



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

João Henrique Moreira da Conceição
Matrícula: 16/0127181

**Dos limites na dosimetria da pena: uma análise da Súmula 231 do Superior
Tribunal de Justiça e de sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988**

Brasília
2021

João Henrique Moreira da Conceição

Dos limites na dosimetria da pena: uma análise da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça e de sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, campus Darcy Ribeiro, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data da defesa: 2 de novembro de 2021

Resultado: Aprovação

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Professor Doutor Paulo de Souza Queiroz

Examinador: Professor Doutor João Costa Ribeiro Neto

Examinador: Mestre Fábio Francisco Esteves

Brasília

2021

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Maura e Fabiano, que despenderam esforços incansáveis no meu desenvolvimento como pessoa, e cujos incentivos foram imprescindíveis à minha formação acadêmica e profissional.

À minha irmã, Mariana, cuja inteligência e dedicação aos estudos são motivos de grande admiração.

Aos meus avós, Ione, Antônio, Terezinha (*in memoriam*) e Lázaro (*in memoriam*), que acompanharam meu desenvolvimento e, certamente, terão grande orgulho em ver a graduação de seu neto.

Aos meus tios e tias, pelo apoio inestimável ao longo desta jornada.

Ao professor, doutor e membro do Ministério Público Federal, Paulo de Souza Queiroz, cuja orientação foi imprescindível à elaboração deste trabalho, e cuja atuação brilhante no exercício do cargo de Procurador Regional da República me inspirou a perseguir a carreira ministerial.

Aos professores doutores Vallisney de Souza Oliveira e João Costa Ribeiro Neto e ao mestre Fábio Francisco Esteves, por terem aceitado o convite para compor a banca examinadora do presente trabalho.

Aos analistas e assessores dos gabinetes do Procurador Regional Paulo Queiroz, na PRR1, e do Ministro Edson Fachin, no STF, nos quais estagiei, sempre solícitos em me orientar no desempenho de minhas tarefas. Em especial, à assessora Lívia Reis, do STF, cujas indicações jurisprudenciais me auxiliaram na elaboração deste trabalho.

Aos meus primos, aos confrades dos grupos Beco e Amigor, e aos amigos que fiz ao longo da graduação, cujo companheirismo foi e é parte importantíssima da minha rotina.

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para minha formação pessoal e acadêmica.

RESUMO

O enfoque do presente trabalho é a análise da compatibilidade da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, no que se refere ao limite imposto à incidência das atenuantes na segunda fase da dosimetria, aos preceitos da Constituição Federal de 1988, sobretudo no que tange aos princípios da legalidade, da proporcionalidade e da individualização da pena. Na abordagem do tema, realizar-se-á breve incursão nos aspectos históricos da matéria, mediante análise da disciplina legal e das principais perspectivas jurisprudenciais anteriores à consolidação do entendimento da Corte Superior, bem como dos motivos ensejadores da edição do referido enunciado sumular, com o exame dos principais argumentos despendidos pelo Tribunal Cidadão na oportunidade. Por fim, será promovida discussão acerca da efetiva compatibilidade do enunciado sumular com nosso ordenamento jurídico, especialmente em relação aos princípios da legalidade, da individualização da pena e da proporcionalidade, de modo a possibilitar o debate acerca da efetiva validade do entendimento da Corte Superior à luz dos preceitos legais e constitucionais aplicáveis ao tema.

Palavras-chave: Direito penal. Dosimetria. Atenuantes. Limites. Jurisprudência. Princípio da legalidade. Proporcionalidade. Individualização da pena. Direitos fundamentais do acusado.

ABSTRACT

This study aims to analyze the compatibility of Precedent 231 of the Superior Court of Justice, concerning the limitations imposed to the application of mitigators in the second phase of the establishment of criminal sanctions, with the guiding principles of the Federal Constitution of 1988, especially in regards to the principles of legality, proportionality and individualization of sanctions. In approaching the subject, we will conduct a brief incursion into the pertinent historical aspects, analyzing the legislation and the main perspectives adopted in judicial precedents before the ruling of the Superior Court, as well as the reasons that motivated the approval of Precedent 231, by examining the main arguments employed by the Court in that opportunity. Finally, we will promote discussions about the effective compatibility of Precedent 231 with our Constitution, particularly concerning the constitutional principles of legality, proportionality and individualization of sanctions, incentivizing the debate on the effective validity of the ruling of the Superior Court in light of the applying legal and constitutional precepts.

Keywords: Criminal law. Establishment of sanctions. Mitigators. Limits. Precedents. Principle of legality. Proportionality. Individualization of sanctions. Constitutional rights of criminal defendants.

SUMÁRIO

1. Introdução	7
2. Contextualização.....	9
2.1. Da redação original do Código Penal e da Reforma de 1984	9
2.2. Da perspectiva jurisprudencial	9
3. Dos fundamentos da Súmula 231 do STJ	15
3.1. Do Recurso Especial 7.287/PR	16
3.2. Do Recurso Especial 15.691/PR.....	17
3.3. Do Recurso Especial 32.344/PR	20
3.4. Dos Recursos Especiais 46.182/DF e 49.500/SP	23
3.5. Do Recurso Especial 146.056/RS	25
4. A Súmula 231 à luz dos princípios regentes do direito penal	34
4.1. Do princípio da legalidade	35
4.2. Dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade	36
4.3. Análise de compatibilidade da Súmula 231 com os princípios da legalidade, individualização da pena e proporcionalidade	38
5. Conclusão	41
6. Bibliografia.....	43

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece o direito à individualização da pena como garantia individual dos acusados no processo penal, consoante se observa da redação de seu art. 5º, XLVI. Este princípio constitucional se desdobra, essencialmente, em dois momentos: o primeiro se trata daquele em que o legislador comina a pena em abstrato, que corresponderá a determinado tipo penal; o segundo, por sua vez, refere-se à fixação em concreto da reprimenda a ser aplicada a determinada infração penal (MENDES, 2018, pp. 541-542). A incidência de tal princípio, em seu segundo momento, que será o mais relevante para o presente trabalho, garante a aplicação de pena proporcional ao delito praticado, estabelecida a partir da discricionariedade judicial devidamente fundamentada, respeitados os limites máximo e mínimo estabelecidos pelo legislador (NUCCI, 2021, p. 67).

O supracitado art. 5º, XLVI, da Constituição da República determina, ainda, que a individualização penal será disciplinada em lei. Neste sentido, a regência da matéria encontra-se, sobretudo, na parte geral do Código Penal Brasileiro. Referido diploma, em seu art. 68, estabelece o critério trifásico da dosimetria: na primeira fase, que refere-se à fixação da pena-base, são consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, circunstâncias e consequências do delito e comportamento da vítima); na segunda etapa, relativa à pena intermediária, avalia-se a presença de circunstâncias agravantes ou atenuantes, disciplinadas nos arts. 61, 62, 65 e 66, do estatuto repressivo; na terceira fase, em que fica estabelecida a pena definitiva, é examinada a eventual incidência de causas especiais de aumento ou diminuição de pena, previstas especificamente para cada tipo penal (PASCHOAL, 2015, p. 122).

Especificamente no que se refere à fixação da pena intermediária, operada na segunda fase da dosimetria, o julgador considerará as circunstâncias agravantes e atenuantes, que *“constituem dados ou fatos acidentais que, embora não modifiquem a tipificação da conduta, devem obrigatoriamente ser considerados na fixação da pena”* (QUEIROZ, 2015, p. 465). Tratam-se, pois, de circunstâncias fáticas afetas à prática

delitiva que influem no juízo de reprovabilidade da conduta, devendo estas serem consideradas para exasperar ou reduzir a reprimenda a ser imposta ao agente.

Neste sentido, em julgamento publicado em 15.10.1999, a Terceira Sessão do Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 231 daquela Corte, segundo a qual “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*”. O entendimento sedimentado pelo Tribunal Superior estabeleceu efetivo limite à incidência de causas atenuantes, vedando que, em casos em que a pena-base é fixada no mínimo legal, possa sua incidência conduzir à aplicação de reprimenda intermediária inferior ao mínimo cominado pelo legislador.

O entendimento sumular do STJ, contudo, parece contradizer a disciplina da matéria contida na Constituição Federal e no Código Penal. Efetivamente, ao estabelecer a fixação de pena individualizada como direito do acusado em processo penal, a Lei Maior determina que a reprimenda fixada judicialmente seja justa e proporcional à conduta efetivamente praticada, em que sejam considerados todos os fatos relevantes que possam influir no juízo de reprovabilidade do ilícito cometido. Conforme lição de Guilherme de Souza Nucci:

“(…) a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido.” (NUCCI, 2018, p. 67)

Ainda neste sentido, o Código Penal Brasileiro, norma à qual a Constituição Federal atribui o mister de regular a individualização da pena, não estabelece qualquer limitação à incidência das atenuantes quando seu reconhecimento conduziria à imposição de reprimenda inferior ao mínimo legal. Ao contrário: o art. 65, *caput*, do respectivo *códex*, é claro ao preceituar que as atenuantes “[s]ão *circunstâncias que sempre atenuam a pena*”, independentemente de quaisquer outros fatores que incidam nas demais fases do procedimento dosimétrico.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO

2.1. Da redação original do Código Penal e da Reforma de 1984

Com efeito, a questão relativa à possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, remonta à redação original do Código Penal, criado em 7 de dezembro de 1940 pelo decreto-lei 2.848. Em sua redação primordial, o art. 48 do estatuto repressivo elencava o rol de circunstâncias atenuantes a serem consideradas na dosimetria da pena. Nessa linha, o parágrafo único de tal dispositivo estabelecia uma *“atenuação especial da pena”*, que determinava que *“se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido”*.

Como se observa, tal dispositivo estabelecia limitação expressa à incidência de tal atenuante na fixação da reprimenda, vedando que fosse aplicada para reduzir a pena aquém do mínimo estabelecido pelo legislador. Calha enfatizar, aqui, que a redação do Código Penal vigente à época estendia tal limitação, tão somente, à atenuante especial do art. 48, parágrafo único, daquele diploma, inexistindo qualquer menção a tal óbice com relação às demais atenuantes, insculpidas nos incisos do art. 48 daquele Código.

Nada obstante, a reforma do Código Penal de 1984, positivada a partir da Lei 7.209/84, alterou a disciplina da matéria até então vigente no ordenamento jurídico pátrio. A inovação legislativa excluiu da redação do estatuto repressivo a atenuante especial de seu ora revogado art. 48, parágrafo único, e, por extensão, removeu a limitação contida na segunda parte do dispositivo. Em seu lugar, foi introduzido o texto do atual art. 65, que, em seu *caput*, estabelece a obrigatoriedade de aplicação das circunstâncias atenuantes da pena – não há, no texto da nova lei, qualquer restrição concernente à incidência do instituto.

2.2. Da perspectiva jurisprudencial

Com efeito, a edição da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, em 15.10.1999, representou a consolidação do entendimento já predominante naquela Corte Superior no que diz respeito à matéria em análise. Em um panorama geral, verifica-se que, mesmo antes da edição deste enunciado sumular, a jurisprudência dos tribunais pátrios já tinha posição relativamente consolidada no sentido da impossibilidade de circunstâncias atenuantes conduzirem à redução da pena aquém do mínimo legal. É o que se depreende dos seguintes precedentes do STJ, todos publicados anteriormente à edição da já referida súmula:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE RECONHECIDA (MENORIDADE RELATIVA - C.P., ART. 65, 1).

Sendo a pena-base fixada no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena "in concreto" a patamar aquém daquele limite mínimo, sob pena de se permitir, "a contrario sensu", que as agravantes ("que sempre agravam a pena") possam elevar a pena acima do limite máximo, o que seria absurdo.

Recurso conhecido, mas desprovido.

(REsp 169.587/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/1998, DJ 22/02/1999, p. 121)

PENAL. ART. 12 DA LEI N. 6.368/76. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA. APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. LIMITE DE INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES RECONHECIDAS.

I - Se o agente, trazendo consigo ou transportando a droga, é detido quando pretendia exportá-la, o delito previsto no art. 12 da Lei n.

6.368/76 está consumado, sendo irrelevante, em sede de tipificação, a tentativa de exportação.

II - A majorante do art. 18, inciso I da Lei de Tóxicos alcança as hipóteses de "trazer consigo" ou do "transporte da droga" visto que se considerou demonstrado o "tráfico com o exterior".

III - As atenuantes (no caso, as do art. 65, inciso I e art. 65, inciso III, letra "d", do Código Penal), nunca podem levar a pena privativa de liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo legal.

Recurso conhecido e desprovido.

(REsp 146.056/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/1997, DJ 10/11/1997, p. 57830)

RESP - PENAL - PENA - ATENUANTE - O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA VISA A RESGUARDAR O DIREITO DE LIBERDADE. A COMINAÇÃO (IN ABSTRATO) NÃO SE FUNDE COM A APLICAÇÃO (IN CONCRETO). A ATENUANTE DISTINGUE-SE DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. A PRIMEIRA ENSEJA O JUIZ, NOS LIMITES DA COMINAÇÃO, REDUZIR A PENA-BASE. A REDUÇÃO, POIS, NÃO PODE TRANSPOR O MÍNIMO FIXADO NA LEI. A SEGUNDA, SIM, CONDUZ A GRAU MENOR PORQUE O LEGISLADOR AFETOU O QUANTUM DA COMINAÇÃO.

(REsp 32.344/PR, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/1993, DJ 17/05/1993, p. 9373)

Na mesma linha, são os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal, prolatados anteriormente à consolidação do entendimento do STJ:

EMENTA: - Habeas Corpus. 2. Alegação de menoridade de vinte e um anos do paciente não considerada na fixação da pena. 3. Pena estabelecida no mínimo legal. 4. Irrelevante o fato de não ter sido referida a atenuante da menoridade, porque, não caberia fixar, a esse fundamento, a pena abaixo do mínimo legal. 5. Precedentes do STF. 6. Habeas corpus indeferido. (HC 73838, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 04-04-1997 PP-10521 EMENT VOL-01863-02 PP-00361)

EMENTA: "HABEAS CORPUS". INOCENCIA. EXCESSO NA FIXAÇÃO DA PENA: DESCONSIDERAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. DEMORA DO TRIBUNAL EM JULGAR RECURSO. EXAME APROFUNDADO DA PROVA. DESCABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MINIMO LEGAL. Não conhecimento do pedido quanto a demora de julgamento, prejudicado nessa parte com a prolação do acórdão. Matéria relativa a inocencia, que exige exame mais aprofundado das provas, não pode ser objeto de análise nos estreitos limites do "writ". Jurisprudência do STF: HC 69.250, HC 69.756, HC 70.468, HC 70.000, HC 69.541, HC 69.499, HC 69.407, HC 69.395, HC 69.341, HC 68.796, HC 69.072, HC 69.308, HC 68.440, HC 69.742, HC 69.715, HC 69.388, HC 69.346, HC 69.369, HC 69.593, HC 68.273, HC 70.049, HC 70.270, HC 71.363. O deslinde da questão teria sede apropriada em revisão criminal. Uma vez fixada a pena-base no mínimo legal, torna-se desnecessária a valoração das atenuantes, porque estas, embora de aplicação obrigatória, não podem implicar redução da pena abaixo do mínimo previsto na lei penal. Precedentes desta Corte: RECr 94.191, RECr 90.974, RECr 114.828, RECr 94.007, HC 61.273, HC 61.467, HC 63.707, HC 69.369, Rev. Cr. 4.864. Pedido conhecido parcialmente e, nessa parte, indeferido. (HC 71093, Relator(a): PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 23/08/1994, DJ 27-10-1994 PP-29162 EMENT VOL-01764-01 PP-00116)

Após a consolidação sumular do entendimento do Tribunal Superior, a jurisprudência das Cortes, que, em sua grande maioria, já adotavam a tese objeto da ora aprovada Súmula 231, agora passam a seguir a orientação quase que universalmente. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, chegou a perfilhar este entendimento em sede de Repercussão Geral quando do julgamento do RE 597.270/RS, firmando, na oportunidade, a seguinte tese: “*Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*” (Tema 158 da Repercussão Geral). Eis a ementa do julgado prolatado pela Suprema Corte:

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.

(RE 597270 QO-RG, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458)

Em que pese a aparente unanimidade de tal entendimento dentre os órgãos do poder judiciário, constata-se a existência de decisões divergentes no âmbito de algumas Cortes estaduais e federais. Confirmam-se, a este respeito, os seguintes julgados:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO PRATICADO NA EMBRATUR. ESTAGIÁRIO. EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ATENUANTES. APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO-LEGAL. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA CONFIGURADA.

1. O estagiário de empresa pública federal é equiparado a funcionário público, na forma do art. 327 do Código Penal.

2. Não incidência do princípio da insignificância, pois se trata de crime contra a Administração Pública, cujo bem jurídico tutelado é a probidade, a moral administrativa, e não somente o patrimônio público.

3. Não há que se falar em desnecessidade de aplicação da pena em razão de eventual humilhação e perda do estágio sofrida pela ré, pois são conseqüências naturais do delito por ela cometido. A punição administrativa independe da responsabilização penal.

4. Materialidade e autoria demonstradas pelas confissões da ré, pelos depoimentos das testemunhas e pelos documentos acostados nos autos.

5. O inciso XLVI do art. 5º da Carta Política estabelece o princípio da individualização da pena que, em linhas gerais, é a particularização da sanção, a medida judicial justa e adequada a tornar o sentenciado distinto dos demais. Assim, o Enunciado nº. 231 da Súmula do STJ, 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.

7. Configuração da continuidade delitiva nos autos, haja vista que, por meio de três ações, foram praticados três crimes da mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

8. Apelação da ré não provida e apelação do Parquet provida.

(TRF1 - Apelação 0025358-74.2006.4.01.3400, Rel. Juiz Federal TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 28/10/2010 p. 251.)

PENAL - PROCESSO PENAL - ART. 299 DO CP - FALSIDADE IDEOLÓGICA - MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIGURADAS EM RELAÇÃO À RÉ - CONSUNÇÃO DO DELITO DE USO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA - RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE GENÉRICA JÁ TENDO SIDO A PENA BASE FIXADA NO MÍNIMO

LEGAL - ABSOLVIÇÃO DO RÉU POR EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE - ART. 386, VI, DO CPP. I - Hipótese em que a ré, filha do réu, induz este em erro para que o mesmo apresente documento ideologicamente falso perante autoridade federal, com o fim de obter certidão criminal negativa da ré. II - O réu ELÓI deve ser absolvido por inexistência de conduta diversa, uma vez que não podia agir conforme o direito na circunstância pessoal em que se encontrava. III - Comprovadas a materialidade e a autoria do delito em relação à ré e ausentes causas de exclusão do crime, mantém-se a condenação. IV - O crime descrito no art. 304 do CP, consubstanciado no uso do documento falso deve ser absorvido pela falsidade ideológica, por estar presente o nexo de dependência entre as condutas que se colocam de maneira irrefutável na mesma cadeia de acontecimentos. V - Alterada a jurisprudência deste relator quanto ao dogma da impossibilidade de reconhecimento de atenuante genérica do art. 65 do CP, já tendo fixado a pena-base no mínimo legal. VI - Respeitadas opiniões já tem se levantado no rumo da possibilidade do reconhecimento, ao exemplo da credenciada doutrina de Rogério Greco, sustentando, em síntese, que a vedação da referida redução é fruto de interpretação contra legem. Isto porque, o art. 65 do CP não restringiu a sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal; ao contrário, o mencionado artigo determina que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”. VII - Fosse a vontade do legislador que se excepcionasse a regra prevista, não teria, o mesmo, lançado mão do advérbio “sempre”, indicando aí o caminho interpretativo e a conclusão possível de que é coerente aplicar-se o dispositivo a toda e qualquer pena aplicada na primeira fase de sua fixação. Mantida a sentença no ponto. VIII - Recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL DESPROVIDO; recurso de RAQUEL DA COSTA LIMA DESPROVIDO recurso de ELÓI DA COSTA LIMA PROVIDO para absolvê-lo na forma do art. 386, VI, do CPP.

(TRF-2 - ACR 2006.50.01.007182-7, Rel. Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2 23/09/2010 p. 2010)

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO - CONFISSÃO DO CO-RÉU ALIADA A OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS - RECONHECIMENTO DA VÍTIMA - CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A ENSEJAR O DECRETO CONDENATÓRIO CONDENACÃO MANTIDA - REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA APRECIACÃO DAS ATENUANTES - POSSIBILIDADE - EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AO CO-RÉU EM IDENTICA SITUACÃO E QUE NÃO APELOU. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO I. A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL, MESMO RETRATADA EM JUÍZO, TEM ELEVADA EFICÁCIA PROBATÓRIA, DESDE QUE ALIADA A OUTROS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. II. AS INFORMAÇÕES DA VÍTIMA E O DEPOIMENTO DE POLICIAL CONSTITUEM MEIOS DE PROVA VALIOSOS PRINCIPALMENTE SE CORROBORADOS PELO RESTANTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. III. AUSÊNCIA DE QUALQUER IMPEDIMENTO LEGAL OU CONSTITUCIONAL PARA QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES CONDUZAM À FIXACÃO DA PENA DE PRISÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IV. ARTIGO 68 DO CÓDIGO PENAL DETERMINA APLICAR O ARTIGO 59 SOMENTE NA PRIMEIRA FASE, ISTO É, NO MOMENTO DE SE CONCRETIZAR A PENA-BASE. COMO A PRIMEIRA FASE DEVE SER ESTABELECIDADA DENTRO DOS PARÂMETROS DE QUANTIDADE LEGAL (E O ARTIGO 59, II, DO CÓDIGO PENAL, SÓ SE REFERE A TAL FASE), A DIMINUIÇÃO DA PENA EM FACE DAS ATENUANTES NÃO ESTÁ LIMITADA PELA FRONTEIRA MÍNIMA ABSTRATA. V. NÃO HÁ NA ATUALIDADE, REPITA-SE, IMPEDIMENTO LEGAL PARA TANTO. O ARTIGO 68 DO CÓDIGO PENAL NÃO IMPÕE NENHUM OBSTÁCULO. ALIÁS, CONSIDERANDO-SE O TEOR LITERAL DO ARTIGO 65 DO

CÓDIGO PENAL (SÃO CIRCUNSTÂNCIAS QUE SEMPRE ATENUAM A PENA...), SE UMA ATENUANTE (DEVIDAMENTE COMPROVADA) NÃO TIVER INCIDÊNCIA CONCRETA, O QUE SE FAZ É UMA ANALOGIA CONTRA O RÉU (IN MALAM PARTEM) (LEIA-SE: USA-SE CONTRA O RÉU NA SEGUNDA FASE DA APLICAÇÃO DA PENA OS MESMOS CRITÉRIOS DA PRIMEIRA). (Luiz Flávio Gomes. Reforma penal - Súmula do STJ está em conflito com direito vigente. <http://conjur.estadao.com.br/static/text/9944,1>.) VI. ARTIGO 65 DO CÓDIGO PENAL ELENCA HIPÓTESES QUE, SE PRESENTES, SEMPRE ATENUAM A PENA, VEDANDO, PORTANTO, A CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL, CONTRA LEGEM E EM DESFAVOR DO RÉU, QUE BUSCA IMPEDIR A ATENUAÇÃO DA PENA FIXADA NO MÍNIMO COMINADO. VII. O CAPUT DO ARTIGO 65 DO CÓDIGO PENAL DISPOSITIVO LEGAL AO DIZER "SÃO CIRCUNSTÂNCIAS QUE SEMPRE ATENUAM A PENA" NÃO AUTORIZA CONCLUIR QUE SÓ AS CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E AUMENTO PODEM VULNERAR O GRAU MÍNIMO E O GRAU MÁXIMO DA COMINAÇÃO, POIS, SE FOSSE ESSE O OBJETIVO DO LEGISLADOR, ELE NÃO TERIA IMPOSTO TAL LIMITAÇÃO NO INCISO II DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL, EIS QUE TAL DISPOSITIVO REFERE-SE TÃO-SOMENTE À PENA-BASE, CONSOANTE DITAME DO ARTIGO 68, CAPUT, DO MESMO CÓDIGO. VIII. SE O LEGISLADOR QUISESSE ESTENDER A VEDAÇÃO TAMBÉM À SEGUNDA FASE, DISTINGUINDO ESTA DA TERCEIRA, CERTAMENTE O MESMO TERIA FEITO DE FORMA EXPRESSA, DA MESMA MANEIRA QUE FEZ EM OUTRAS LEGISLAÇÕES. IX. ALÉM DE NÃO EXISTIR QUALQUER VEDAÇÃO LEGAL PARA QUE UMA CAUSA ATENUANTE REDUZA A PENA A UM PATAMAR ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, A SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA IMPLICA EM EVIDENTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, SENDO, PORTANTO, INCONSTITUCIONAL. X. A GARANTIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA, ASSEGURADA NO ARTIGO 5º, INCISO XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, IMPLICA A OBSERVÂNCIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES, AINDA QUE A PENA TENHA SIDO FIXADA NO MÍNIMO, SOB PENA DE SE ESTAR ESTENDENDO, À SEGUNDA FASE, UMA VEDAÇÃO ESPECIFICAMENTE DIRIGIDA À PRIMEIRA NO ARTIGO 59, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. XI. AO SE APLICAR ESSES PRINCÍPIOS NORTEADORES AOS CASOS CONCRETOS, OBSERVAR-SE-Á QUE OS ARTS. 59 E 68 DO CÓDIGO PENAL NÃO PODEM SER INTERPRETADOS DE MANEIRA ISOLADA. DEVEM, COM EFEITO, SEREM CONFORMADOS, EM UM ÂMBITO CONSTITUCIONAL, COM O ART. 65 DO DIPLOMA PENAL E, SE FOR O CASO DE MENORIDADE RELATIVA (CP, ART. 65, I), NÃO SE PODE ESQUECER DO ART. 67, O QUAL TORNA ESTA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE PREPONDERANTE, PELO FATO DA MENORIDADE RELATIVA SE CARACTERIZAR COMO UM ATRIBUTO DA PERSONALIDADE DO AGENTE. (André Pires Gontijo. A revisão do enunciado nº 231 da súmula do STJ: por uma máxima efetividade da força normativa do princípio da individualização da pena. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7398>.) XII. O FANTASMA DA 'PENA ZERO' É ARGUMENTO AD TERROR (QUE SÓ IMPRESSIONA OS INCAUTOS). O ART. 65 DO CP DISPÕE QUE AS ATENUANTES SEMPRE ATENUARÃO A PENA (NÃO DIZ QUE A ELIMINARÃO). ATENUAR NÃO É ELIMINAR. O JUIZ QUE CHEGA À PENA ZERO, ALÉM DO RIDÍCULO A QUE SE EXPÕE (SERIA UM JUIZ ZERO À ESQUERDA, CONVENHAMOS), VIOLA PATENTEMENTE O PRINCÍPIO DE QUE CADA UM DEVE SER PUNIDO NA MEDIDA DA SUA CULPABILIDADE (CP, ART. 29)". (Luiz Flávio Gomes. Circunstâncias atenuantes e pena aquém do mínimo: é possível? Boletim do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM. Outubro/2002. p. 12/13). XIII. DESCABIDA A AFIRMAÇÃO DE QUE TAL ENTENDIMENTO POSSIBILITA DEMASIADO ARBÍTRIO POR PARTE DO JULGADOR, UMA VEZ QUE TODA DECISÃO DEVE SER FUNDAMENTADA (ARTIGO 93, IX, DA CARTA MAGNA) E QUALQUER EVENTUAL EXCESSO, OBVIAMENTE, ESTÁ SUJEITO A REVISÃO PELA VIA RECURSAL, INCLUSIVE FRENTE AOS TRIBUNAIS SUPERIORES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJ-PR - Apelação 0368530-9, Rel. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, 5ª Câmara Criminal, DJ: 7492)

De tal cenário, depreende-se que, apesar da firme posição esboçada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal por força das circunstâncias atenuantes, tal posicionamento não é de todo unânime dentre os órgãos integrantes do poder judiciário nacional.

Como se observa, diversas são as vertentes jurisprudenciais no que diz respeito à possibilidade de aplicação de atenuantes para reduzir a pena abaixo do mínimo legal. Enquanto o entendimento pacífico nas instâncias superiores, e majoritário nos tribunais de segunda instância, é firme em não admitir que o reconhecimento de tais circunstâncias possa conduzir à fixação de reprimenda intermediária inferior ao mínimo cominado para determinado tipo penal, verifica-se a existência de uma seção minoritária de julgadores que defende a incompatibilidade de tal entendimento com os princípios legais e constitucionais afetos à dosimetria da pena.

3. DOS FUNDAMENTOS DA SÚMULA 231 DO STJ

Conforme discutido no capítulo anterior, o Superior Tribunal de Justiça já reconhecia a inaplicabilidade de atenuantes quando fixada a pena-base no mínimo legal muito antes à edição da Súmula 231. Após a aprovação do referido enunciado sumular, o que se observa é que tal entendimento, que já era prevalente no âmbito dos diversos órgãos integrantes do Judiciário, agora passa a ser quase que universalmente aplicado, em atenção ao que decidido pela Corte Superior.

Trata-se, à obviedade, de consolidação de perspectiva majoritária há muito esboçada naquele Tribunal. Neste ponto, contudo, é necessário ponderar o seguinte: o que levou o Superior Tribunal de Justiça a consolidar seu entendimento neste sentido? Quais

foram os motivos apresentados pela Corte Cidadã para lastrear a tese fixada em sua Súmula 231?

Neste capítulo, buscaremos sintetizar análise detalhada da fundamentação exarada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça nos julgados-paradigma que levaram à aprovação do já referido entendimento sumular, verificando os pontos de convergência e divergência dos precedentes-chave e promovendo exame crítico das razões de decidir esboçadas em cada um dos julgados.

3.1. Do Recurso Especial 7.287/PR

O precedente mais antigo apontado pelo STJ como paradigma para a edição de sua Súmula 231 é o REsp 7.287/PR, de relatoria do então-ministro William Patterson. Na oportunidade, o voto condutor do acórdão consignou o seguinte:

Demonstrou o Recorrente que, em momento algum da nossa história legislativa foi permitido estabelecer-se pena inferior ou superior ao mínimo legal, em razão de sistemas de aplicabilidade. Ressaltou que tanto no regime bifásico como no trifásico, este último consagrado atualmente no Código, estava afastada a hipótese. As lições doutrinárias trazidas à colação são expressivas desse entendimento, consoante se lê desses lances da brilhante peça recursal:

Hoje, com a alteração oriunda da Lei n. (...) 7.209/1984, o C. Penal (ex vi arts. 59 e seu inciso II, 67 e 68) impõe a observância do sistema trifásico do saudoso mestre HUNGRIA. De uma forma ou de outra, seja na legislação de 40, seja na atual (Lei n. 7.209/1984), qualquer que seja o método (de LYRA ou de HUNGRIA, este, agora, obrigatório), as agravantes e as atenuantes não poderiam, e não podem, levar a resposta penal in concreto para fora dos limites de mínimo e máximo estabelecidos para a infração criminal reconhecida. No sentido supra, DAMÁSIO E. DE JESUS (in “DIREITO PENAL”, vol. 1, p. 506, 1985) ensina que: “Em face de uma circunstância agravante ou atenuante, nem sempre a aplicação de seu efeito é obrigatória. Isso porque, tratando-se de circunstâncias legais genéricas, a pena não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo. Suponha-se que o juiz, atendendo ao art. 59, caput, fixe a pena no mínimo (pena-base). Na segunda operação, encontra uma atenuante. A pena não pode ser inferior ao mínimo legal”. Assim, também, HELENO C. FRAGOSO (in “LIÇÕES DE DIREITO PENAL”, PG, p. 355, 7ª ed., 1985): “As circunstâncias legais atenuantes são de aplicação obrigatória. Elas atuam diminuindo a reprovabilidade da ação e, pois, da culpabilidade. Não pode, porém, a pena ser diminuída abaixo do mínimo da escala legal”. Por igual, tem-se a ensinança de JUAREZ CIRINO DOS SANTOS (in “DIREITO PENAL”, 1985, Forense, p. 250), para quem “as circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas (incluídas as do concurso de pessoas) não podem exceder os limites mínimo e máximo da pena cominada ao tipo legal”. Em síntese, o critério do pranteado mestre HUNGRIA, que já era utilizável na legislação anterior (cfe. orientação do Pretório Excelso), está delineado na própria “Exposição de Motivos” da Lei n. 7.209/1984: “Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em segunda, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento” (item n. 51). Uma simples leitura, até despretensiosa, dos arts. 59, inciso II, 67 e 68 do atual C. Penal (outrora, de forma implícita, nos artigos 42, 49, parágrafo único, 49 e 50 do C. Penal”), evidencia, historicamente, a preferência pelo sistema trifásico (evitando lapsos e abusos na aplicação da resposta penal).

(...)

Como contribuição, para reforçar o elenco desses julgados, cito recentíssimo acórdão do Pretório Excelso onde a tese foi firmemente corroborada. É o que se extrai da ementa pertinente ao HC n. 68.339-8-DF, Relator o Senhor Ministro Moreira Alves (DJ de 15.03.1991):

Habeas corpus. Pena-base estabelecida no mínimo legal. Menoridade do réu. Ainda que o magistrado tenha ignorado a menoridade do réu na data do fato, circunstância expressa de atenuação legal - artigo 65, I, CP -, todavia pôs a sanção no mínimo legal, de sorte que, mesmo reconhecida fosse tal atenuação, por não se confundir com causa especial de diminuição de pena, a pena-base não poderia estar aquém do mínimo legal.
Habeas corpus indeferido.

É certo, no dizer de Nelson Hungria, que as causas especiais de aumento ou diminuição permitem resultado abaixo ou acima dos limites estabelecidos na lei, e, por isso mesmo, essas causas devem ser consideradas após a aplicação das agravantes ou atenuantes, que não têm aquele efeito. Tal critério não foi observado, no caso sob exame, ensejando, destarte, a reforma cogitada.

Como se depreende do excerto colacionado, neste julgado, a Corte Superior baseia-se no seguinte argumento para fundamentar a inaplicabilidade da atenuante ao caso examinado: a inexistência de previsão, “*em momento algum da nossa história legislativa*”, da possibilidade de tais circunstâncias conduzirem à fixação de reprimenda aquém do mínimo legalmente estabelecido.

Como já analisado no capítulo referente à contextualização histórica, a redação originária do Código Penal, realmente, previa a impossibilidade de a atenuante especial até então prevista em seu art. 48, parágrafo único, resultar em pena inferior ao mínimo legal. Todavia, a reforma do estatuto repressivo de 1984 extinguiu tal limite ao introduzir a atual redação do art. 65 do CP, que determina a obrigatoriedade de aplicação de tais causas atenuantes quando verificado seu enquadramento material.

Desse modo, com a devida vênia à conclusão alcançada pelo Superior Tribunal de Justiça, a argumentação exarada neste precedente não nos parece suficiente a lastrear tal entendimento. Embora, de fato, a antiga redação do Código Penal prevísse tal limitação para a aplicação de atenuante especial de seu art. 48, parágrafo único, tal não se estendia às demais atenuantes previstas nos incisos do referido dispositivo. Não bastasse, esta vedação, assim como a atenuante especial sobre a qual incidia, foi de todo removida pela alteração de 1984.

3.2. Do Recurso Especial 15.691/PR

No Recurso Especial 15.691/PR, interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná, questionava-se acórdão em que o réu, condenado por crime de roubo qualificado, foi beneficiado por atenuante aplicada após o acréscimo referente à qualificadora, resultando em reprimenda inferior ao mínimo para a forma qualificada do delito. O Ministro Relator Pedro Acioli votou pelo não conhecimento do apelo raro, nos seguintes termos:

O Ministério Público do Estado do Paraná recorreu, tão somente, quanto à pena aplicada a Roberto Carlos da Silva, cuja sentença de fls. 409-410 disse:

(...)

Roberto Carlos da Silva é primário, razão pela qual fixo a pena base em quatro anos de reclusão, que aumento de um terço, dadas as qualificadoras acima verificadas, o que dá o total de cinco anos e quatro meses de reclusão; sendo menor de vinte e um anos de idade, diminuo um ano e quatro meses, totalizando quatro anos de reclusão, que torno definitiva.

(...)

Portanto, resumindo a pena a ser aplicada à conduta típica prevista no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, é de 5 anos e 4 meses, a máxima 13 anos e 4 meses.

Daí, obedecendo o mesmo parâmetro do Juízo a quo, fixando a pena base ao mínimo legal do tipo prevista no caput do art. 157, somado à majorante de 1/3 estabelecido no § 2º, incisos I e II, do CP, se chegará à pena de 5 anos e 4 meses e levando em consideração a circunstância atenuante - de aplicação obrigatória - no caso, a menoridade à data do fato, que deve preponderar sobre as demais circunstâncias - HC n. 66.605, in DJ 21.04.1989; embora não possa reduzir a pena abaixo do mínimo legal previsto - RTJ 118/928, RTJ 104/736 - se chegará a cominação da pena definitiva de 4 anos de reclusão que é o mínimo legal do tipo, aplicando a causa atenuante de pena de 1/3 (um terço) - menoridade à data do fato.

Ora cada tipo penal tem a pena mínima fixada expressamente no caput e para os crimes qualificados a lei traz o mínimo legal fixado expressamente, como é o caso do art. 121, § 2º e § 3º; art. 129, § 1º, § 2º, § 3º e 6º, art. 175, § 1º; art. 180, § 1º e § 4º, tudo do Código Penal, além de outros.

Quando não previsto expressamente na lei um mínimo legal para as formas qualificadoras, é ela agravante da pena prevista no caput e não um mínimo dela.

No caso dos autos o tipo penal é roubo que tem a pena mínima de 4 anos, e na forma qualificada, § 2º, incisos I e II, é agravante do tipo, que no caso, o legislador não fixou expressamente para a figura do § 2º, incisos I e II, um mínimo legal fora do mínimo do tipo.

Por isso, não conheço do recurso, pela letra a.

(...)

O Ministro Vicente Cernicchiaro, por sua vez, inaugurou divergência e votou em sentido contrário à posição do relator:

(...)

Em face dessas considerações, data venia, não é possível, em se aplicando uma atenuante, ultrapassar-se para menos, os limites da cominação. Três são as circunstâncias que podem repercutir na pena: a qualificadora, a causa

especial de aumento ou diminuição de pena; a agravante e a atenuante. Em se tratando de atenuante, o quantum da oscilação é relativa à pena base, trabalho exclusivamente do magistrado, jungido, porém aos limites da cominação legal. Não pode ultrapassar para mais ou beneficiar para menos. A pena cominada ao roubo, com a causa especial de aumento de pena do § 2º, será de quatro anos mais 1/3, totalizando, portanto, cinco anos e quatro meses. A atenuante do art. 65, I, CP, menoridade entre 18 e 21 anos não tem quantum determinado. O Juiz, então, repita-se, dentre os limites da cominação, pode, em atenção ao caso concreto, modificar à vontade, fundamento o raciocínio, escolhendo 1/3, metade, um dia, três dias. Não lhe é, todavia, facultado, sob pena de afetar garantia constitucional, ultrapassar a barreira da cominação. Se fixar pena base no mínimo legal, a título de atenuante, não pode reduzir nada mais. Senão, estaria transformando a atenuante em causa especial de diminuição de pena. Os dois institutos são inconfundíveis.

Em razão dessas considerações, rogando vênia ao Eminentíssimo Relator e, entendendo que o MM. Juiz, com o aval do Egrégio Tribunal, ultrapassaram, para menor, os limites da cominação legal, conheço e dou provimento ao recurso, a fim de fixar no mínimo legal.

(...)

Acompanhando a divergência, votou o Ministro Adhemar Maciel:

Como bem notou o Ministro Vicente Cernicchiaro, houve, até, infração a dispositivo constitucional: o inciso XLVI do art. 5º, que preconiza a “individualização da pena”.

O Código Penal, com a alteração feita pela Lei n. 7.209/1984, obriga o juiz a seguir, na hora da fixação da pena, três etapas ou fases. Foi o que se ouviu da leitura do caput do art. 68.

Para fixar a pena-base, o juiz tem de levar em conta as denominadas “circunstâncias judiciais” (art. 59). Depois, então, é que, já na segunda fase, passa a considerar as “circunstâncias legais”. Fixa, ainda que provisoriamente, um quantum. Por último, na terceira fase, é que leva em conta as “causas de diminuição e aumento” da pena. Obtém, então, a pena definitiva.

No caso concreto, como observou o recorrente, o juiz não se ateu ao preceito da lei infraconstitucional.

(...)

Como se percebe, o juiz inverteu a seqüência das fases, preconizada pelo art. 68. Depois de achar a pena-base, de quatro anos, é que teria de levar em conta a circunstância legal, atenuante, da idade do réu (art. 65, I). O juiz não fez isso. Pulou para a terceira fase, aumentando a pena-base de um terço para, a seguir, diminuí-la de um terço.

Na verdade, o juiz deveria, após examinar as circunstâncias judiciais, todas favoráveis ao réu, ter fixado a pena-base em quatro anos, como fez. A seguir, na segunda fase, levar em conta as circunstâncias legais. Não poderia, nesse caso, reduzir a pena-base, que já se achava no mínimo (quatro anos). Feito isso, isto é, obtida os quatro anos na segunda fase, é que poderia passar a considerar a causa especial de aumento da pena (roubo qualificado, § 2º do art. 157).

Como se observa, duas são as questões subjacentes ao julgado em análise: (i) a possibilidade de circunstâncias atenuantes conduzirem à fixação de reprimenda intermediária inferior ao mínimo legal; e (ii) a ocorrência de inversão do sistema trifásico do art. 68 do Código Penal, com a consideração do acréscimo referente à qualificadora

em momento anterior à aplicação da atenuante. Quanto à primeira questão, mais relevante ao tema do presente trabalho, o voto revisor não tece maiores considerações, limitando-se a aduzir que, em assim proceder, o magistrado estaria atuando em violação a garantia constitucional, bem como “*estaria transformando a atenuante em causa especial de diminuição de pena*”.

3.3. Do Recurso Especial 32.344/PR

No julgamento do REsp 32.344/PR, a Sexta Turma do STJ promoveu nova análise da matéria, realizando distinção entre as causas especiais de diminuição de pena e as circunstâncias atenuantes no que diz respeito à possibilidade de redução da pena abaixo do patamar mínimo. Confira-se:

A ementa do v. acórdão recorrido traduz, com fidelidade, o seu conteúdo:

Tráfico de entorpecentes. Réu condenado. Apelo objetivando absolvição por falta de provas, outra pessoa ser a autora, ou desclassificação para o artigo 16 da Lei n. 6.368/1976, e benefício do artigo 19, parágrafo único da mesma lei. Prova idônea e satisfatória da materialidade e autoria do crime imputado ao Réu - entorpecente que não era destinado apenas para uso próprio. A minorante prevista no parágrafo único do artigo 19 da Lei n. 6.368/1976, é facultativa, e o benefício não tem aplicação quando se trata de traficante-viciado cuja dependência é somente quanto ao uso da droga. Recurso improvido. (fl s. 88).

O art. 19, parágrafo único da Lei n. 6.368, de 21.10.1976 tem a seguinte redação:

A pena pode ser reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se, por qualquer das circunstâncias previstas neste artigo, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Registra, sem dúvida, causa especial de redução de pena. Não se confunde com a atenuante. Aquela afeta a cominação. A segunda repercute na aplicação. Em outras palavras, a primeira reduz a pena in abstrato. A última não tem esse efeito.

A matéria foi apreciada anteriormente por esta Turma. Aliás, para instruir o dissídio pretoriano, o Recorrente realça o REsp n. 8.650-RS, de que fui Relator, publicado na RSTJ, n. 22/426-431.

Mais recentemente, o Colegiado reeditou essa orientação, como se observa no REsp n. 15.691, de que fui Relator designado.

REsp. Penal. Pena. Atenuante. O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A cominação (in abstrato) não se confunde com a aplicação (in concreto). A atenuante não se confunde com a causa especial de diminuição da pena. A primeira enseja o Juiz, nos limites da comunicação, reduzir a pena-base.

A redução, pois, não pode transpor o mínimo fixado na lei. A segunda, sim, conduz a grau menor porque o legislador afetou o quantum da cominação.

Não há, pois, com confundir as duas espécies de minorantes: causa especial de diminuição da pena e circunstância atenuante.

(...)

Aqui, verifica-se que o ponto central do voto condutor do acórdão é, em apertada síntese, o seguinte: as causas especiais de diminuição de pena agiriam sobre a cominação da pena, afetando-a em abstrato e podendo, assim, conduzir a sua fixação abaixo do mínimo legal. Segundo este entendimento, as circunstâncias atenuantes incidiriam apenas sobre a reprimenda em concreto, sendo, por tal motivo, inaptas a reduzi-la abaixo do mínimo.

Com a máxima vênia à posição esboçada pelo STJ, em nossa visão, tal argumentação não procede. Explica-se.

Conforme será examinado mais profundamente adiante, a individualização da pena desdobra-se em dois momentos distintos: (i) o primeiro, em que o legislador, por meio da competência que lhe é constitucionalmente atribuída, comina a pena em abstrato a ser aplicada a determinado delito; (ii) o segundo, em que o julgador estabelece a reprimenda a ser aplicada ao caso concreto, a partir das balizas estabelecidas em lei e de sua discricionariedade devidamente fundamentada (MENDES, 2018, pp. 541-542). Parte da doutrina reconhece, ainda, uma terceira vertente de concretização da individualização da pena, referente à fase executória, na qual, segundo Nucci (2021, p. 66), “*Passa-se, então, a determinar os benefícios cabíveis ao sentenciado, sendo possível diminuir a pena (indulto, remição, como exemplos), alterar o regime para um mais benéfico ou para um mais rigoroso (progressão ou regressão), dentre outras medidas*”.

A despeito do entendimento exarado pelo STJ no julgamento do REsp 32.344/PR, nos parece inexistir diferença entre causas especiais de diminuição de pena e circunstâncias atenuantes no que concerne à vertente da individualização da pena em que incidem.

Ao contrário do que consta do voto condutor, a aplicação das minorantes, assim como ocorre com as circunstâncias atenuantes, se dá no segundo momento da individualização da pena – ou seja, na etapa de fixação judicial, em que o julgador, em apreciação de determinado caso concreto, faz incidir as atenuantes e minorantes que entender cabíveis – e não na etapa em que se comina a pena em abstrato.

Ao diferenciar as circunstâncias agravantes e atenuantes das causas especiais de aumento e diminuição de pena, Cezar Roberto Bittencourt (2021, p. 392) estabelece o seguinte:

Por outro lado, as majorantes e as minorantes também não se confundem com as agravantes, e as atenuantes genéricas apresentam diferenças fundamentais em, pelo menos, três níveis distintos, a saber:

a) Em relação à colocação no Código Penal

1) As agravantes e as atenuantes genéricas localizam-se somente na Parte Geral do Código Penal (arts. 61, 62, 65 e 66). 2) As majorantes e as minorantes situam-se tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial, sendo que elas situam-se nos próprios tipos penais.

b) Em relação ao “quantum” de variação

1) As agravantes e as atenuantes não fixam a quantidade de aumento ou de diminuição, deixando-a ao “prudente arbítrio” do julgador, não devendo, a nosso juízo, atingir um sexto da pena, que é o limite mínimo das majorantes e minorantes. 2) As majorantes e as minorantes, por sua vez, estabelecem, em quantidade fixa ou variável, o quantum de variação da pena.

c) Em relação ao limite de incidência

1) A doutrina tradicional historicamente sempre sustentou que as atenuantes e as agravantes não podem conduzir a pena para fora dos limites, mínimo e máximo, previstos no tipo penal infringido. Reinterpretando, no entanto, o texto da Reforma Penal de 1984, passamos a admitir que as atenuantes possam trazer a pena mínima para aquém do mínimo abstratamente cominado no tipo penal, como demonstraremos logo adiante. 2) As minorantes podem reduzir a pena para aquém do mínimo cominado ao tipo penal violado, como reconhecem unanimemente doutrina e jurisprudência. 3) As majorantes, segundo uma corrente minoritária, podem elevar a pena para além do máximo cominado no tipo penal infringido, enquanto para outra corrente majoritária, que adotamos, as majorantes não podem ultrapassar aquele limite.

Depreende-se, portanto, que são três os fatores diferenciais entre os modificadores da segunda e terceira fases da dosimetria: (i) a posição geográfica na legislação penal – haja vista que as atenuantes e agravantes figuram na parte geral do Código Penal, enquanto as majorantes e minorantes são previstas para cada delito em específico; (ii) o *quantum* de variação - a legislação não estabelece parâmetros fixos para a aplicação das agravantes ou atenuantes, ao passo que cada causa especial de aumento ou diminuição corresponde a um patamar fixo ou variável determinado em lei; (iii) o limite de incidência – tendo em vista que a doutrina e jurisprudência majoritárias não admitem que as atenuantes extrapolem o mínimo legal cominado para cada delito, o que não ocorre para as minorantes, que podem conduzir a fixação de pena inferior ao piso.

Relevante notar, nessa linha, que o Código Penal não estabelece qualquer distinção entre as causas especiais de diminuição e as atenuantes no que concerne ao seu

momento de incidência na individualização da pena. Importante ressaltar, aqui, que não se questiona que tais fatores são considerados em fases distintas da dosimetria da pena, em atenção ao critério trifásico conscrito no art. 68 do CP. O que nos parece, realmente, é que a incidência de ambos os institutos – apesar de se situarem em fases distintas do procedimento dosimétrico – ocorre na etapa judicial do processo de individualização, no qual se dá a fixação da reprimenda em concreto, e não, como sustenta o acórdão em análise, na etapa de cominação da pena, reservada à deliberação legislativa.

Poder-se-ia argumentar, eventualmente, que as causas de aumento ou diminuição de pena de patamar fixo, às quais o legislador atribui uma razão única de acréscimo ou decote da reprimenda, poderiam estar situadas na etapa de cominação da pena em abstrato. Tal raciocínio não se aplica ao caso concreto, contudo, tendo em vista que a causa de diminuição de pena discutida no precedente em análise, qual seja, a do art. 19, parágrafo único, da revogada Lei 6.368/76, estabelece patamar de decréscimo de 1/3 a 2/3, de modo que o nível de sua valoração encontra-se dentro da discricionariedade judicial e, portanto, no segundo momento da individualização da pena.

Ainda que assim não fosse, calha enfatizar que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça reconheceu, em julgado recente, que *“não é possível dar tratamento diferenciado à causa de aumento que traz patamar fixo e à que traz patamar variável, porquanto, além de não se verificar utilidade na referida distinção, o mesmo instituto jurídico teria tratamento distinto a depender de critério que não integra sua natureza jurídica”* (HC 463.434/MT – DJe 18/12/2020).

Em conclusão, não nos parece correto o raciocínio adotado pelo STJ no julgamento do REsp 32.344/PR, uma vez que, ao contrário do que consta do voto vencedor do referido aresto, não parece existir distinção entre os momentos da individualização da pena em que se situam as atenuantes, agravantes, causas de diminuição e de aumento de pena.

3.4. Dos Recursos Especiais 46.182/DF e 49.500/SP

Passemos à análise das razões constantes do acórdão proferido no julgamento do REsp 46.182/DF, de relatoria do Min. Jesus Costa Lima:

(...)

Na dosimetria da pena, segundo a reforma penal de 1984, o Juiz procede a diversas operações: a) fixa a pena-base apreciando as circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal); b) se houver circunstâncias legais - atenuantes e agravantes -, as sopesa e diminui ou agrava a pena sem extrapolar os limites legais, mínimo e máximo; c) havendo qualificadora, aumenta a pena na quantidade prevista na parte especial do Código Penal. Apenas nessa última etapa é que a pena pode ser fixada aquém ou além dos limites, abstratamente cominados.

Adverte JÚLIO FABBRINI MIRABETE (Manual de Direito Penal, vol. 1, p. 303, da ed. de 1986, da Editora ATLAS):

Uma característica fundamental das circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, é a de que não pode servir para a transposição dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente considerada. Assim, a presença de atenuantes não pode levar a aplicação abaixo do mínimo, nem a de agravantes a acima do máximo.

Esta Quinta Turma já teve ensejo de manifestar-se sobre o tema em acórdão da lavra do eminente Ministro Assis Toledo:

Penal. Pena. Fixação.

No direito brasileiro, não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante.

Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 15.695-PR, DJU de 17.02.1992)

Tanto já o fez a Sexta Turma:

Penal. Pena. Fixação. Critérios.

Se a redução da pena importou em fi xá-la abaixo do mínimo legal, por força de equivocado critério na ordem de consideração de causa especial de aumento e de atenuante, merece reforma a decisão.

Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 7.287-PR, Rel. Min. William Patterson, DJU de 06.05.1991, p. 5.674)

REsp. Penal. Pena. Atenuante. O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A

REsp. Penal. Pena. Atenuante. O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A cominação (in abstrato) não se confunde com a aplicação (in concreto). A atenuante distingue-se da causa especial de diminuição da pena. A primeira enseja o Juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base. A redução, pois, não pode transpor o mínimo fixado na lei. A segunda, sim, conduz a grau menor porque o legislador afetou o quantum da cominação. (REsp n. 32.344-PR, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 17.05.1993)

No caso, fixada a pena-base em 04 (quatro) anos, a circunstância atenuante alusiva à menoridade do réu quando praticou o fato, não tem nenhuma influência para reduzir a reprimenda, pois se trata do mínimo estabelecido no caput do art. 157 do Código Penal. Donde, inexistindo circunstância agravante, mas considerada a causa de aumento do mesmo artigo, § 2º, II, no mínimo de um terço, tem-se: 48 mais 16 meses, igual a 54 meses, ou seja, 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, com cumprimento, inicialmente, no regime fechado.

(...)

À semelhança do julgado anterior, decidiu a Sexta Turma do STJ no julgamento do REsp 49.500/SP, de relatoria do Min. Assis Toledo, também apontado como paradigma para o enunciado sumular 231 daquela Corte:

(...)

O Juiz, na sentença, estabeleceu a pena mínima possível aplicada à espécie, que é de três anos de reclusão.

Assim, não poderia o acórdão reduzir esse cálculo por aplicação de uma circunstância atenuante, a confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP). É o que decidiu esta Turma, no REsp n. 15.695-PR, citado como paradigma:

Penal. Pena. Fixação. No direito brasileiro, não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante. Recurso especial conhecido e provido. (Rec. Esp. n. 15.695-Paraná, 5ª T. do STJ, j. 18.12.1991, Rel. Min. Assis Toledo, DJU 17.02.1992, p. 1.381) (fl s. 142)

Ante o exposto, conheço do recurso, pela letra c, e dou-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau

Como se observa dos excertos, os votos condutores dos arestos fundamentam suas conclusões de maneira semelhante, reportando-se à doutrina e à jurisprudência da Corte Superior, sem tecer maiores considerações acerca da questão em análise.

3.5. Do Recurso Especial 146.056/RS

O sexto, e último, precedente eleito como paradigma para a edição da Súmula 231 do STJ é o REsp 146.056/RS, de relatoria do Min. Felix Fischer, cujo voto condutor tem o seguinte teor:

(...)

Quanto à redução da pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal, unicamente com supedâneo em atenuantes, o recurso carece, igualmente, de suporte jurídico válido.

A individualização da pena, evidentemente, não existe para deleite do magistrado. Ela é uma obrigação funcional, a ser exercida com critério jurídico pelo juiz e, simultaneamente, uma garantia do réu (v.g. art. 5º, inciso XLVI da Carta Magna e arts. 381 e 387 do CPP) e da sociedade (v.g. arts. 381 e 387 do CPP). Está, outrossim, vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5º, inciso XXXIX da Lex Maxima). A nossa legislação fornece o critério mencionado na Lex Fundamentalís (“a lei regulará a individualização (...)”) que deve ser respeitado e aplicado com a indispensável fundamentação concreta (cfr. princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, ex vi art. 93, inciso IX, 2ª parte da Lei Maior e arts 157, 381, 387 e 617 do CPP). Ninguém, em nenhum grau de jurisdição, pode, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal. O argumento crítico, de carga exclusivamente subjetiva, pessoal, ou, então, o pretense exercício de “dikeologia” só acarretam, no fundo, neste tópico, imprevisibilidade, incerteza e injustiça. Uma coisa é exercer a função de aplicador do Direito, outra, em postura mistificadora, é querer identificar-se com ele (sobre o tema: Soveral Martins in “Processo e Direito Processual”, 2º volume, p. 180 e segts., Centelha, Coimbra, 1986). Em assim sendo, desde a elaboração do C. Penal de 40, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei n. 7.209/1984, nunca predominou - nem sequer mereceu destaque - o entendimento de que as agravantes e atenuantes (ao contrário das majorantes e minorantes) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isto, quer seja no sistema

bifásico (de Roberto Lyra), quer seja no trifásico (de Nelson Hungria), agora imposto legalmente (v.g. as ensinanças de Hungria, A. Bruno e M. Noronha, por demais conhecidas).

Como se vê, repetindo, dos arts. 59, 67 e 68 de C. Penal, a Lei n. 7.209/1984 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado sob pena de se tornarem, os referidos dispositivos, mero ornato do C. Penal. Trata-se de uma regulamentação genérica que não fere qualquer princípio ou norma superior e, portanto, inadmitte o *circumvenire legem*. Pela sistemática enfocada, a fixação da pena definitiva pode desdobrar-se em três etapas cuja seqüência está evidenciada. A pena-base (e não ponto de partida) é obtida com as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP). A seguir, em segunda operação, devem incidir as agravantes e as atenuantes (ex vi arts 61 a 67 do CP), surgindo, daí, a pena provisória. Esta só se torna definitiva ou final se não houver a aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (majorantes ou minorantes, ex vi art. 68 do CP). Como se vê, primo *ictu oculi*, até “à vol d’oiseau”, o critério é claro, a sua seqüência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos mas até por uma questão de elementar lógica. Se assim, não fosse, inexistindo os parâmetros apontados, teríamos um sistema de ampla indeterminação que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados. Mas, o CP, em seu art. 59, II, diz: “dos limites previstos”. No art. 67, assevera: “do limite indicado”. É, cumpre sublinhar, o sistema da indeterminação relativa (v.g.: Jair Leonardo Lopes in “Curso de Direito Penal”, PG., 2ª ed., RT, p. 231 e segts.; Damásio E. de Jesus in “Direito Penal”, vol. 1, PG, p. 579, 2ª ed., Saraiva; Heleno C. Fragoso in “Lições de Direito Penal”, PG., Forense, 1995, 25ª ed., p. 339; Álvaro Mayrink da Costa in “Direito Penal”, PG., vol. Tomo II, p. 539, Ed. Forense, 1991; L. Régis Prado & Cezar Roberto Bitencurt in “Código Penal Anotado”, RT, 1997, p. 327 e 334; Juarez Cirino dos Santos in “Direito Penal. A nova Parte Geral.”, p. 250, Ed. Forense, 1985; Mauricio Kuehne in “Teoria e Prática da Aplicação da Pena”, Juruá, p. 99, 1995 e Fernando Galvão in “Aplicação da Pena”, p. 124, Ed. Del Rey, 1995).

A *quaestio* não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. Primeiro, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do CP, mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? Segundo, admitindo-se, *ad argumentandum*, a redução almejada no recurso especial, qual seria o limite? A pena “zero”? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível concepção unilateral na relação culpabilidade/pena (v., comparativamente, Nilo Batista in “Introdução Crítica ao Direito Penal” e H. H. Jescheck, in “Tratado de Derecho”, 4ª ed., Granada, 1993, p. 384-386, apresentando a polêmica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo Roxin, Jakobs, A. Kaufmann e Achenbach). Terceiro, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, *data venia*, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de “competição” entre réus ou delinqüentes. Caso contrário, na participação de *somenos* (art. 29 § 1º do CP), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, “premiando” o co-réu que tivesse menor participação (o texto, todavia, só diz com a participação ínfima, cfr. ensinanças de René A. Dotti in “Reforma Penal Brasileira”, Ed. Forense, 1988, p. 98-99, e de Jair Leonardo Lopes, *op. cit.*, p. 183). Por último, a expressão “sempre atenuam” não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as agravantes (“que sempre agravam a pena”) pudessem levar a pena acima do limite máximo (o outro lado da ampla indeterminação). E, isto, como

preleciona A. Silva Franco, é incompatível com o princípio da legalidade formal.

“O entendimento de que o legislador de 84 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que apenas, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos “segundos códigos” do magistrado, Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstância acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estas, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se linha divisória inaceitável entre as circunstâncias legais, sem limites punitivos, e as causas de aumento e de diminuição, com limites determinados, emprestando-se àquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas”. A. Silva Franco in “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, 6ª ed., 1997, RT, p. 1.072).

Enfim, neste ponto, improcede, igualmente, a pretensão recursal que esbarra, inclusive, na orientação pacífica do Colendo Supremo Tribunal Federal (v.g.: a) HC n. 71.051-4, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09.09.1994, p. 23.442; b) HC n. 70.883-8, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24.06.1994, p.16.636; c) RTJ 118/928, rel. Min. Sydney Sanches; d) HC n. 69.342-3, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 21.08.1992, p. 12.784; e) HC n. 73.615-7, rel. Min. Mauricio Corrêa, DJU de 06.09.1996, p. 31.852). E, esta Turma tem precedentes na matéria, a saber: a) REsp n. 15.695-PR, rel. Min. Assis Toledo, DJU de 17.02.1992, p. 1.381; b) REsp n. 46.182-DF, rel. Min. Costa Lima, DJU de 16.05.1994, p. 11.779.

Do muito bem fundamentado voto condutor do aresto, extraem-se os seguintes argumentos para a impossibilidade de redução da pena, na segunda fase da dosimetria, a patamar inferior ao mínimo legal, os quais serão contrapostos em seguida: (i) o fato de a legislação penal, seja antes ou depois da reforma efetivada pela Lei 7.209/84, jamais ter admitido que o reconhecimento de atenuantes conduza à fixação de pena aquém do mínimo legal; (ii) tal solução esvaziaria o sentido dos limites impostos nos arts. 59, 67 e 68, do Estatuto Repressivo; (iii) a aplicação de atenuantes em tais situações poderia resultar em hipóteses de fixação de pena “zero”; (iv) a hipótese em que “*um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante*” não conduz a conclusão diversa, uma vez que a dosimetria “*não pode ser produto de “competição” entre réus*”; (v) a expressão “*sempre atenuam*”, contida no *caput* do art. 65 do CP, não pode ser interpretada literalmente, haja vista que tal entendimento tornaria admissível que a incidência de agravantes pudesse resultar em pena superior à razão máxima.

Quanto ao primeiro argumento, conforme observamos quando de nossa análise do Recurso Especial 7.287/PR, o único dispositivo na legislação brasileira que, em sua redação, impunha esta restrição à aplicação das atenuantes era o revogado art. 48, parágrafo único, da redação original do Código Penal, que determinava que “*Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido*”. A alteração da Lei 7.209/84, por sua vez, trouxe nova disciplina da matéria, revogando tal dispositivo e positivando a atual redação do art. 65 do CP, cujo *caput* estabelece que circunstâncias atenuantes “*sempre*” atenuam a pena. Não verifica-se, portanto, qualquer limite quantitativo à incidência de atenuantes na literalidade vigente do Código Penal.

No que diz respeito ao segundo fundamento do acórdão em tela, igualmente perfilhamos entendimento diverso. Para melhor elucidar nosso posicionamento, transcrevemos o teor dos arts. 59, 67 e 68 do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

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.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Efetivamente, o art. 59 do Código Penal estabelece que o magistrado, em atenção às circunstâncias judiciais previstas em seu *caput*, deverá fixar a modalidade de pena aplicável a determinado caso concreto, bem como sua quantidade, dentro dos limites previstos, o regime em que deverá ser cumprida, e a possibilidade de sua substituição por pena de espécie distinta.

Nessa linha, entendemos que a expressão “dentro dos limites previstos”, capitulada no inciso II do art. 59 do CP, refere-se à impossibilidade de a valoração de circunstâncias judiciais, na primeira fase da dosimetria, poder conduzir à fixação de reprimenda que desborde dos limites estabelecidos pelo legislador. Tal expressão, por sua posição geográfica no Código, reporta-se à consideração das vetoriais elencadas no *caput* do referido dispositivo legal, não estabelecendo qualquer limitação à discricionariedade judicial no que diz respeito às demais fases do procedimento dosimétrico.

Do contrário, admitiríamos que as causas de aumento e diminuição de pena, avaliadas na terceira fase da dosimetria, também estariam contempladas pelo limite estabelecido neste dispositivo legal. Calha lembrar que, como examinamos quando da análise do REsp 32.344/PR, as agravantes e atenuantes não parecem ser distintas das causas de aumento e de diminuição de pena no que concerne ao momento da individualização da pena em que estão situadas, eis que ambas se concretizam na fixação judicial da reprimenda. Por óbvio, tal linha de raciocínio não se compatibiliza com o entendimento jurisprudencial e doutrinário atinente ao tema, que é uníssono em observar que “*As causas de aumento e de diminuição, por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, como também admitem o estabelecimento da pena abaixo do mínimo.*” (NUCCI, 2021, p. 442).

O art. 67 do Estatuto Repressivo também não demonstra qualquer impedimento à incidência de atenuantes quando fixada a pena-base no mínimo legal. Em verdade, tal dispositivo estabelece critério de preponderância no caso de concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, dispondo que, em tais hipóteses o magistrado deverá considerar predominantes aquelas referentes aos motivos determinantes do crime, à personalidade do agente e à reincidência.

O art. 68 do CP, por sua vez, positiva o método trifásico de fixação da reprimenda, idealizado por Nelson Hungria e implementado com a reforma do Código Penal de 1984, que estabelece a seguinte divisão do procedimento dosimétrico: (i) na primeira etapa, a pena-base será fixada com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP; (ii) na segunda etapa, são consideradas circunstâncias agravantes e atenuantes; (iii) na terceira etapa, aplicam-se as causas especiais de aumento ou diminuição de pena. Não verifica-

se, contudo, o estabelecimento de qualquer limite no que concerne à fixação de pena inferior ao mínimo legal na segunda fase da dosimetria.

Em conclusão, e com a devida vênia à conclusão alcançada pelo Superior Tribunal de Justiça, não há como concluir que entendimento contrário implicaria violação aos arts. 59, 67 e 68 do Código Penal, uma vez que, conforme analisado, nenhum dos dispositivos estabelece qualquer limite à incidência de circunstâncias atenuantes quando fixada a pena-base no patamar mínimo. Passemos ao exame dos demais fundamentos do acórdão em análise.

Também não procede, em nosso entendimento, o terceiro argumento apresentado, de que a aplicação de atenuantes, que não possuem *quantum* de redução especificado em lei, poderia conduzir a hipóteses de fixação de “pena zero”.

Primeiramente, apesar de o Código Penal realmente não estabelecer patamares específicos de redução para as circunstâncias atenuantes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que tais atenuações, via de regra, devem ser aplicadas na fração de 1/6, podendo esta ser alterada apenas em situações excepcionais, quando apresentada fundamentação idônea a lastrear a modificação. A título de exemplo, são os seguintes precedentes:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 250, § 1º, II, A, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CULPABILIDADE.

CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RETIFICAÇÃO NO CÁLCULO NA SEGUNDA FASE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O fato de o réu ter colocado fogo em material inflamável não justifica, por si só, o incremento da pena-base, uma vez que o tipo praticado foi justamente o de causar incêndio. Assim, não se vislumbra reprovabilidade anormal da conduta.

2. A confissão, utilizada na sentença para justificar a condenação, enseja a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal. A correspondente fração, regra geral, deve ser de 1/6, exceto em casos específicos, mediante fundamentação concreta, o que não é o caso.

3. A decisão agravada olvidou a aplicação da agravante descrita no art. 61, II, e, do Código Penal, reconhecida na instância ordinária.

Readequada a pena, fixa-se o regime inicial semiaberto e afasta-se a possibilidade de sua substituição, conforme o disposto no art. 44, I, do Código Penal.

4. Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no HC 625.263/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 31/08/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL AGRAVANTE. PATAMAR DE AUMENTO ACIMA DE 1/6 (UM SEXTO). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. O entendimento majoritário sobre o tema neste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o aumento por cada agravante ou atenuante deva ser equivalente a 1/6 da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado.

2. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, o aumento da pena em razão das agravantes genéricas em patamar superior a 1/6 demanda fundamentação concreta e específica, o que não foi observado pelas instâncias ordinárias na hipótese em apreço.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 634.754/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021)

Nessa linha, à luz do entendimento da Corte Superior, nos parecem claros os limites à aplicação de circunstâncias atenuantes para reduzir a sanção abaixo do mínimo legal. Ordinariamente, seu reconhecimento poderia conduzir à fixação de pena intermediária aquém do piso apenas no patamar de 1/6, de modo que qualquer redução mais acentuada demandaria a existência de fundamentação suficiente a justificar tal grau de incidência. Considerando o grau da atenuação, seria difícil, senão impossível, cogitar situações que tal proceder resultaria na fixação de reprimenda zero.

Nos parece, ademais, que estabelecer óbice universal ao reconhecimento de atenuantes quando fixada a pena-base no mínimo legal, com o objetivo de evitar situações conjecturadas em que a pena seja reduzida ao zero, não é a solução correta para a questão. Em assim proceder, estaria o julgador a impedir a aplicação de atenuantes efetivamente configuradas em inúmeras situações concretas para, tão somente, tolher a ocorrência de casos hipotéticos, com reduzida relevância prática, em que a operação aritmética da dosimetria poderia, em tese, resultar em reprimenda insignificante. Muito mais razoável, evidentemente, relegar tal questão à apreciação casuística do Poder Judiciário, que poderá conferir melhor solução ao caso concreto, coibindo eventuais absurdos a partir de análise de suas particularidades, em atenção aos princípios constitucionais norteadores da dosimetria e mediante decisão devidamente fundamentada.

Pedimos vênia, também, para discordar do quarto argumento apresentado pelo Ministro Relator do recurso em análise. O voto apresenta a seguinte situação hipotética: dois acusados, cujas penas-base foram fixadas no mínimo legal, são apenados com a

mesma reprimenda, mesmo que um dos condenados faça jus à aplicação de circunstância atenuante. Sustenta, em síntese, que a hipótese não legitima o reconhecimento da atenuante em tese configurada, haja vista que “a aplicação da pena não pode ser produto de “competição” entre réus ou delinquentes”.

Entendemos, todavia, que a aplicação da atenuante materialmente configurada não implicaria “competição” entre os acusados na dosimetria das reprimendas – a atenuação da pena de um, afinal, não surtirá qualquer consequência negativa na sanção imposta ao outro. Em tal hipótese, o reconhecimento da benesse resultaria, em verdade, na fixação de pena mais proporcional e justa à efetiva ação do corréu por ela beneficiado, em atenção aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

Ora, a negativa da incidência de atenuante efetivamente materializada para um dos apenados, com a aplicação de pena idêntica a ambos, resultaria em manifesta conferência de tratamento igual a situações desiguais, em que um dos acusados pratica o delito amparado por circunstância que, no entender do legislador, demonstra a menor reprovabilidade de sua ação, mas é condenado à mesma pena imposta a outro réu que não faz jus à agravante – tudo para, no final, garantir que as reprimendas não ultrapassem o piso legal.

Desse modo, não procede a alegação de que o reconhecimento da atenuante, em tal situação, escamparia “concorrência” entre acusados na dosimetria da pena. O que se verifica, na realidade, é a clara violação ao princípio constitucional da isonomia, em que se confere tratamento idêntico a situações reconhecidamente – pelo legislador, não menos – desiguais.

O voto condutor do Recurso Especial 146.056/RS argumenta, por derradeiro, que a expressão “*sempre atenuam*”, que consta do *caput* do art. 65 do Código Penal, não pode ser interpretada à literalidade. Aduz que o sentido correto a ser conferido à norma seria “*Sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo*”, e que interpretação diversa permitiria que circunstâncias agravantes pudessem conduzir à fixação de pena superior ao máximo estabelecido em lei.

Em nosso entendimento, interpretar a norma em tal sentido implicaria violação direta ao Princípio da Legalidade, capitulado no art. 5º, XXXIX, da Lei Maior. Explica-se.

Conforme lição de Paulo Busato (2020, p. 19), tal princípio estabelece que, ao exercer a jurisdição na esfera penal, o julgador encontra-se inexoravelmente vinculado à disposição da lei, devendo atuar estritamente dentro de suas balizas durante todo o andamento do processo criminal. Segundo referido autor, “*tanto os delitos quanto as penas, os procedimentos de atribuição de responsabilidade e da forma de cumprimento dos castigos, devem resultar todos submetidos à lei*”. Trata-se, portanto, de limite imposto ao Estado-julgador, que, ao condicionar sua atuação à prévia disposição do Poder Legislativo, impede a punição indevida de condutas lícitas ou a aplicação de penas arbitrárias.

Fixada tal premissa, não nos parece possível interpretar o art. 65, *caput*, do Código Penal, no sentido de limitar a incidência de atenuantes ao patamar mínimo estabelecido para determinado tipo penal, haja vista que, em assim proceder, estar-se-ia contrariando a redação de tal dispositivo.

Com efeito, referido dispositivo estabelece que as atenuantes elencadas em seus incisos “*são circunstâncias que sempre atenuam a pena*”. Trata-se, como se observa, de disposição expressa que obriga o julgador a aplicar tal atenuação da pena quando verificada sua incidência, inexistindo, na Lei, qualquer limitação relativa ao *quantum* em que fixada a pena-base. Entender de modo diverso não significaria, ao contrário do que consta do aresto em exame, promover interpretação teleológica do que dispõe a Lei, mas, sim, prestigiar concepção diametralmente oposta ao que determina o legislador.

Acerca do tema, leciona Cézaro Roberto Bittencourt:

Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. 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 diminuição 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), somente para evitar nulidade, mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal. Seria igualmente desabonador fixar a pena-base acima do mínimo legal, ao contrário do que as circunstâncias judiciais estão a recomendar, somente para simular, na segunda fase, o reconhecimento de atenuante, previamente conhecida do julgador. Não é, convenhamos, uma operação moralmente recomendável, beirando a falsidade ideológica. (BITTENCOURT, 2021, p. 396).

4. A SÚMULA 231 À LUZ DOS PRINCÍPIOS REGENTES DO DIREITO PENAL

Conforme exposto ao longo do presente trabalho, diversas são as problemáticas atinentes ao Enunciado Sumular 231 do Superior Tribunal de Justiça. Em que pese seja o entendimento predominante da jurisprudência, a tese da impossibilidade de aplicação de atenuantes quando fixada a pena-base no mínimo encontra certa resistência, seja por parte da doutrina, seja em julgados pontuais de nossos Tribunais. Ademais, embora estejam fartamente motivados os julgados que levaram à edição da Súmula, tal fundamentação, como analisado no último capítulo, não é indene de maiores questionamentos.

Verificamos que, durante toda a vigência de nosso Código Penal, seja em sua redação antiga, seja após a reforma efetivada pela Lei 7.209/84, jamais houve óbice direto à possibilidade de atenuantes conduzirem ao estabelecimento de pena inferior ao piso; de fato, a atual redação do art. 65, *caput*, do CP, parece acolher esta possibilidade, eis que determina que as circunstâncias descritas em seus incisos “*sempre atenuam a pena*”. Neste sentido, e considerando que nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXIX, estabelece a prévia cominação legal como requisito essencial à existência de qualquer pena, parece estranho que o entendimento do Tribunal Superior tenha se firmado em sentido aparentemente contrário à previsão da lei.

Pairam dúvidas, ainda, no que diz respeito à possibilidade de conciliar o impedimento reconhecido pelo STJ com o mandado constitucional da individualização da pena, capitulado no art. 5º, XLVI, da Lei Maior, e, conseqüentemente, com o princípio da proporcionalidade. Com efeito, o entendimento da Corte Cidadã implica restringir a aplicação de atenuantes que, embora materialmente configuradas e estabelecidas pelo

legislador como fatores que denotam a menor reprovabilidade da conduta, não poderiam influir na sanção final.

Neste capítulo, examinaremos o teor do referido enunciado sumular à luz dos princípios da legalidade, da individualização da pena e da proporcionalidade, a fim de identificar eventuais incompatibilidades entre a tese sumulada pelo STJ e nosso ordenamento jurídico.

4.1. Do princípio da legalidade

A Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXIX, estabelece o seguinte:

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:

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Em assim dispor, o constituinte positivou em nosso ordenamento o princípio da legalidade, consectário do Estado de Direito e fundado nos princípios liberal, democrático e da separação de poderes (MENDES, 2018, p. 524). Um importante limite à atuação estatal, o princípio da reserva legal condiciona a punição de determinada conduta ou a aplicação de determinada pena à previsão legislativa anterior, impedindo que o exercício da atividade judicante desborde dos limites que lhe são previstos na Constituição Federal.

A doutrina entende que o princípio da legalidade, tomado em sua vertente penal, desdobra-se em duas máximas distintas: (i) *nullum crimen sine lege*, que se refere à impossibilidade de apenar condutas que não estejam tipificadas na legislação penal; (ii) *nulla poena sine lege*, mais relevante ao presente trabalho, segundo a qual o estabelecimento das sanções deve também seguir a estrita orientação do legislador – nas palavras de Gilmar Mendes (2018, p. 525), “A fórmula “não há pena” explícita que a sanção criminal, a pena ou a medida de segurança somente poderão ser aplicadas se previamente previstas em lei.”

Acerca do princípio da reserva legal, pertinentes são os ensinamentos de Miguel Reale Júnior:

A lei deve ser prévia, clara, precisa, geral e abstrata, à qual se submete o juiz, o Estado e todos os cidadãos. Os juízes da nação, diz Montesquieu, não mais são que “as bocas que pronunciam as palavras da lei”. E a liberdade política de um cidadão decorre da segurança que cada qual tem de não temer o Estado e os demais cidadãos, o que consegue separando o poder de legislar do poder de julgar e da administração. Com o império da lei, garante-se a supressão do arbítrio e da opressão. O despotismo é o regime do medo, a democracia, o da segurança. É graças à lei que se estabelece o princípio da igualdade, dispensando-se igual tratamento a todos.

(...)

O princípio da legalidade importa, destarte, o respeito ao princípio da taxatividade, devendo a lei ser *stricta* além de *prævia* e *scripta*. O requisito da lei *stricta*, de um lado, impõe certo grau de precisão à norma incriminadora e, de outro, proíbe a analogia,⁸⁰ de forma a evitar a burla ao significado de garantia e segurança do princípio básico da legalidade.

A taxatividade impõe uma leitura precisa e clara da norma, definindo para além de toda dúvida, os limites e fronteiras do punível. O princípio da tipicidade, em sua angulação político-garantidora, obriga que o trabalho hermenêutico não amplie o significado do proibido para atender aos fins que o acusador ou o julgador pretendam dar à incriminação e, em consequência, é absolutamente vedada a analogia nos domínios do Direito Penal, senão in *bonam partem*.

Enquanto imperativa e proibitiva a norma incriminadora “haverá de ser determinada, dotada de contornos claros e precisos, satisfazendo, assim, às exigências racionais de certeza”,⁸¹ certeza esta a não ser quebrada pela busca de uma finalidade da lei a ser satisfeita pela extensão do preceito primário além do estritamente enquadrável em seus elementos descritivos. (REALE JR., 2020, pp. 25-27)

Nessa linha, o princípio constitucional da legalidade condiciona a imposição de pena pelo Estado-juiz à estrita atenção ao enunciado legal, devendo a norma penal incidir apenas dentro dos limites nela previstos. Decorre de tal princípio, ainda, a impossibilidade de realização de analogia em prejuízo ao réu, uma vez que, em assim proceder, estaria o intérprete a promover elastecimento indevido do tipo penal, impondo a sanção para ele prevista a conduta que nele não se enquadra, em clara violação à taxatividade consagrada pelo princípio da reserva legal.

4.2. Dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade

Incluso no rol de garantias conferidas ao acusado pela Constituição Federal, encontra-se o direito à individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da CF, que estabelece que “*a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes (...)*”.

Conforme entendimento doutrinário majoritário, a garantia constitucional da individualização da pena desdobra-se em três fases distintas: (i) na primeira, há a cominação da pena correspondente a determinado tipo penal, em que o Poder Legislativo, no exercício das atribuições que lhe são constitucionalmente conferidas, estabelece os limites quantitativos da sanção, em abstrato, a ser imposta ao agente quando verificada a materialização típica do delito; (ii) a segunda etapa, por sua vez, trata da individualização judicial da reprimenda, em que o órgão julgador, a partir de análise das circunstâncias fáticas afetas ao caso, em atenção aos limites impostos pela diretriz legal e por meio de decisão fundamentada, estabelecerá a pena *in concreto* a ser aplicada como consequência da condenação; (iii) em seu turno, a terceira etapa diz respeito à fase executória da pena, em que, a partir de análise das condições pessoais e do mérito do apenado, são decididas matérias relativas ao cumprimento da sanção, notadamente a progressão e regressão de regime (ROSSETTO, 2014, pp. 111-112).

Decorre do princípio da individualização da pena, particularmente no que diz respeito a sua segunda etapa, a obrigação, imposta ao julgador, de fixar reprimenda adequada às particularidades da infração penal efetivamente cometida pelo condenado, balizada pelos ditames da lei e estabelecida a partir da discricionariedade judicial devidamente fundamentada. Segundo Nucci (2021, p. 67), tal princípio “*Significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido*”.

Consectário do mandado constitucional da individualização da pena é o princípio da proporcionalidade, que, embora não encontre previsão expressa no texto da Lei Maior, é fator que norteia toda a atividade estatal no que tange à cominação e aplicação de sanções penais.

Acerca do princípio da proporcionalidade, leciona Paulo Queiroz:

De acordo com o princípio da proporcionalidade, o castigo deve variar conforme a gravidade do crime cometido, isto é, o princípio requer um juízo de ponderação entre a carga de privação ou restrição de direito que a pena comporta, e o fim perseguido com a incriminação e a pena em questão.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem uma tríplice dimensão:

- a) Proporcionalidade abstrata ou legislativa, a ser observada no momento da votação e edição da lei penal e cominação das sanções com seus limites legais;
- b) proporcionalidade concreta ou individualização judicial da pena, a ser considerada pela autoridade judiciária quando da determinação da pena; e
- c) proporcionalidade executória, que corresponde à individualização da pena durante o processo de execução penal, segundo o mérito do condenado (progressão de regime etc.)

O princípio tem, por conseguinte, tríplice destinatário: o legislador, o juiz e os órgãos da execução penal.

Em nome do princípio da proporcionalidade, cumpre que a pena (cominada e aplicada) guarde justa proporção com o grau de ofensividade da conduta delituosa, objetivando orientar a criminalização de comportamentos pelo legislador e a respectiva individualização judicial da pena, devendo a sanção penal retratar o merecimento do autor da infração, de acordo com as circunstâncias jurídico-penalmente relevantes (CP, arts. 59 e 68). Portanto, o mencionado princípio rechaça o estabelecimento de cominações penais (proporcionalidade abstrata) e a imposição de penas (proporcionalidade concreta) que careçam de toda relação valorativa com o fato, contemplado na globalidade de seus aspectos. (QUEIROZ, 2015, p. 85)

Nessa esteira, depreende-se que o princípio da proporcionalidade, tomado em sua vertente concreta ou judicial, figura como importante parâmetro a ser considerado pelo julgador na fixação da reprimenda, estabelecendo a necessidade de que todos os aspectos penalmente relevantes da conduta delitiva sejam apreciados durante a dosimetria, de modo a proporcionar a imposição de sanções que guardem correspondência com a gravidade das situações concretas, fixadas em atenção às diretrizes da necessidade e da adequação.

4.3. Análise de compatibilidade da Súmula 231 com os princípios da legalidade, individualização da pena e proporcionalidade

Fixadas estas premissas, nos parece evidente que o óbice à incidência de atenuantes quando fixada a pena-base no mínimo legal não se compatibiliza com os princípios da reserva legal, da individualização da pena e da proporcionalidade. Explicamos.

Com efeito, o art. 65, *caput*, do Código Penal, estabelece que as atenuantes previstas em seus incisos “*São circunstâncias que sempre atenuam a pena*”. Da redação do dispositivo legal, não se observa a previsão de qualquer vinculação da aplicação de

tais circunstâncias ao mínimo legal previsto para cada tipo penal – realmente, o Código Penal não estabelece, em momento algum, óbice de tal natureza. Resta evidente, nessa linha, que o legislador optou por incluir o advérbio “*sempre*” como um indicativo de obrigatoriedade, compelindo o julgador à aplicação da atenuante quando verificada sua materialização. Conforme leciona Paulo Queiroz (2015, p. 465), “*Tais circunstâncias constituem dados ou fatos acidentais que, embora não modifiquem a tipificação da conduta, devem ser obrigatoriamente considerados na fixação da pena*”.

Neste cenário, parece lógico concluir que, ao deixar de aplicar circunstância atenuante efetivamente configurada, apenas com a finalidade de impedir que a reprimenda intermediária seja estabelecida aquém do piso, o julgador atuaria em clara violação ao princípio da reserva legal, especificamente no que concerne à máxima do *nulla poena sine lege*, por instituir óbice à incidência de circunstâncias atenuantes que não encontra qualquer respaldo na legislação de regência.

Mais: temos que, ao proceder à exclusão de atenuante que, apesar de materializada, não poderia resultar em pena inferior ao patamar mínimo, estaria o intérprete a impedir que circunstância que, conforme reconhecido na própria norma penal, denota a menor reprovabilidade da conduta praticada, privilegiando a padronização do procedimento dosimétrico e ignorando as particularidades do delito que pretende apenar. Tal entendimento, por óbvio, macula os princípios penais da proporcionalidade e da individualização da pena.

É que os incisos do art. 65 do Código Penal capitulam circunstâncias que, no juízo do legislador, indicam a menor reprovabilidade de determinada conduta, quando presentes – daí, decorre a compulsoriedade de sua aplicação, nos termos do *caput* do dispositivo citado.

Nessa linha, ignorar fato acidental penalmente relevante, apontado pela legislação como indicador da necessidade de atenuação da pena, com a única finalidade de impedir seu decréscimo para além do piso, comporta clara violação ao mandado constitucional da individualização da pena e ao princípio da proporcionalidade penal. Sim, porque tal proceder implicaria padronizar a fixação da pena, desprezando a valoração das

circunstâncias concretas eleitas pelo legislador como fatores relevantes na dosagem da sanção em favor de limites quantitativos despidos de qualquer previsão legal.

Indo além, surge claro que, em assim decidir, o intérprete estaria a promover verdadeira interpretação *contra legem* do que dispõe o art. 65, *caput*, do CP, haja vista que a negativa da atenuante se dá em contrariedade diamétrica à previsão expressa do dispositivo, especialmente quando considerada a inexistência de qualquer limitação legal à sua incidência em tais hipóteses.

Poder-se-ia argumentar, como o fez o Ministro Félix Fischer no julgamento do REsp 146.056/RS, já analisado neste trabalho, que a disposição do art. 65, *caput*, do estatuto repressivo não há de ser interpretada literalmente, mostrando-se mais adequada uma interpretação teleológica do dispositivo, segundo a qual, nos termos do muito bem lançado voto condutor do acórdão, “*Sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo*”. Tal posição, contudo, não nos parece correta.

Com efeito, figura evidente que o posicionamento ora adotado pela Corte Superior traz lógica subversiva do princípio da legalidade, ao qual a Constituição Federal atribui o *status* de direito fundamental do acusado (art. 5º, XXXIX, da CF), privilegiando interpretação que posiciona tal garantia constitucional em desfavor do sujeito processual por ela protegido; de fato, “*não se afigura razoável que, a pretexto de afirmar o direito à segurança jurídica e o princípio da legalidade, sejam restringidas a liberdade, a intimidade e a privacidade para alguém do seu conteúdo essencial*” (MENDES, 2018, p. 413).

Pertinentes, no ponto, são as ponderações de Paulo Queiroz:

Com efeito, o princípio da legalidade, como de resto todos os princípios penais e processuais penais, constitui autêntica garantia política e jurídica que existe e se justifica, histórica e constitucionalmente, para proteger o acusado contra os excessos do Estado e não para justificar ações arbitrárias contra ele. Por isso é que não há falar de violação ao princípio sempre que a lei tiver de retroagir para beneficiar o réu, por exemplo, pois não há aí ofensa ao caráter garantidor que o informa. Uma garantia penal pode ser invocada a favor do acusado, não contra ele.

Aliás, é precisamente em razão desse caráter garantista do princípio que o contrário não pode acontecer, vale dizer, fixar o juiz a pena acima do máximo

legal, exceto nos casos que a lei autoriza (v.g., incidência de causas de aumento de pena etc.). (QUEIROZ, 2019)

Em suma, temos que o entendimento sedimentado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça vai de encontro aos princípios da legalidade, da individualização da pena e da proporcionalidade, haja vista que não apenas viola a máxima *nulla poena sine lege*, por estabelecer condicionante à incidência de atenuantes que não encontra previsão na legislação penal, como também implica padronizar o procedimento da dosimetria ao determinar a desconsideração de circunstâncias concretas que ensejam a atenuação da reprimenda, privilegiando, ainda, interpretação diametralmente oposta ao enunciado do art. 65, *caput*, do Código Penal.

5. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, examinamos detalhadamente a questão jurídica subjacente à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Analisamos a história da previsão legal das circunstâncias atenuantes em nosso ordenamento, bem como a perspectiva da jurisprudência acerca da *quaestio*. Destrinchamos os julgados-paradigma do enunciado sumular, enfrentando as razões adotadas pela Corte Superior quando dos julgamentos. Realizamos juízo de compatibilidade do enunciado em face de princípios norteadores do direito penal.

Como analisado, a tese da impossibilidade de aplicação das circunstâncias atenuantes para reduzir a pena aquém do mínimo legal vem sendo adotada pela maioria dominante da jurisprudência, que adere ao entendimento consolidado da Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, a despeito de inexistir, em toda a história de nosso Código Penal, qualquer referência a tal óbice. A despeito disso, a questão não é pacífica em nossos Tribunais, o que se evidencia das pontuais decisões que, pelas mais diversas razões, entendem inaplicável o verbete sumular do STJ.

Os arestos que motivaram a edição do enunciado, embora fundamentados extensamente pelos ilustres julgadores, também não trazem razões incontestáveis para a validade da tese. Como verifica-se do respectivo capítulo neste trabalho, diversos são os questionamentos passíveis de serem direcionados aos fundamentos apontados pelo Tribunal Cidadão para a aprovação da Súmula 231, o que evidencia que o entendimento,

embora predominante dentre os ministros integrantes daquela Corte, não é indene de questionamentos pelos demais membros da comunidade jurídica.

Tão diversos quanto os argumentos pela validade da tese, aliás, são os argumentos por sua incompatibilidade com o sistema penal estatuído por nosso Código Penal e com os direitos e garantias previstas na Constituição Federal. Realmente, o entendimento sumular parece implicar séria ofensa aos princípios da legalidade, da individualização da pena e da proporcionalidade.

Temos que, ao restringir a aplicação de atenuantes ao *quantum* mínimo de reprimenda estabelecido pelo legislador, o intérprete da lei estaria privilegiando entendimento que estabelece um padrão único de fixação da pena, ignorando as particularidades da causa que, conforme estabelecido pelo legislador na redação do art. 65 do Estatuto Repressivo, podem recomendar a imposição de sanção mais branda, ao arrepio do mandado constitucional da individualização da pena e da necessidade de proporcionalidade entre a conduta delituosa e a resposta estatal.

Não bastasse, nos parece que, ao estabelecer nova regra ao processo de individualização da pena, a qual não encontra previsão expressa no dispositivo legal, o julgador estaria a invadir a atribuição do legislador, eis que a Constituição Federal condiciona a aplicação da reprimenda à estrita obediência aos ditames da lei. Realmente, tal situação é agravada pelo fato de o *caput* do já citado art. 65 do Código Penal estabelecer que as elementares descritas em seus incisos “*são circunstâncias que sempre atenuam a pena*”, a evidenciar que a tese ora sumulada vai em sentido absolutamente contrário à disposição do Código.

Nos parece, em vista de todo o analisado, que a questão da impossibilidade de que circunstâncias atenuantes transponham o mínimo legal ainda não se encontra satisfatoriamente dirimida em nosso ordenamento. Em que pese a posição jurisprudencial e doutrinária predominante, pontuais são as obras e decisões que contrariam o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça. Temos, nessa linha, que a discussão merece ser revisitada no âmbito de nossos Tribunais, com a constante reavaliação da tese, de modo a promover aprimoramento do procedimento dosimétrico

consagrado pelo Código Penal, sobretudo no que concerne a sua coerência com os princípios fundamentais de nosso direito penal.

6. BIBLIOGRAFIA

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1*. 27 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1*. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF, 5/10/1988.

BRASIL. Decreto-lei 2.848 de 1940. *Código Penal*. Rio de Janeiro/RJ, 7/12/1940.

BRASIL. Lei 7.209 de 1984. *Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências*. Brasília/DF, 11/7/1984.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 625.263/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 31/08/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 634.754/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 463.434/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2020, DJe 18/12/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 7.287/PR, Rel. Ministro WILLIAM PATTERSON, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/1991, DJ 06/05/1991, p. 5674.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 15.691/PR, Rel. Ministro PEDRO ACIOLI, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/1992, DJ 03/05/1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 32.344/PR, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/1993, DJ 17/05/1993, p. 9373.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 46.182/DF, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/1994, DJ 16/05/1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 49.500/SP, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, julgado em 29/06/1994, DJ 15/08/1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 146.056/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/10/1997, DJ 10/11/1997, p. 57830.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 169.587/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/1998, DJ 22/02/1999, p. 121.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 231. *A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 1999. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 3.9.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 71.093, Rel. Ministro PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 23/08/1994, DJ 27-10-1994 p. 29162.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 73.838, Rel. Ministro NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 28/05/1996, DJ 04-04-1997 p. 10521.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 597.270 QO-RG, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 0368530-9, Rel. Marcus Vinicius de Lacerda Costa, 5ª Câmara Criminal, DJ: 7492.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação 0025358-74.2006.4.01.3400, Rel. Juiz Federal TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 28/10/2010 p. 251.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Apelação 2006.50.01.007182-7, Rel. Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2 23/09/2010 p. 2010)

MENDES, Gilmar F. *Série IDP - Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

PASCHOAL, Janaina C. *Direito Penal: Parte Geral*. Barueri: Editora Manole, 2015.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 11 ° ed. rev., ampl. e atual.. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

QUEIROZ, Paulo. *Pode o juiz fixar pena abaixo do mínimo legal?*. Publicado em 2.10.2019. Disponível em <https://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-fixar-pena-abaixo-do-minimo-legal/#sdfootnote2sym> Acesso em 30.9.2021.

REALE Jr., Miguel. *Fundamentos de Direito Penal*. 5 ed. rev., ampl. e ref. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

ROSSETTO, Enio Luiz. *Teoria e Aplicação da Pena*. São Paulo: Grupo GEN, 2014. 9788522492657. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492657/>. Acesso em 3/10/2021.