

(IM)POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DE SUA APLICAÇÃO

GERALDO LOPES PEREIRA, Defensor Público Substituto do Estado de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Varginha – MG. Pós-graduado "lato senso" em Direito Público pelo Instituto Izabella Hendrix.

O enunciado 231 da súmula do Superior Tribunal de Justiça prevê que “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Recentemente o pleno do Supremo Tribunal Federal perfilhou o mesmo entendimento, assim decidindo:

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.¹ Grifos não constam do original.

Para fundamentar esse entendimento, nossos Tribunais Superiores argumentaram que deveriam ser impostos limites como barreiras intransponíveis ao sentenciante, sob pena de mácula ao princípio da legalidade², principalmente no tocante ao máximo da pena.

Deve ser ressaltado que o objetivo do Direito Penal vai muito além da punição pela prática de delitos, visando principalmente limitar a ingerência do Estado na vida do cidadão, devendo, por isso, respeito ao princípio da legalidade³.

Leciona Edihermes Marques Coelho:

As **funções do Direito Penal**, assim, podem ser sintetizadas como, por um lado, o controle social, através de mecanismos simbólicos de prevenção. Por outro lado, paralela e paradoxalmente, a **garantia do indivíduo frente ao Estado e suas pretensões de intervir sobre a liberdade individual**. É no contraponto entre essas duas faces da esfera penal que se pode destacar que o Direito Penal contemporâneo caminha para ser uma esfera jurídica centrada no enaltecimento do ser humano como referência e razão principal das relações sociais⁴. Grifos não constam do original.

No que toca ao princípio da legalidade, leciona Toledo:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por *lei* o tipo delitivo e a pena respectiva, **constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais**⁵. Grifos postos.

Na vigência da antiga Parte Geral do Código Penal, os arts. 42 e 50 suscitaram polêmica quanto ao sistema de aplicação da pena, se bifásico ou trifásico.

No trifásico a pena-base era fixada levando-se em conta as circunstâncias judiciais (art. 42, CP), seguindo-se com a apreciação das atenuantes e agravantes e, por fim, das causas especiais de aumento e diminuição para chegar à pena em concreto.

Já no sistema bifásico as circunstâncias legais e judiciais eram apreciadas num mesmo momento, para a fixação da pena-base e, posteriormente, se existentes, incidiam as causas especiais de aumento e diminuição da pena, concretizando-se, então, a pena definitiva.

De qualquer forma, consolidou-se o entendimento no sentido de que, seja no sistema bifásico ou trifásico, a pena jamais poderia ser fixada aquém ou além do mínimo ou máximo previsto em abstrato no tipo penal, considerando que os referidos artigos da antiga parte geral do Código Penal⁶ inadmitiam o rompimento dessa barreira intransponível.

No entanto, esses limites poderiam ser ultrapassados em razão das causas especiais de aumento ou de diminuição, porque, relativamente a elas, não haveria discricionariedade, já que o *quantum* dos aumentos ou diminuições era previamente estabelecido.

Com a modificação introduzida na parte geral do Código Penal pela Lei 7.209/84, o art. 68⁷ adotou expressamente o critério trifásico.

Por esse sistema a aplicação da pena perpassa por três fases distintas: (a) inicial - fixação da pena-base, levando em conta as circunstâncias judiciais; (b) intermediária – aumento e/ou diminuição em razão da existência de agravantes e atenuantes; (c) final ou definitiva – exacerbação e/ou minoração pela incidência de causas de aumento e diminuição da pena.

A primeira fase está prevista no art. 59 do CP, que dispõe:

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:

(...)

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

Grifos postos.

Com base no artigo acima transcrito, o juiz fixará a pena-base, partindo dela para as demais fases, ficando, entretanto, adstrito ao mínimo e máximo da pena previsto abstratamente no tipo penal.

Cumprido destacar que não há previsão de supressão de fases para aplicação da pena, o que impõe concluir que somente se inexistentes circunstâncias atenuantes ou agravantes é que incidem diretamente sobre a pena-base as causas de aumento e de diminuição, nos termos do art. 68, CP.

Dessa forma, somente após incidirem as circunstâncias agravantes e atenuantes é que serão aplicadas as causas de aumento e de diminuição de pena, num terceiro e

último momento.

Conforme mencionado acima e destacado no inciso II do art. 59 do Código Penal, o juiz fica adstrito ao mínimo e máximo da pena em abstrato quando da fixação da pena-base (primeira fase), não havendo previsão legal no mesmo sentido para as demais.

Assim, os entendimentos contidos no enunciado 231 da súmula do STJ e no julgado do pleno do STF, impondo que o juiz fique adstrito ao mínimo da pena em abstrato, na segunda fase da dosimetria, levam à conclusão de que nossos Tribunais Superiores aderiram ao sistema bifásico, tornando letra morta o comando contido no art. 68 do Código Penal.

Tal assertiva decorre do fato de que inexistente vedação à diminuição aquém do mínimo legal na segunda fase de aplicação da pena, bem como que o art. 65 do Código Penal dispõe que “São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena” (grifo posto), as por ele enumeradas.

Noutro rumo e com a devida vênia a entendimentos contrários, há que ser considerado que cada um dos extremos da cominação abstrata da pena deve ser interpretado de forma a atingir o escopo constitucional de proteção aos direitos fundamentais e de respeito ao princípio da individualização da pena.

O máximo previsto constitui uma garantia do indivíduo contra o Estado de que não haverá imposição de pena acima da abstratamente prescrita no tipo, devendo por isso, ser interpretado restritivamente, já que de forma contrária colocaria em risco o direito fundamental de liberdade do cidadão.

Por outro lado, o mínimo de pena cominado deve ser entendido não como barreira, mas como referência, buscando maior eficácia ao direito fundamental de liberdade e ao princípio constitucional da individualização da pena.

Diante disso, no que se refere à pena mínima, a missão do Julgador é de adequá-la ao caso posto, podendo ser fixada aquém da previsão em abstrato.

Corroborando o entendimento esboçado, Juarez Cirino dos Santos leciona que:

(...) a proibição de reduzir a pena abaixo do *limite mínimo* cominado, na hipótese de *circunstâncias atenuantes* obrigatórias, constitui analogia *in malam partem*, fundada na proibição de *circunstâncias agravantes* excederem o *limite máximo* da pena cominada – precisamente aquele processo de integração do Direito Penal proibido pelo princípio da legalidade.⁸

No mesmo sentido traz lição extraída da obra de Rogério Greco:

Objeto de muita discussão tem sido a possibilidade de se reduzir a pena-base aquém do mínimo ou aumentá-la além do máximo nesse segundo momento de fixação da pena. O STJ, por intermédio da Súmula 231, expressou o seu posicionamento no sentido de que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Essa, infelizmente, tem sido a posição de nossos autores, que, numa interpretação *contra legem*, não permitem a redução da pena-base, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, se aquela tiver sido fixada em seu patamar mínimo.

Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona a sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário. O mencionado artigo afirma categoricamente que “são circunstâncias que *sempre* atenuam a pena”. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio *sempre* se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude de existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?⁹

Não destoando das lições acima, ensina Paulo Queiroz:

(...) o fundamental é fixar, sempre, uma pena justa para o caso, proporcional ao delito, conforme as múltiplas variáveis que o envolve (art. 59) ainda que para tanto, tenha o juiz de fixá-la aquém do mínimo legal. É legítima, pois, a aplicação de pena abaixo do

mínimo legal. Entender o contrário é adotar uma postura anti-garantista.¹⁰

Para verificar a incoerência da aplicação do entendimento prevalecente nos Tribunais Superiores basta imaginar o caso de dois agentes, sendo um menor de 21 (vinte e um) anos e o outro maior, o primeiro primário e o segundo reincidente.

Se esses agentes praticassem o mesmo delito (*e.g.* furto – art. 155, *caput*, CP) e confessassem a autoria, eles seriam apenados igualmente, embora o primeiro tivesse a seu favor duas atenuantes e o segundo uma atenuante e uma agravante, já que o entendimento dos Tribunais Superiores impõe a desconsideração de atenuantes quando fixada a pena-base em seu mínimo legal, o que é um absurdo, por macular o princípio da individualização da pena.

Se bem instruído, o menor processual negaria a prática do delito, visando ser absolvido, já que confessando ou não a autoria a pena definitiva seria idêntica, acarretando prejuízos à finalidade da atenuante (trazer paz de espírito ao julgador para impor pena com a convicção de condenar alguém assumidamente culpado).

Lado outro, abraçando o entendimento pacificado nos Tribunais Superiores, o magistrado, antes de proceder ao interrogatório deverá esclarecer ao acusado que ele somente será beneficiado com a atenuante da confissão se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal lhe forem desfavoráveis. Caso contrário, sendo primário, de bons antecedentes etc., ela servirá unicamente para sua condenação.

Se assim não proceder, o agente será induzido a erro, o que caracteriza desrespeito à CR/88 e ao cidadão que deposita na Justiça e nos seus agentes políticos a confiança de que terá os seus direitos fundamentais assegurados.

Com base no exemplo citado resta demonstrada a incoerência do entendimento pacificado nos Tribunais Superiores, o que impõe a sua revisão.

Lado outro, os princípios, nas abalizadas lições de Robert Alexy, citado por José Antônio Paganella Boschi¹¹, “são mandados de otimização”, significando que devem ser aplicados, se possível, de forma que um não exclua o outro.

Aplicando o princípio da individualização da pena, o da legalidade não estará excluído, ambos incidindo na maior medida do possível, de modo a prevalecer o que traga mais efetividade aos direitos fundamentais, que no caso será o primeiro (individualização da pena).

Por isso também, há que ser tido o entendimento como inconstitucional, considerando que ele exclui o princípio da individualização da pena, fazendo incidir somente o da legalidade.

E mais, nem mesmo o princípio da legalidade está sendo respeitado, considerando que não há vedação à fixação da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase de sua dosimetria.

Diante disso, correto é o entendimento abraçado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, conforme adiante:

RESP – PENAL – PENA – INDIVIDUALIZAÇÃO – ATENUANTE – FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI), materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo o grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme critério do art. 68 do CP, fixar a pena *in concreto*. **A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie *sub judice*, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significa desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao**

princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina preponderar todas as circunstâncias do crime.¹² Grifou.

CONCLUSÃO

O Direito Penal objetiva principalmente a proteção do cidadão contra o Estado e deve obediência aos princípios constitucionais da legalidade e da individualização da pena.

Com base nisso, inexistindo previsão legal impondo que na segunda fase da aplicação da pena o juiz deva ficar adstrito ao mínimo fixado no tipo penal e que o Código Penal adotou expressamente o critério trifásico (art. 68), com a devida vênia, o entendimento pacificado nos Tribunais Superiores macula a previsão legal, reverenciando o sistema bifásico e incorrendo em patente inconstitucionalidade, por ferir os princípios da legalidade e da individualização da pena.

Bibliografia

BOSCHI, José Antônio Paganella - Das penas e seus critérios de aplicação, 3. ed. ver. Atual.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

COELHO, Edihermes Marques. *As funções do Direito Penal*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 146. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=835>> Acesso em: 17 mar. 2009.

GRECO, Rogério, Curso de Direito Penal, Parte Geral, 4ª edição, EDITORA IMPETUS, 2004.

QUEIROZ, Paulo. Pode o juiz fixar pena abaixo do mínimo legal? Boletim IBCCRIM n° 112 março/2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos, Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial, Editora Lumen Juris, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed. Saraiva: São Paulo. 1994.

¹ RE 597270 RG-QO / RS - RIO GRANDE DO SUL - REPERCUSSÃO GERAL POR QUEST. ORD. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 26/03/2009.

² PENAL - FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL - CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES - IMPOSSIBILIDADE DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. - No tocante à possibilidade de se estabelecer a pena-base (ressaltando-se que no caso foi fixada no mínimo) em razão das atenuantes, abaixo do mínimo legal, tanto nesta Corte quanto no Supremo Tribunal Federal, pacificou-se o entendimento de sua inviabilidade. Tal questão é incompatível com o princípio da legalidade formal. - Súmula 231, do STJ. - Ordem denegada. STJ - HABEAS CORPUS: HC 14888 RJ 2000/0119383-0 - Relator(a): Ministro JORGE SCARTEZZINI - Julgamento: 14/02/2001 - Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA.

³ Art. 5º, inciso XXXIX, CR/88: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

⁴ COELHO, Edihermes Marques. *As funções do Direito Penal*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 146. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=835>> Acesso em: 17 mar. 2009.

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Op. cit.*, p.21.

⁶ Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I – determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II – fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Art. 50. A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria se não existisse causa de aumento ou de diminuição.

⁷ 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.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Ob. cit.*, p. 140-141.

⁹ GRECO, Rogério. *Ob. cit.*, p. 611.

¹⁰ QUEIROZ, Paulo. Boletim IBCCRIM nº 112 março/2002.

¹¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ob. cit.*, p. 37: “A diferença mais fundamental, conforme a doutrina de Alexy e Dworkin, está na lógica que preside os princípios e as regras: enquanto estas são submetidas à lógica do ‘tudo-ou-nada’, devendo ser, em concreto, cumpridos ou não, os princípios, como normas, limitam-se a prescrever algo para ser efetivado ‘da melhor maneira possível’, tendo em conta as possibilidades fáticas ou jurídicas, como mandados de otimização, a significar que toda diferença é *qualitativa*, isto é, de peso ou importância, e não propriamente de *grau*, conforme exemplificaremos a seguir”.

¹² RE 597270 RG-QO / RS - RIO GRANDE DO SUL - REPERCUSSÃO GERAL POR QUEST. ORD. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. CEZAR PELUSO - Julgamento: 26/03/2009.