einzelne*). Não são os conceitos eles mesmo, mas somente o seu uso (*gebrauch*) que pode ser dividido dessa maneira[...] Em todo o conceito, deve-se distinguir matéria e forma (*materie und form*). A matéria dos conceitos é o objeto (*der gegenstand*); sua forma, a universalidade (*die Allgemeinheit*). [...] A ideia (*die Idee*) é um conceito da razão (*vernunftbegriff*), cujo objeto de modo algum pode ser encontrado na experiência. [...] Os conceitos da razão ou ideias (*vernunftbegriffe*), *Ideen*) não podem conduzir de modo algum a objetos efetivamente reais, pois estes devem estar todos contidos numa experiência possível. Eles servem, no entanto, a que a razão conduza o intelecto à máxima perfeição, no que se refere à experiência e ao uso de suas regras, ou, também, para que mostre que nem todas as coisas possíveis são objetos da experiência e que os princípios da possibilidade da última não têm validade para as coisas em si mesmas nem para objetos da experiência que valham como coisas em si mesmas. Pag. 180-183.

³ BENTHAM, Jeremias, **Teoria das Penas Legais**. Tradução clássica revisada. São Paulo: Editora Logos. Pag. 15.

que se fêz ou que se deixou de fazer”⁴. Para a conceito de castigo o elemento essencial é a intenção de provocar o mal, pois fazer o mal sem intenção constituiria um mero fruto das probabilidades.

Apresentada conceito do ato de castigar, este possui ainda duas distinções quanto a finalidade. A relação entre o mal e o fim pode ser de forma direta e indireta. Para o presente artigo recolheremos dois exemplos que Bertham apresenta como ilustrativos para a forma direta e três exemplos da forma indireta, na qual o autor apresenta o mal como meio e não como fim da ação praticada.

Das formas diretas temos (a) o ato é de “*pura hostilidade* e de *pura malícia*” – não havendo da parte qualquer ação que justifique o mal que alguém a obriga, sendo o mal objeto final da intenção a imposição do sofrimento. (b) o ato é de “*vingança*” – havendo da parte ato de ofensa e no mal que o ofendido comete existe apenas o *prazer* de impor sofrimento,⁵

Das formas indiretas (c) havendo no mal o objetivo de embaraçar o exercício de determinados atos ou pensamento que possam desagradar, o ato de praticar o mal é preventivo; (e) havendo no mal o objetivo de determinar certo ato, que não se realizaria espontaneamente, o ato é de constrangimento, pois o mal imposto pela não realização do ato em nada contribui para o objeto do serviço. (f) obrigar alguém a passar por aflições violentas condicionando a cessação do mal a um benefício, informação, capricho, esse ato é *tortura*.⁶

Em contrapartida, a definição de pena, guiada pelo fio condutor da sua utilidade, é um mal “[...] que deve recair acompanhado de formalidades jurídicas sobre os indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibidos pela lei, e com o fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro.”⁷

Com consequência desta perspectiva, a aplicação da pena liga-se intimamente ao exercício regular dos poderes do Estado. Para tanto faz-se jus a um ente que elabore o conjunto de leis afim de corporificar condutas que se realizadas ensejarão a aplicação de uma pena.

A fim de se aplicar a legislação elaborada faz-se jus, agora, a um ente que, a partir dos ditames previamente estabelecidos pelo conjunto de leis, aplique a pena de

⁴ Ibid., Pag. 15.

⁵ Ibid., Pag. 16.

⁶ Ibid., Pag. 16.

⁷ Ibid., p. 17.

acordo com as formalidades jurídicas, e, por último, e não menos importante, a necessidade de um ente que custodie o infrator e aplique a pena estipulada.

Partindo-se tanto da perspectiva do Estado ativo na busca o monopólio do uso legítimo da força⁸, como sob a perspectiva passiva de ente reconhecido como legítimo para de aplicar as penas, por um ou por outro, o processo de transferência desta prerrogativa de aplicação, vocacionada a totalidade, mostra-se como natural no contexto das civilizações modernas.

Independentemente do ponto de vista adotado, por meio desse processo, a sociedade transfere, de bom grado ou não, ao Estado, o exercício deste poder até o ponto onde os indivíduos o perdem em sua na totalidade. De forma, ante a nova égide, a prerrogativa de aplicar reprimendas por conta própria passa também a ser punível.

Cabe explicitar que, a princípio, esse fluxo de transferência não possui qualquer relação com a qualidade da pena a ser aplicada. Neste sentido podemos pegar, por exemplo, as modalidades de penas aplicadas na Roma Antiga.

Estas, apesar de emanarem do Estado e, por consequência, respeitarem um determinado processo de aplicação, vinham marchetadas de caráter de vingança pessoal. A exemplo, fazia parte dos costumes a possibilidade de o próprio corpo do devedor, ou/e o de sua família, suportar as dívidas ou penas impostas. Admitindo-se ainda a possibilidade de o próprio credor executar a pena.⁹

Outras sociedades antigas também foram marcadas pela imposição de penas corporais e mutilação. Os relatos históricos revelam que foram amplamente utilizadas durante os séculos. Citando caso parecido, essas penas encontravam guarita no Código de Hamurabi, na Lei das XII tábuas e no Alcorão. Confira-se:

Verifica-se que desde a Antiguidade até, basicamente, o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado. O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas.¹⁰

O pensamento antropocêntrico, entretanto, passa a modificar a estrutura do direito de punir. Através dos séculos foi possível identificar que, apesar da gravidade

⁸ WEBER, Max. **Política como vocação**. Munique: Dunker & Humblodt, 1919. Pag. 59

⁹ SIMÃO, José Fernando. **Notas sobre a responsabilidade no Direito Romano**. Jornal Carta Forense. 2012. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/notas-sobre-a-responsabilidade-no-direito-romano/9078> >. Acesso em: junho de 2017.

¹⁰ GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus 2016

das penas, a conduta dos infratores não era prevenida pelas sanções aplicadas e as penas passaram a perder seu papel pedagógico e muitas vezes afetavam a vida em comunidade criando um número grande de mutilados.

O Iluminismo, ao deter a crença na racionalidade do homem, passa a criticar tal modelo, conforme aponta Beccaria: “Os países e os séculos em que se puseram em prática os tormentos mais atrozes são igualmente aqueles em que se praticaram os crimes mais horrendos.”¹¹

Diante deste novo paradigma, a pena, como expressão do Iluminismo, passa a punir o corpo em acordo com a racionalidade do ser humano. É a verdadeira fase liberal do Direito Penal, que aposta tudo no livre arbítrio e na capacidade de, através da sanção, extirpar o crime da sociedade em poucas gerações – eis que na relação custo/benefício, o “crime não compensa”.

Beccaria deixa clara esta posição com a sua visão sobre a pena: independentemente de seu tamanho, ela deve ser certa, pois a impunidade retira o caráter pedagógico do instituto¹².

Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.¹³

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.¹⁴

Nesse contexto, Sanches percebe a pena privativa de liberdade como a forma mais drástica de punição, isso sem considerar as hipóteses em que se pode aplicar a pena capital, as penas privativas de liberdade podem ser de reclusão, detenção ou prisão simples.¹⁵

Independentemente da qualidade da pena, associa-se a ela uma finalidade. Dito isso, exploraremos a seguir alguns modelos para reconhecê-la e como os acomodou.

1.2. Da finalidade

¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

¹² Ibid. 32.

¹³ Idem. p. 107.

¹⁴ Idem.

¹⁵ SANCHES, Rogerio. **Manual de Direito Penal**, 4ª edição. Editora JusPODIVM. Salvador. 2016.

No período que antecede a Modernidade, assim como em sociedades menos complexas, as penas que eram aplicadas àqueles que transgrediam as leis não se baseavam em um consenso sobre a finalidade da sua aplicação; pelo contrário, tratava-se muitas vezes de mera retribuição ao delito, ou melhor, mera forma de punir o indivíduo.

A modernidade altera sensivelmente esse quadro e como esclarece Noronha buscar o conceito de pena é uma coisa, buscar definir o seu fim é outra.¹⁶ Em linhas gerais a pena é uma retribuição, privando o condenado de bens jurídicos a partir de uma imposição decorrente de algum ato praticado.

Segundo o autor o estudo dos fundamentos da pena e seus ditos fins foi poder ser distribuída em três grandes blocos teóricos, o da teoria absoluta, os da teoria relativa e da teoria mista.¹⁷

A teoria absoluta ancora-se na ideia anseio de justiça, sendo a finalidade da aplicação da pena apenas uma consequência do delito, seria “o mal justo oposto ao mal injusto do crime”¹⁸

A teoria relativa alinha-se ao já abordado fim utilitário da pena. Neste sentido o delito não é a causa da pena, mas uma oportunidade para que ela seja imposta. Diferentemente da anterior, aporta-se na necessidade social de punir. Neste sentido ela dirige-se não apenas ao destinatário direto da pena, dirige-se também aos infratores em potencial que ainda não cometeram o delito. Com efeito, sua finalidade aporta na prevenção geral e a particular.¹⁹

Neste sentido aplicação da reprimenda, na relação custo benefício que uma nova sociedade, traria a devida medida na sua interação com o indivíduo. Por tal motivo, finalidades objetivas e – em tese – empiricamente alcançáveis passam a integrar o discurso que legitima a punição.

As teorias mistas teriam o papel de conciliar todas as outras pendentes “a pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral.”²⁰ Para tanto, essa teoria aceita tanto o caráter retributivo como o da função utilitária da pena.

¹⁶ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, Volume 1, Introdução e Parte Geral**. 30ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 1993. Pag. 220.

¹⁷ Ibid., p. 220.

¹⁸ Ibid., p. 220.

¹⁹ Idem. Pag. 220.

²⁰ Idem. Pag. 220.

Para o Professor Olivé, a determinação dos fins da pena não constitui uma mera controvérsia conceitual. Na verdade, a definição demandaria um esforço de conotações práticas e teóricas. Com efeito, a finalidade da pena tem o condão de revelar a legitimidade do direito penal e a utilidade social da pena que se pretende aplicar.²¹

Conseqüentemente a análise da motivação legislativa por trás dos instrumentos de punição positivados pode revelar a finalidade da pena num determinado sistema. Cabe igualmente destacar que a preponderância de uma determinada finalidade não necessariamente excluiu outras, podendo ocorrer uma harmonia entre as diversas finalidades preventivas.

Para tanto definir a relevância dos bens jurídicos de um determinado sistema deve necessariamente importar para o entendimento dos caminhos da prevenção.

Em linhas gerais a Teoria Preventiva da pena atribui ao direito penal a incumbência de evitar o comportamento delitivo. Atuaria de forma geral a impedir, por meio de uma política criminal, o cometimento novos crimes o atuando como uma espécie de política pública geral.

Por outro foco, Teoria da Prevenção Especial similarmente entende o direito penal como uma espécie de política pública, mas por outro lado foca no transgressor, tendo a pena a finalidade de impedi-lo de praticar novos atos.²²

A ideia de ressocialização não ficou apenas restou apenas como Teoria da Prevenção Especial positiva, segundo a chamada escola correcionista, a Lei 7.210 de 1984, Lei de Execuções Penais, nos seus artigos 1º e 10º inaugurou uma nova configuração do sistema em face da criminalidade²³.

Do Objeto e da Aplicação da Lei de Execução Penal

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Disposições Gerais

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

²¹ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. **Direito penal brasileiro**, Parte Geral. Pag. 191

²² BALDISSARELLA, Francine Lúcia Buffon. **Teoria da prevenção especial**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9013> Acesso em junho de 2017.

²³ Idem.

Assinala Nucci que embora não tenha ocorrido uma revogação expressa do livro IV do Código de Processo Penal – *Da execução* -, reconhece-se a sua revogação pela edição da referida lei.²⁴

Compreende-se então que a finalidade da pena não deve apenas ser uma vingança pessoal ou estatal contra os transgressores, pois isso eliminaria a distinção teórica entre pena e castigo.

Conjuntamente a pena deve assumir outros contornos devendo comportar, ao mesmo tempo, uma prevenção com a finalidade de provocar na sociedade a sensação de que os delitos são realmente punidos, e proporcionar o retorno dos condenados preservando, sempre, sua a integridade física e a dignidade.

Esclarece Franz Von Liszt que tanto a pena como a finalidade de sua aplicação apenas ganham sentido com uma conformação legislativa adequada somada a uma aplicação adequada da lei. Veja-se:

[...] a tais questões subjaz talvez a delimitação das ações ameaçadas com sanções pelo Estado, como também a medida para o conteúdo e extensão das penas; medida que é necessária ao legislador, quando esboça o marco punitivo para um conceito delitivo; ao juiz quando aplica; dentro do marco punitivo, a pena que corresponde ao delito específico; ao funcionário da prisão, quando confere à pena imposta seu concreto conteúdo no processo de execução[...]²⁵

Enfim, na medida em que a modernidade gera para a pena um caráter preventivo, com o propósito de ressocialização do indivíduo, devemos conceber, em nosso país, mecanismos para o controle e aplicação das penas de forma que fiquem adstritas as condições de real necessidade de aplicação.

1.3 Evolução do instituto no direito brasileiro

A partir da perspectiva de Von Liszt e sob a ótica de uma conformação institucional, na qual preponderantemente fazem parte à lei nos cabe compreender a evolução do direito penal e conseqüentemente do sistema de aplicação de penas.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado. 14ª edição. Editora GEN. São Paulo, 2015. Pag. 1335.**

²⁵ LISZT, Franz Von, **A ideia de fim no direito penal**, apud OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. *in: Direito penal brasileiro*, Parte Geral. Pag. 191.

Os povos indígenas brasileiros, a época do descobrimento, possuíam um sistema primitivo de direito penal.²⁶ Segundo Bernardino Gonzaga o sistema de penas desses povos era difuso, pois partia de uma responsabilidade objetiva e coletiva, de forma que era legítimo pelo sistema costumes e crenças, por exemplo, a vingança compensatória e canibalismo.²⁷

Durante o período do Brasil-Colônia o sistema jurídico que vigorava era o das Ordenações Reais, uma composição entre as ordenações Afonsinas (até 1512) e Manuelinas (até 1569), sendo substituídas pelo código de D. Sebastião (até 1603)²⁸. Posteriormente passou a vigorar as Ordenações Filipinas que eram basicamente uma consolidação das leis anteriores que já estavam em vigor.²⁹

As Ordenações Filipinas eram um sistema pautado por um extenso conjunto de infrações penais acompanhado de um sistema cruel de punições aplicáveis aos delitos.³⁰ Dentre as punições prevista estavam açoites, mutilação, banimento e pena de morte.³¹

Apesar da previsão de um vasto agregado de penas corporais no Livro V das Ordenações, este mesmo livro, por previsão expressa do Título CXXXVI “*Que os Julgadores não apliquem as penas a seu arbítrio*”, vedava uma aplicação arbitrária das penas pelos operadores da justiça.³²

Notavelmente o corpo normativo português já demonstrava uma preocupação com a livre interpretação e aplicação das normas pelos operadores da justiça e curiosamente aquele é o título antecede o Título das “*O da execução das penas corporais*”.

Proclamada a Independência e após a promulgação da Constituição 1824 tivemos a nossa primeira experiência de codificação na esfera criminal com a

²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. In: **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2000. Pag. 55

²⁷ GONZAGA, Bernardino, *apud* TOLEDO, Francisco de Assis. In: **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2000. Disponível em:

²⁸ PACHECO, Eliana Descovi. **Evolução histórica do direito penal** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3751> Acesso em: junho de 2017.

²⁹ MACIEL. José Fábio Rodrigues, Ordenações Filipinas- considerável influência no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>> Acesso em: junho de 2017.

³⁰ JUNIOR Euripedes Clementino Ribeiro, **A história e a evolução do Direito Penal brasileiro**: Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-historia-e-a-evolucao-do-direito-penal-brasileiro,25441.html>> Acesso em junho de 2017.

³¹ Portugal, Ordenações Filipinas. Título V Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>> Acesso em junho de 2017.

³² Idem

aprovação do Código Criminal do Império, em 1830. Tanto pelo conteúdo como pelo período histórico em que foi escrito, o Código consubstancia rompimentos com os valores medievos das codificações até aqui vigentes e inaugura valores já pautados iluminismo continental europeu influenciado, à época, por ideais revolucionários.

Apesar de o Código Criminal de 1830 ter dado manutenção as penas corporais, trabalho forçado, pena de morte, e ter se apresentado ainda pautado por uma mentalidade escravocrata; por outro deu imprevisível manutenção também a taxatividade como regra geral das penas estabelecidas por lei.³³

Trouxe em seu corpo um conjunto de circunstâncias agravantes e atenuantes a sempre punidos dentro do limite da lei e a proibição de uma condenação baseada em mera presunção.³⁴ Assinala Francisco de Assis que o nosso Código de 1830 é considerado vanguardista pois, mesmo sendo permeado por leis de cunho retrogrado, estava entre os primeiros do ocidente a desenvolver instituto de criminais humanistas e liberais.³⁵

Na exposição de motivos do Código Penal 1940, Francisco de Campos justifica a revogação do Código Penal Republicano de 1890 (por consequência a Consolidação das Leis Penais de 1932), pois este, nas palavras do Deputado, já nascera pendente de reformas.³⁶

Infelizmente o Código de 1940 carrega a mácula do tempo histórico que foi escrito – o período entre guerras. Por conseguinte o seu conteúdo é de caráter nitidamente repressivo, tendo na pena privativa de liberdade o alicerce para uma política criminal e para o controle do crime.³⁷

Isto posto, depreende-se da leitura do Código influencia preponderante da teoria relativa da pena. Corrobora-se tal argumentação, pois a finalidade da pena era

³³ Art. 33, Código Penal do Império – *Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no grão maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbitrio.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: junho de 2017.

³⁴ Art. 15, Código Criminal do Império 1930- *As circunstancias aggravantes, e attenuantes dos crimes influirão na aggravação, ou attenuação das penas, com que hão de ser punidos dentro dos limites prescriptos na Lei.*; Art. 36, Código Criminal do Império - *Nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, dará motivo para imposição de pena.*

³⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2000. Pag. 58

³⁶ CAMPOS, Francisco. **Exposição de motivos Código Penal de 1940. 4 de novembro de 1940.** Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelinck.php?numlink=1-96-15-1940-12-07-2848-CP#cp>> Acesso em: junho de 2017.

³⁷ Idem 64

meramente repressiva. Essa conformação normativa gerou como resultado um movimento rotulagem e marginalização da grande massa.³⁸

Como a execução da pena também faz parte do instituto cabe o relato histórico de que nesta época os presídios já encontravam-se suportados e as condições de tratamento dos presos em seu interior “transformavam o período de execução da pena em um verdadeiro estágio para incremento das tendências delinquentes”³⁹

A cultura⁴⁰ do sistema penal e de execução da pena em contraste com as mudanças políticas, sociais e econômicas formaram o contexto da reforma de 1977. Esta tinha a proposta de solucionar os problemas de superlotação dos estabelecimentos prisionais bem como encontrar outras finalidades para a pena. Infelizmente, por carecer de instrumentos verdadeiramente significativos para a mudança, a finalidade da reforma não fora alcançada.

Neste sentido a proposta de reforma em 1984 era o de realizar inúmeras modificações estruturais ao Código de 1940. Para o recorte de aplicação da pena, porém, ficaremos com o que diz respeito a nova conformação da finalidade da pena. Nesta esteira:

[...] A aplicação da pena criminal restringir-se-á aos casos em que exijam a necessidade de proteção da comunidade (prevenção) e a necessidade de preparação do infrator para uma razoável convivência pacífica no mundo social (ressocialização). [...] Na culpabilidade pelo fato é o fato que dará os concretos e definitivos limites para a atuação do Estado na esfera penal.⁴¹

O Estado conta com o monopólio do *jus puniendi*, bem como a prerrogativa constitucional exclusiva para legislar em matéria penal e processual penal⁴². De outra parte, a aplicação ficou a cargo dos órgãos jurisdicionais previamente constituídos e, por último, uma vez aplicada a pena, esta será executada também em conformidade com as normas de direito público (administração carcerária).

³⁸ Idem 65.

³⁹ Idem 66.

⁴⁰ MERQUIOR, José Guilherme. **O véu e a Máscara, ensaios sobre cultura e ideologia**. Identifica-se cultura com “modos de pensar, sentir, e reagir adquiridos e transmitidos por símbolos” [...] o aspecto simbólico [...]. Considerado em sua máxima generalidade, o fato de que a cultura utiliza símbolos acaba por simplesmente salientar a capacidade de o homem atribuir *significado* à experiência – significado que, regra geral, sobrepuja o *hic et nunc* do que é experimentado.” Pag. 99.

⁴¹ Idem 72.

⁴² Art. 22, Constituição Federal 1988 – Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Em linhas gerais a conformação do sistema nestes moldes revela uma preocupação para com os possíveis arbítrios ou abusos que possam ocorrer no exercício desta titularidade exclusiva.

Prescindir de uma breve passagem histórica sobre como o instituto foi incorporado e os motivos pelos quais as reformas posteriores o remodelaram prejudicaria o entendimento das razões pelas quais não deveríamos ter um sistema de atenuantes minorado. Tal interpretação se autoriza também pela interpretação histórica do instituto.

2. Aplicação da pena

2.1 Princípios do instituto

A Constituição de 1988 inaugura um novo conjunto de paradigmas normativos. Como bem apontado por René Dotti, apesar da Constituição introduzir limites penais e processuais a fim de se preservar o indivíduo, ela ao mesmo tempo não possui normas penais completas, restringindo-se a disposições de direito penal.⁴³

Com efeito, a leitura do Código Penal 1940, reformado em 1984, deve se dar de forma a harmonizar os preceitos constitucionais, principalmente aqueles relativos ao limite punitivo do Estado em contraste com as normas e princípios próprios da legislação penal.

Existe uma discussão doutrinária relevante acerca da diferença entre regras e princípios jurídicos. Canotilho aponta que a diferenciação entre regras e princípios é naturalmente um desafio, principalmente, por existirem duas questões fundamentais que normalmente ficam pouco esclarecidas quando se trata da diferenciação.⁴⁴

A primeira reside em reconhecer qual a função dos princípios em questão, se estes na aplicação assumiriam uma função *retorica-argumentativa* ou se representariam *normas de conduta*.⁴⁵ Esse reconhecimento torna-se fundamental especialmente quando precisamos conformar um Código Penal promulgado (1940) e reformado (1984) da em face de uma nova realidade Constitucional (1988).

A segunda trata de buscar a existência, caso exista, de um denominador comum entre regras e princípios. Para encontrá-lo, e ao mesmo tempo estabelecer as

⁴³ DOTTI, René Ariel. **As bases constitucionais do Direito Penal Democrático**. R. Inf. Legisl. Brasília a. 22, nº 88, out./dez. 1985.

⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **IDireito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Editora. Almediana. Coimbra, 2003. Pag. 1161

⁴⁵ Idem. Pag. 1161

devidas diferenças, assumir-se-á como pressupostos o grau de “generalidade, de conteúdo informativo, de hierarquia de fontes, de explicação de conteúdo e conteúdo valorativo” ou se, por outro lado, princípios e regras de distanciam em face de sua qualidade normativa.⁴⁶

Inclusive, reconhecendo a complexidade do desafio, Canotilho sugere mais alguns outros critérios para reconhecer se estamos, preponderantemente, mais próximos de um princípio ou de uma regra. A fim de revelar qual categoria se apresenta diante no operador, para tal distinção adotam-se outros critérios como o de grau de abstração,⁴⁷ o grau de determinabilidade,⁴⁸ o de caráter de fundamentalidade,⁴⁹ o de grau de proximidade com a ideia de direito,⁵⁰ o de natureza normogénica.⁵¹

Além do mais caberia, no mesmo sentido, uma distinção entre os *princípios hermenêuticos* e os *princípios jurídicos*. Os primeiros discriminam-se a partir de um papel interpretativo no sistema jurídico, ou seja, a partir deles permite-se uma investigação da racionalidade legislativa do instituto a ser interpretado.⁵²

Os segundos discriminam-se por poderem desempenhar o papel de *norma*, desempenhando, porém, numa qualidade distinta da categoria de regra jurídica. Ainda sim, este princípios apresentar-se-iam como *normas jurídicas impositivas* atuando com a finalidade de proporcionar uma otimização do sistema.

Diferentemente das regras que prescrevem uma exigência e convivem, usualmente, de forma antinômica; os princípios tem a qualidade de, a partir de um conjunto condições fáticas e jurídicas, tornarem-se coexistentes ante uma lógica de graus de concretização associado a um balanceamento de valores e interesses.⁵³

Nesta sequência importam para a aplicação da pena três princípios: o princípio da individualização da pena, o princípio da legalidade e o princípio da

⁴⁶ Idem. Pag. 1161.

⁴⁷ Idem Pag. 1161. A partir desse parâmetro princípios a possuiriam um grau de abstração relativamente mais elevado em face das regras.

⁴⁸ Idem Pag. 1161. Esse parâmetro apresenta o princípio como uma estrutura vaga e indeterminada, prejudicando por consequência a sua aplicação no caso concreto.

⁴⁹ Idem Pag. 1161. Esse parâmetro eleva o princípio a norma estruturante sendo hierarquicamente elevado no sistema de fontes.

⁵⁰ Idem Pag. 1161. Esse parâmetro compreende o princípio como um fundamento da regra, ou seja, constituiriam o ponto de partida para criação e interpretação da norma.

⁵¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Editora. Almediana. Coimbra, 2003. Pag. 1160.

⁵² Idem. Pag. 1160

⁵³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Editora. Almediana. Coimbra, 2003. Pag. 1161.

proporcionalidade. Evidentemente não são os únicos a influenciar o sistema de aplicação de pena no Brasil, mas são os que aparentam preponderar na qualidade de princípios jurídicos e não de meros princípios hermenêuticos.

O princípio da individualização da pena ficou consagrado no inciso XLVI Constituição de 1988:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

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;

Esse princípio constitucional é de extrema valia para a aplicação da pena nos moldes da reforma do Código Penal de 1984, pois, por efeito de sua correta compreensão, clareia-se a racionalidade legislativa trazida pelas inovações. Até porque a incorporação do sistema trifásico no ordenamento passa a permitir uma individualização mais consistente na construção da pena definitiva.

A recepção do Código Penal pela Constituição perpassa por essa harmonia entre a aplicação da pena em conformidade com os princípios constitucionais de forma que, para Nucci, individualizar a pena é "eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores"⁵⁴

Afinal a individualização significa mensurar a pena ao caso concreto e aos vários fatores que devem preponderar de ordem objetiva e de ordem subjetiva.⁵⁵

O princípio da legalidade foi conceitualmente ampliado pela modernidade e, hoje, encontra-se triplamente facetado. Para Boschi emerge deste princípio o da reserva legal, o da impossibilidade da lei penal retroagir em prejuízo e o da determinação taxativa.⁵⁶

Nos interessa a legalidade sob sua ótica taxativa, isto é, a lei penal de natureza incriminadora deve ser a mais clara possível. Princípio com natureza

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁵⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

⁵⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Editora: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2000. Pag. 47

mandamental a atividade legislativa e de regra para a atividade jurisdicional. Neste sentido já esclarecia Aristóteles:

É, portanto, sumamente conveniente que leis bem elaboradas definam por si sós, na medida do possível, todos os casos, deixando o mínimo possível para a decisão dos juízes. [...] lei são elaboradas após prologada consideração, enquanto as sentenças nos tribunais são pronunciadas imediatamente, o que dificulta aos juízes atender perfeitamente ao justo e ao útil.⁵⁷

Para este autor Grego, a principal razão para essa determinação era:

A deliberação do legislador não diz respeito a casos particulares, mas se refere ao futuro e é geral, ao passo que os membros da assembleia e os juízes têm como função decidir sobre casos presente e determinados que leis são apresentados, nos quais frequentemente se permitirão serem influenciados por sentimentos [...] o que os leva a perder a capacidade de discernir com clareza a verdade e ter seu julgamento obscurecido por sentimentos pessoais.⁵⁸

Evidenciado o problema histórico quanto a arbitrariedade travestida de justiça, por fim, o princípio da proporcionalidade. Apesar de não ter expressa previsão constitucional, deriva-se, nas palavras de Maurício Antonio, do próprio Estado de Direito. Com tal característica é um princípio constitucional implícito tendo como horizonte a ideia de limitação do poder do Estado. Evoca-se o princípio pretendendo garantir determinado grau de liberdade em face das ingerências administrativas ou legais.⁵⁹

Como explica Noronha, o princípio da proporcionalidade opera em face da aplicação da pena e neste sentido também operaria a partir de um fundamento retributivo:⁶⁰

Princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso. Esse princípio pode ser considerado como proporcionalidade abstrata (fase legislativa) e concreta (fase judicial): a primeira deve ser entendida como “proporção entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena que lhe é cominada – dirige-se ao legislador; a segunda, como a necessidade de proporção entre a gravidade do fato concreto praticado e a pena aplicada ao seu autor – dirige-se ao juiz”.⁶¹

⁵⁷ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução Edson Bini. Editora Edipro. São Paulo; 2013. Pag. 40 (1354b1)

⁵⁸ Ibid., Pag. 40 (1354b1)

⁵⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000. Página 399.

⁶⁰ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, Volume 1, Introdução e Parte Geral**. 30ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 1993. Pag. 222-223.

⁶¹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Para fins de aplicação de pena parece preponderar no princípio da proporcionalidade uma natureza hermenêutica, pois apenas faria sentido se sopesado com os princípios da legalidade e individualização da pena, neste sentido:

[...] pena, como forma de castigar ou sancionar formalmente, submete-se a determinados pressupostos e limitações, aos quais não se subordinam as demais sanções. A pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais⁶²

Apresentada a importância da separação entre regras e princípios, entre princípios hermenêuticos e normativos e os princípios em espécie que preponderam ante a aplicação, vamos ao nosso sistema.

2.2 Sistema de aplicação

Em decorrência da reforma de 1984 contamos com o sistema trifásico para a aplicação. Este, previsto na parte Geral do Código Penal em seu art. 68⁶³, determina que o juiz, diante do caso concreto, deve aplicar a pena em três etapas: na primeira deve fixar a pena base, na segunda, denominada pena provisória, deve considerar as agravantes e atenuantes; por fim na terceira fase, denominada pena definitiva, deve verificar a existência de causas de aumento e diminuição da pena.

Durante a fixação da pena base ou primeira fase da dosimetria, o juiz, por determinação expressa, deverá respeitar os limites legais, não devendo fixar a pena, nem abaixo do mínimo legal, nem tampouco acima do máximo legal, inclusive em situações com mais de uma qualificadora, aplicando apenas uma delas.

A fixação da pena base tem por substrato as regras previstas no art. 59 do Código Penal, sobre esse *quantum* estabelecido na primeira etapa é que incidiram as agravantes e atenuantes da segunda fase e as majorantes e minorantes da terceira fase.

As circunstâncias judiciais, previstas no supracitado artigo, são reconhecidas a partir da livre apreciação do juiz, apreendidas partir dos aspectos objetivos e

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado De Direito Penal** 1.vol. 1. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

⁶³ CP. Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

subjetivos do crime, mas balizadas pelo o disposto no referido artigo. Segundo Nucci as circunstâncias judiciais apresentam-se como um resíduo das circunstâncias legais.⁶⁴

Segundo o autor, nesta fase deve deixar claro, no capítulo da sentença, quais são as circunstâncias legais, ou seja, aquelas que estão expressamente dispostas em lei, quais sejam: qualificadoras e privilégios; agravantes e atenuantes (art. 61 e 62; art. 65 e 66 respectivamente); causas de aumento e diminuição.⁶⁵

Tem-se que:

Por isso, embora o magistrado inicie a fixação da pena pela análise das denominadas circunstâncias judiciais no art. 59, não é demais ressaltar que elas são residuais, ou seja, se não constituírem qualificadoras/privilégios, causas de aumento/diminuição ou agravantes/atenuantes, podem ser levadas em conta na eleição do *quantum* pena base.⁶⁶

Fica claro que a primeira etapa volta-se para os critérios de fixação da pena-base. A sentença condenatória é a expressão do poder punitivo Estatal revelado pela aplicação da pena.

Na segunda fase incidirá sobre a pena as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61, 62, 65, e 66, respectivamente. Constituem exemplos dessas agravantes genéricas o motivo fútil ou torpe, o meio que dificulta a defesa da vítima a embriaguez preordenada. Como circunstâncias atenuantes temos por exemplo o motivo de relevante valor social, a confissão e a menor idade relativa, como atenuantes.

A terceira e última fase da dosimetria fixa a pena definitiva. Nesta fase o juiz identificará a existência de causas de aumento e diminuição e poderá, neste momento, fixar a pena além do máximo ou aquém do mínimo estabelecido no preceito secundário da norma incriminadora.

Para a melhor compreensão da aplicação da pena aquém do mínimo é salutar apresentar os principais precedentes que guiam a diferenciação entre as circunstâncias atenuantes e agravantes, as causas de aumento e diminuição da pena e como elas operam no cálculo da pena.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14 edição. Editora GEN, São Paulo, 2014. Pag. 415

⁶⁵ Idem. 415

⁶⁶ Idem. Pag. 415

3. Possibilidade de aplicação das atenuantes genéricas

3.1 Posição atual quanto à impossibilidade da pena provisória ultrapassar o limite mínimo

O debate referente a aplicação da pena aquém do mínimo do preceito secundário da norma legal alcançou, em sede de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal. Este chegou a corte por meio do reconhecimento Recurso Extraordinário 597.270 de 2009.

Na oportunidade, o extraordinário foi levado ao Plenário e, por unanimidade, rejeitada a tese de reconhecimento de aplicação e confirmada à jurisprudência veda a fixação da pena, na segunda fase da dosimetria, abaixo do patamar mínimo disposto na norma penal.

EMENTA: 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.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, reconheceu a repercussão geral, reafirmou a jurisprudência a respeito, negou provimento ao recurso e determinou a adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil. Em seguida, o Tribunal, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, resolveu questão de ordem, suscitada pela Senhora Ministra Cármen Lúcia, no sentido de autorizar o Relator a decidir definitiva e monocraticamente pedido de habeas corpus, no caso de fixação de pena abaixo do mínimo legal por conta da incidência de circunstância genérica atenuante. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público da União e, pelo Ministério Público Federal, o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 26.03.2009.

Tema 158 - Fixação de pena aquém do mínimo legal, em face da incidência de circunstância genérica atenuante. Tese Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Por outro lado destaca-se a tese da Defensoria Pública no mesmo Extraordinário. Em face da decisão do Superior Tribunal de Justiça, a Defensoria apontou quatro princípios constitucionais estariam sendo violados na decisão: o princípio da legalidade ou taxatividade, dando ensejo a um equivocado impedimento

da aplicação de atenuantes na fixação da pena provisória; o princípio da igualdade, pois trataria de forma igual os desiguais; o da individualização da pena, deixando de aplicar a atenuante obrigatória, não se daria aplicação princípio em face daqueles que não teriam tais circunstâncias judiciais; e o da proporcionalidade.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DOS ARTIGOS 304 C/C 297, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. APELO DEFENSIVO VISANDO ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. APELO MINISTERIAL PARA MAJORAR A PENA-BASE E AFASTAR A REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO PELO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. 1- Acervo probatório para embasar um decreto condenatório. Réu admitiu os fatos da denúncia. Os documentos apresentados pelo réu foram aptos a ludibriar o gerente do Banco, tanto que conseguiu abrir a conta bancária, pegar o cartão, que, posteriormente foi cancelado, não havendo que se falar em falsificação grosseira. 2- Quanto ao pleito ministerial, merece parcial provimento, somente no que se refere a pena-base fixada aquém do mínimo legal. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL DESPROVENDO-SE O RECURSO DEFENSIVO.⁶⁷

No Superior Tribunal de Justiça a posição se consubstanciou na edição do entendimento sumulado 231. O Egrégio Tribunal publicou o entendimento no dia 15 de outubro de 1999, cujo teor é o seguinte: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, com base na qual decidiu-se no seguinte sentido:

“PENAL. PENA. INDIVIDUALIZAÇÃO. PENA-BASE. GRAU MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. INCIDÊNCIA. REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. - No processo trifásico de individualização da pena é possível a sua fixação definitiva abaixo do mínimo legal na hipótese em que a pena-base é fixada no mínimo e se reconhece a presença de circunstância atenuante, em face da regra imperativa do art. 65, do Código Penal, que se expressa no comando literal de que tais circunstâncias sempre atenuam a pena.- Habeas corpus concedido.”⁶⁸

Edição da sumula 231 levou em conta o exame de atenuantes não aplicadas na sentença, quando a pena já está no mínimo legal” (STJ, HC 10.993/RJ, Rel. Félix Fischer, j. 11-4-2000).⁶⁹

⁶⁷ Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 028033420200981001 RJ- Sétima Câmara Criminal DES. MARIA ANGELICA GUIMARAES GUERRA GUEDES

⁶⁸ HC 9.719-SP, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. F. Gonçalves, Rel. p/acórdão Min. Vicente Leal, DJ 25/10/99

⁶⁹ STJ, HC 10.993/RJ, Rel. Félix Fischer, j. 11-4-2000

EMENTA: PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. NULIDADE DA PERÍCIA. POTENCIALIDADE LESIVA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO EMPREGO DE ARMA. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTES. I - Na dicção da douda maioria, não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo ou a realização da respectiva perícia para fins de caracterização da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, se as provas carreadas aos autos efetivamente comprovam a ocorrência da majorante (Precedentes). II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula n.º 231 - STJ). Recurso provido⁷⁰.

Não obstante a impossibilidade de aplicação na segunda fase, destaca-se a teratologia das decisões de Tribunais Superiores que reconhecem-se a possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo e a além do máximo na terceira fase de aplicação. Veja-se:

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. FURTO QUALIFICADO. INTEGRAÇÃO DA NORMA. MAJORANTE DO CRIME DE ROUBO COM CONCURSO DE AGENTES. INADMISSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. 1. As questões controvertidas neste writ - acerca da alegada inconstitucionalidade da majorante do § 4, do art. 155, CP (quando cotejada com a causa de aumento de pena do § 2, do art. 157, CP) **e da possibilidade (ou não) da fixação da pena abaixo do mínimo legal devido à presença de circunstância atenuante - já foram objeto de vários pronunciamentos desta Corte.** 2. No que tange à primeira questão, não existe lacuna a respeito do quantum de aumento da pena no crime de furto qualificado (art. 155, § 4, CP), o que inviabiliza o emprego da analogia. 3. Os tipos penais referentes aos crimes de furto e roubo recebem tratamento diferenciado, iniciando-se pelos limites mínimo e máximo relativos às penas-base. Por opção legal (critério de política legislativa), considerou-se necessário estabelecer diferentes fatores de aumento das penas. [...] 5. Quanto à segunda questão, **na exegese do art. 65, do Código Penal**, "descabe falar dos efeitos da atenuante se a sanção penal foi fixada no mínimo legal previsto para o tipo (HC n 75.726, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06.12.1998). 6. **De acordo com a interpretação sistemática e teleológica decorrente do Código Penal e das leis especiais, somente na terceira fase da dosimetria da pena é possível alcançar pena final aquém do mínimo cominado para o tipo simples ou além do máximo previsto.** 7. Há diferença quanto ao tratamento normativo entre as circunstâncias atenuantes/agravantes e as causas de diminuição/aumento da pena no que se refere à possibilidade de estabelecimento da pena abaixo do mínimo legal - ou mesmo acima do máximo legal. 8. **O fato de o**

⁷⁰ STJ, Processo REsp 789410/RS, RECURSO ESPECIAL 2005/0171528-5, Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109), Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 06/04/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 29.05.2006 p. 290

art. 65, do Código Penal, utilizar o advérbio sempre, em matéria de aplicação das circunstâncias ali previstas, para redução da pena-base em patamar inferior ao mínimo legal, deve ser interpretado para as hipóteses em que a pena-base tenha sido fixada em quantum superior ao mínimo cominado no tipo penal. 9. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal quando houver a presença de alguma circunstância atenuante. 10. Ordem denegada. (Grifos)⁷¹

Ao contrário da posição consolidada nos tribunais superiores, como bem apontou Ângelo Cavalcanti Alves de Miranda Neto, alguns magistrados não têm se limitado a entendimento pelo enunciado nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Alguns precedentes já reconhecem a possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo previsto no preceito secundário da norma.⁷²

APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO-LEGAL. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA. (...) 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, ao 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, III, "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 proporcionalidade e da culpabilidade. (...)”⁷³

Com efeito, precedentes desta ordem esclarecem que existe a possibilidade de aplicação. Assim nos cabe esmiuçar as hipóteses de aplicação do instituto de forma que fique esclarecida sua perfeita conformação aos dos ditames legais estabelecido.

⁷¹ STF - HC: 92926 RS, Relator: Min. Ellen Gracie, data de julgamento: 27/05/2008, Segunda Turma, data de publicação: Dje-107 Divulg 12-06-2008 Public 13-06-2008 Ement VOL-02323-04 PP-00733 RTJ VOL-00205-03 PP-01385 RCJ V. 22, N. 143, 2008, P. 133-134.

⁷² NETO, Ângelo Cavalcanti Alves de Miranda. **Breves considerações acerca da Súmula 231 do STJ e da possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo legal.** Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13230&revista_caderno=3. Acesso em: junho de 2017.

⁷³ ACR 200634000260137, Juiz Tourinho Neto, TRF1 - Terceira Turma, e-DJF1 data: 28/10/2010 Pag: 251

3.2 Conformidade normativa para aplicação

Como bem define Bruno Salles Pereira Ribeiro, existe uma origem histórica para o reconhecimento da aplicação da pena aquém do mínimo legal.⁷⁴ Com efeito, observa-se com a construção lógica argumentativa da doutrina e da jurisprudência não encontra mais guarita na Parte Geral do Código Penal desde sua reforma em 1984.

Para o referido autor a origem da tese que rejeita a possibilidade das atenuantes romperem o mínimo de pena em seu preceito secundário encontrava fundamento na redação original do art. 42, inciso II do Código Penal 1940. Este artigo explicitaria a aplicação da reprimenda não poderia ultrapassar os limites legais. Confira-se:

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

Porém tal problema foi reproduzido na reforma de 1984, pois o art. 59 do Código Penal estabelece-se também necessidade de aplicar-se a pena “dentro dos limites previstos”. Veja-se:

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

Sendo a nova redação quase uma reprodução da antiga, o problema parece surgir na reforma de outros dispositivos. Doutrina e jurisprudência, partem do pressuposto de que os limites impostos no art. 59 não se refeririam apenas à fixação da pena base, mas também se projetariam para a fixação da pena provisória.

⁷⁴ RIBEIRO, Bruno de Salles Pereira. In: A possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento de circunstâncias atenuantes: uma nova leitura da função dos marcos penais. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/2-A-possibilidade-de-reducao-da-pena-aquem-do-minimo-legal-pelo-reconhecimento-de-circunstancias-atenuantes:-uma-nova-leitura-da-funcao-dos-marcos-penais>>. Acesso em: junho de 2017.

Azevedo aponta que parte da dificuldade de reconhecimento forma-se ao redor do significado semântico extraído dos verbetes que conduzem a aplicação na segunda e terceira fase de aplicação.

Ainda para o autor o significado dos verbetes “aumentar” e “diminuir” abririam a possibilidade de se somar ou subtrair além dos marcos estabelecidos no preceito. Por outro lado, os verbos “agravar” e “atenuar” parecem conduzir uma interpretação de que só se poderia fazer isso dentro das balizadas estabelecidas.⁷⁵

Bittencourt cinge com a interpretação dessa projeção compreendendo-a como desautorizada. Para ele tanto não existiria tal possibilidade de interpretação analógica do art. 48 do Código antigo, como hoje atualmente não seria permitida a aplicação restritiva de atenuantes, pois o dispositivo fora revogado com a reforma. Veja-se:

O equivocado entendimento de que ‘circunstância atenuante’ não pode levar a pena para aquém do mínimo cominado ao delito partiu de interpretação analógica desautorizada, baseada na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não repetido, destaque-se, na Reforma Penal de 1984 (Lei n. 7.209/84). Ademais, esse dispositivo disciplinava uma causa especial de diminuição de pena — quando o agente quis participar de crime menos grave — mas impedia que ficasse abaixo do mínimo cominado. De notar que nem mesmo esse diploma revogado (parte geral) estendia tal previsão às circunstâncias atenuantes, ao contrário do que entendeu a interpretação posterior à sua revogação.⁷⁶

O dispositivo no Código Penal Original assim dispunha:

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.**(grifos)

Como esclareceu o autor a redação antiga do Código Penal foi superada na reforma de 1984. Os artigos que tratam hoje das atenuantes genéricas, art. 65 e art. 66, não determinam mais esse limite disposto no parágrafo único do supracitado. Veja:

[...]Circunstâncias atenuantes

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁷⁵ AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena: Causas de aumento e diminuição**. São Paulo: Malheiros, 1998. Pag. 55-58

⁷⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Uma Revisão Conceitual da Aplicação da Pena - Pena Aquém do Mínimo: uma Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/68-artigos-fev-2008/6070-uma-revisao-conceitual-da-aplicacao-da-pena-pena-aquem-do-minimo-uma-garantia-constitucional>> Acesso em: junho de 2017.

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - ter o agente:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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 conseqüências, 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.

Quanto à possibilidade de analogia em matéria penal Rafael Medina esclarece que, como regra, e em face de determinação expressa do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal c/c o art. 1º do Código Penal, descabe a analogia. Explicita-se na redação uma reserva destinada ao legislador na descrição de condutas puníveis e de suas respectivas penas.⁷⁷

No que tange as normas penais não incriminadoras, quais sejam – excludentes de ilicitude, culpabilidade, atenuantes, dentre outras – para o referido autor, admitir-se-ia a possibilidade de interpretação analógica.⁷⁸

Além disso, contra tal posicionamento, entretanto, ergue-se o princípio da legalidade na orientação hermenêutica do vocábulo “sempre” exposto no *caput* do artigo 65.

Desta forma, pode-se tranquilamente defender a posição de que sempre é sempre, e a atenuante deverá incidir mesmo nos casos em que a pena estiver já fixada em seu mínimo legal.

Na mesma linha, Cezar Roberto Bitencourt aponta que

Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão),

⁷⁷ MEDINA, Rafael de Castro Alves. **Direito Penal Acadêmico – Parte Geral**. 1ª Edição. Editora: De Andréa Ferreira & Morgado Editores. Rio de Janeiro: 2008. Pag. 154

⁷⁸ Idem. Pag. 154.

mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal.⁷⁹

Dito isso, o cenário jurídico nacional, entretanto, opõe-se, sem nenhum argumento jurídico que autorize tal interpretação, o reconhecimento que apenas as causas de diminuição e aumento de pena não poderiam extrapolar os limites estabelecidos pelo preceito secundário.⁸⁰

Argumentos contrários a aplicação podem levantar, inicialmente, a hipótese de uma técnica legislativa imprópria ou imprecisa na redação do art. 65 do Código Penal. Diante da apresentação do histórico do instituto em paralelo a uma exposição sucinta das motivações de reforma legislativa demonstra-se pela evolução de sua aplicação que tal argumento não deve prosperar.

Fica evidente que a supressão trazida pela reforma 1984 fora intencional, pois a nova redação do artigo supracitado é a redação do art. 48 do Código antigo, exceto pela retirada do seu parágrafo único.

Superada a possibilidade de questionamento quanto a técnica legislativa, vamos para interpretação do dispositivo a luz dos princípios que foram apresentados como norteadores da aplicação da pena.

Retomo de início o princípio da legalidade, pois como relembra Boschi, é por meio deste princípio que “identificamos o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal.” Com efeito, somente a lei pode determinar o que é delito e qual a forma adequada de puni-lo.⁸¹

Soma-se a este efeito uma desconfiança quanto ao grau de discricionariedade permitido ao juiz perante a um mandamento legal. Nesta lógica devemos retomar a diferenciação entre pena e castigo, pois, como explicado, o único elemento capaz de elevar o castigo a condição de pena é a legalidade deste castigo.

Por esse ângulo, quando o juiz desrespeita a previsão expressa e, com isso, inaugura um novo castigo sem qualquer fundamento legal que ressalve a aplicação da reprimenda, o resultado desta escolha deixa apenas o castigo. Logo, e sem muito

⁷⁹ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. 1. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 588

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Uma Revisão Conceitual da Aplicação da Pena - Pena Aquém do Mínimo: uma Garantia Constitucional**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/68-artigos-fev-2008/6070-uma-revisao-conceitual-da-aplicacao-da-pena-pena-aquem-do-minimo-uma-garantia-constitucional>. Acesso em: junho de 2017

⁸¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Editora: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2000. p. 43

esforço, se a pena a deixou de ser pena e passou a ser castigo passamos a analisá-la sob a ótica de pura hostilidade ou de pura vingança.

Esse tipo de postura institucional não é desejável e conflita frontalmente com os valores mais elementares consubstanciados no Estado de Direito⁸². Distancia-se também da teoria da prevenção geral especial, pois a vingança não proporcionará o rompimento da ideia de pena como um mero castigo e não terá, portanto, a finalidade de ressocialização.

Por último, tal tese de vedação, confronta com o princípio da individualização da pena lido sob a ótica da proporcionalidade. Ângelo apresenta, por meio de um exemplo prático, a distorção que isso pode gerado quando:

Concretamente, trazemos o exemplo de dois sentenciados, ambos não possuindo qualquer circunstância judicial desfavorável, porém apenas um deles confessa o delito. Com a aplicação da Súmula 231 do STJ, **a confissão será tida por irrelevante para fins de individualização da pena.**⁸³

É inadmissível que o judiciário por meio de suas decisões possa se distanciar tanto em conformar os princípios constitucionais a legislação penal, como aplicar a mesma reprimenda a dois réus com circunstâncias diferentes.

A proporcionalidade como anteriormente abordado assume, diante do direito penal, uma característica de princípio hermenêutico, pois sua vagueza de conteúdo não permitiria sua aplicação imediata.

Ao sopesarmos estes princípios com o da individualização da pena revela-se a flagrante arbitrariedade da interpretação do art. 65, principalmente por não existir nenhuma norma que excetue a aplicação do vocábulo “sempre”.

CONCLUSÃO

⁸² BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. 11ª edição. Editora UnB. Brasília, 1973. “A estrutura do Estado de direito pode ser, assim, sistematizada como: 1) Estrutura formal do sistema jurídico, garantia das liberdades fundamentais com a aplicação da lei geral-abstrata por parte de juízes independentes. 2) Estrutura material do sistema jurídico: liberdade de concorrência no mercado, reconhecida no comércio aos sujeitos da propriedade. 3) Estrutura social do sistema jurídico: a questão social e as políticas reformistas de integração da classe trabalhadora. 4) Estrutura política do sistema jurídico: separação e distribuição do poder.” Pag. 411.

⁸³NETO, Angelo Cavalcanti Alves de Miranda. **Breves considerações acerca da Súmula 231 do STJ e da possibilidade de aplicação da pena a quem do mínimo legal.** Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13230&revista_caderno=3>. Acesso em: junho de 2017.

Restou demonstrada a possibilidade de o Poder Judiciário, ao fixar a pena provisória de um determinado delito, transpor o limite mínimo legal imposto pelo preceito secundário do tipo.

A Constituição Federal não possui nenhum artigo que proíba tal operação - e tampouco determina o limite mínimo para a aplicação da reprimenda. O Código Penal é imperativo e tal dispositivo não permite interpretação diversa sendo recebida a possibilidade de se reduzir a pena até então calculada, seja ela qual for, quando na presença de uma atenuante.

Demostrou-se que para a pena para cumprir os seus fins, sendo estes, o de coibir o delito e punir o indivíduo, não necessariamente precisa estar atrelada a um mínimo legal específico e que o adequado seria que o juiz, frente ao caso concreto, avaliar a condicionantes e utilizar-se dos princípios norteadores do instituto.

Por fim apresentou-se ser plena a possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo, de forma que o entendimento contrário não encontra mais guarita em nossa legislação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução Edson Bini. Editora Edipro. São Paulo; 2013.
2. AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena: Causas de aumento e diminuição**. São Paulo: Malheiros, 1998
3. BALDISSARELLA, Francine Lúcia Buffon. **Teoria da prevenção especial**. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site>> Acesso em junho de 2017.
4. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.
5. BENTHAM, Jeremias, **Teoria das Penas Legais**. Tradução clássica revisada. São Paulo: Editora
6. BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. 1. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
7. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Uma Revisão Conceitual da Aplicação da Pena - Pena Aquém do Mínimo: uma Garantia Constitucional**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/68-artigos-fev-2008/6070-uma-revisao-conceitual-da-aplicacao-da-pena-pena-aquem-do-minimo-uma-garantia-constitucional>> Acesso em: junho de 2017
8. NETO, Angelo Cavalcanti Alves de Miranda. **Breves considerações acerca da Súmula 231 do STJ e da possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo legal**. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13230&revista_caderno=3> . Acesso em: junho de 2017.
9. BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Editora: Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2000.
10. CANOTILHO, J.J. Gomes. In: **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Editora. Almediana. Coimbra, 2003.
11. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995
12. DOTTI, René Ariel. In: **As bases constitucionais do Direito Penal Democrático**. R. Inf. Legisl. Brasília a. 22, nº 88, out./dez. 1985.
13. GONZAGA, Bernardino, *apud* TOLEDO, **Francisco de Assis**. In: **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2000. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=3751>

14. GRECO, Rogerio, **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. Rio de Janeiro: Impetus 2016.
15. JUNIOR Euripedes Clementino Ribeiro, **A história e a evolução do Direito Penal brasileiro**: Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-historia-e-a-evolucao-do-direito-penal-brasileiro,25441.html>> Acesso em junho de 2017.
16. Portugal, Ordenações Filipinas. Título V Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15ind.htm>> Acesso em junho de 2017.
17. KANT, Immanuel. **Manual dos cursos de lógica geral**. Tradução Fausto Castilho. 3ª edição. Editora Unicamp, 2014
18. LISZT, Fraz Von, **A ideia de fim no direito penal**, apud OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. **Direito penal brasileiro**, Parte Geral.
19. LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Teoria Constitucional do Direito Penal**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000.
20. MACIEL. José Fábio Rodrigues, Ordenações Filipinas- considerável influência no direito brasileiro. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>> Acesso em: junho de 2017.
21. MEDINA, Rafael de Castro Alves. **Direito Penal Acadêmico – Parte Geral**. 1ª Edição. Editora: De Andréa Ferreira & Morgado Editores. Rio de Janeiro: 2008.
22. MERQUIOR, José Guilherme. **O véu e a Máscara, ensaios sobre cultura e ideologia**. São Paulo. Editora T. A. Queiroz. 1997.
23. NETO, Angelo Cavalcanti Alves de Miranda. Breves considerações acerca da Súmula 231 do STJ e da possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo legal. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13230&revista_caderno=3> . Acesso em: junho de 2017.
24. NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal, Volume 1, Introdução e Parte Geral**. 30ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 1993.
25. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 14ª edição. Editora GEN. São Paulo, 2015
26. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14 edição. Editora GEN, São Paulo, 2014.
27. NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

28. OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. **Direito penal brasileiro**, Parte Geral. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011
29. Portugal, Ordenações Filipinas. Título V Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>> Acesso em junho de 2017.
30. PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
31. RIBEIRO, Bruno de Salles Pereira. **A possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento de circunstâncias atenuantes: uma nova leitura da função dos marcos penais**. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/2-A-possibilidade-de-reducao-da-pena-aquem-do-minimo-legal-pelo-reconhecimento-de-circunstancias-atenuantes:-uma-nova-leitura-da-funcao-dos-marcos-penais>>. Acesso em: junho de 2017.
32. SANCHES, Rogerio. **Manual de Direito Penal**, 4ª edição. Editora JusPODIVM. Salvador. 2016.
33. SIMÃO, José Fernando. **Notas sobre a responsabilidade no Direito Romano**. Jornal Carta Forense. 2012. Disponível em: <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/notas-sobre-a-responsabilidade-no-direito-romano/9078>>. Acesso em: junho de 2017
34. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2000.
35. WEBER, Max. **Política como vocação**. Munique: Dunker & Humblodt, 1919.