

CURSO DE DIREITO

Juliano Goelzer

**DOSIMETRIA DA PENA E SUA (IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE
ATENUANTE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL FIXADO PARA O DÉLITO**

Santa Cruz do Sul
2015

Juliano Goelzer

**DOSIMETRIA DA PENA E SUA (IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE
ATENUANTE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL FIXADO PARA O DELITO**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Ms. Caroline Fockink Ritt
Orientadora

Santa Cruz do Sul

2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, do acadêmico Juliano Goelzer adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 04 de novembro de 2015.

Prof. Ms. Caroline Fockink Ritt
Orientadora

RESUMO

O presente trabalho busca dar resposta à pergunta: é possível diminuir a pena para abaixo do mínimo cominado para o delito quando existir alguma causa atenuante prevista em nosso ordenamento penal na segunda fase da dosimetria da pena? Esse tema, ainda que já esteja sumulado pela impossibilidade, conforme consta na súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, é bem corriqueiro entre os doutrinadores penais. A maioria dos estudiosos, juntamente com a maciça jurisprudência, entende que é impossível a diminuição, porém outra parte posiciona-se favoravelmente pela questão. Como forma de abordar o tema principal, será também objeto do estudo a evolução histórica da pena, bem como o estudo sobre o sistema de aplicação de pena em vigor hoje no Brasil para, por fim, expor os principais posicionamentos à respeito da possibilidade ou não da diminuição aquém do mínimo legal.

Palavras-chave: dosimetria da pena; pena base; súmula 231 do STJ; individualização da pena.

ABSTRACT

This paper seeks to answer the question: is it possible to reduce the sentence below the minimum cominado for the offense when there is any mitigating cause foreseen in our criminal law? This theme, though he already sumulado the impossibility, as stated in the summary 231 of the Superior Court of Justice, it is quite commonplace among scholars criminal. Most scholars, along with the massive case, finds it impossible to decline, but another part is positioned favorably by the question. In order to address the main theme, it will also be the object of study the historical evolution of the sentence, and the study on the penalty enforcement system in place today in Brazil to finally present the main positions regarding the possibility or not the decrease below the legal minimum.

Keywords: dosimetry pen; pen base; summary 231 of the STJ; individualization of punishment.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA	9
2.1	Considerações introdutórias.....	9
2.2	Idade antiga	9
2.3	Idade média.....	13
2.4	Idade moderna.....	15
2.5	Das escolas penais	16
2.5.1	Da escola clássica.....	17
2.5.2	Da escola positiva	18
2.5.3	Da escola mista	19
2.6	História do direito penal brasileiro	20
2.6.1	Período colonial.....	20
2.6.2	Brasil império	21
2.6.3	Período republicano.....	22
3.	DO SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DE PENA.....	23
3.1	Da pena-base	23
3.2	Da pena provisória	32
3.2.1	Das espécies de agravantes.....	33
3.2.1.1	A reincidência.....	33
3.2.1.2	Do motivo fútil ou torpe	34
3.2.1.3	A facilitação para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime.....	35
3.2.1.4	Da traição, emboscada, dissimulação ou qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido	35
3.2.1.5	Com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum.....	35
3.2.1.6	Contra ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.....	36
3.2.1.7	Abuso de autoridade ou prevalência de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade	36
3.2.1.8	Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão.....	36
3.2.1.9	Contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida	37
3.2.1.10	Quando o ofendido estava sob proteção da autoridade.....	37

3.2.1.11	Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou de desgraça particular do ofendido	38
3.2.1.12	Em estado de embriaguez preordenada.....	38
3.2.2	Espécies de atenuantes.....	38
3.2.2.1	Ser menor de 21 anos, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença.....	38
3.2.2.2	Do desconhecimento da lei	39
3.2.2.3	Do relevante valor social ou moral da conduta	39
3.2.2.4	Ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano	40
3.2.2.5	Da coação resistível, do cumprimento de ordem de autoridade superior e pela influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima	40
3.2.2.6	Confissão espontânea da autoria do crime perante autoridade	41
3.2.2.7	Cometer o crime sob influência de multidão em tumulto, se não o provocou.....	41
3.3	Da pena definitiva.....	42
4.	DA (IM)POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL DIANTE DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE .	44
4.1	Do sistema bifásico e trifásico	44
4.2	Dos entendimentos favoráveis e desfavoráveis sobre o tema.....	45
4.2.1	Posicionamentos Favoráveis	45
4.2.2	Entendimentos desfavoráveis.....	53
4.2.3	Outros posicionamentos sobre o tema	59
5	CONCLUSÃO	60
	REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

No direito penal, dentre tantas convergências existentes, um dos temas que ganha grande relevância é a aplicação da pena pelo julgador. Nesse meio poderíamos retirar uma série de temas que poderiam ser estudados mais a fundo, no entanto escolhi falar mais especificamente sobre a segunda fase da dosimetria da pena, no sentido de ser possível ou não o juiz diminuir a pena abaixo do mínimo cominado para o delito quando a pena-base for fixada em seu mínimo e existir alguma causa atenuante a ser reconhecida e aplicada para o sentenciado.

Esse tema, ainda que já esteja pacificado entre os tribunais superiores pela sua completa impossibilidade, diga-se Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, boa parte dos estudiosos do direito penal, ainda que minoria, entende pela possibilidade de sua diminuição aquém do mínimo legal na existência de uma circunstância atenuante, o que vai de frente com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, na sua súmula nº 231.

A justificativa para a abordagem do tema proposto resulta de sua grande relevância em termos práticos, isto é, na hora da sentença, o magistrado, ao analisar a segunda fase da dosimetria da pena, poderá reconhecer uma circunstância atenuante que poderá beneficiar imensamente o infrator ainda que a pena esteja fixada no mínimo legal, pois o julgador não está adstrito ao que determina a súmula 231 do STJ.

O tema abordado também possui grande importância social, pois a questionada súmula muitas vezes impede que aquele sujeito que confessou o crime se beneficie de sua atitude. Nesses casos o indivíduo facilita o trabalho do Estado e não recebe uma compensação pela confissão de autoria.

O objetivo é trazer à tona os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis acerca do tema para, ao final, e se possível, responder à pergunta: é possível o julgador diminuir a pena para abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria da pena quando existente uma circunstância atenuante?

Dessa forma, imprescindível se faz a exposição dos entendimentos existentes sobre o tema abordado perante os estudiosos do direito penal.

O presente trabalho será elaborado aplicando-se o método de pesquisa exploratório, pois busca analisar a possibilidade ou não de uma atenuante ser utilizada para reduzir a pena para abaixo do mínimo legal cominado para o crime ainda que o Superior Tribunal de Justiça já tenha firmado entendimento no sentido

de não ser possível, através da súmula nº 231.

No tocante aos procedimentos técnicos utilizados, a pesquisa bibliográfica será a mais importante forma para alcançar a conclusão do projeto, utilizando-se de artigos jurídicos, livros e sites jurídicos

Por fim, o trabalho é dividido em três capítulos. Assim, para se chegar ao principal tópico do trabalho, optou-se por estudar a evolução histórica da pena, isto é, de como as regras penais foram sendo criadas desde os primórdios.

A partir do momento em que as pessoas começaram a conviver em sociedade, tornou-se obrigatória a existência de regras para manter a ordem e possibilitar a harmonia e a convivência entre as pessoas. Assim, regras deveriam existir para castigar os infratores e coibir a prática de infrações.

Nos primórdios quem tomava conta era o sentimento da vingança, pois aquele que sofria uma violação buscava vingança por suas próprias mãos. Também importante o estudo sobre a evolução dos códigos anteriores ao vigente atualmente.

A segunda parte do trabalho tratará especificamente do estudo sobre o sistema de aplicação de pena adotado pelo Código Penal de 1940, isto é, do sistema trifásico de aplicação de pena, o qual era defendido por um dos maiores penalistas: Nelson Hungria. Assim, não se trata de levantar uma análise crítica sobre isso, mas apenas para entender como funciona a sistemática de aplicação de pena, ou seja, no que consiste a pena-base e suas regras, bem como a segunda e terceira fase.

Por último, o terceiro capítulo tratará do principal objeto de estudo, isto é, de abordar posicionamentos favoráveis e contrários sobre a diminuição da pena para além do mínimo cominado no tipo penal em razão de circunstâncias atenuantes genéricas.

2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

2.1 Considerações introdutórias

A palavra pena, no sentido de punição ou castigo, etimologicamente falando, veio do latim *poena*, que derivou de uma expressão grega chamada *poine*.

Para entender melhor o direito penal vigente é necessário viajar no tempo e conhecer todos os períodos da humanidade. Nesse sentido, Bitencourt (2000, p. 21) relata que:

é inquestionável a importância dos estudos da história do direito vigente. A importância do conhecimento histórico de qualquer ramo do direito facilita inclusive a exegese, que necessita ser contextualizada, uma vez que a conotação que o Direito Penal assume, em determinado momento, somente será bem entendida quando tiver como referência seus antecedentes históricos.

Partindo desse entendimento, observa-se que desde o início da civilização existe a necessidade de impor certa sanção àquele indivíduo que cometia um ato considerado crime pelos demais, pois a conduta praticada era considerada inaceitável e prejudicial à harmonia da sociedade.

Boschi (2013, p. 75) acrescenta dizendo que “as punições, sob as mais variadas formas e finalidades, remontam ao aparecimento do homem sobre a face da terra [...]”. O mesmo autor complementa dizendo que:

enquanto só, o homem não precisa de códigos de conduta. Se Robinson Crusoe, ao salvar-se do naufrágio, por exemplo, se pusesse a pensar na beira da praia em um modelo de direito penal para sua ilha deserta, nenhuma utilidade teria esse esforço a não ser depois da chegada do novo amigo, Sexta-Feria (o alter), com quem ele passaria a conviver em situação de risco. (BOSCHI, 2013, p. 75).

Assim, conclui-se que o termo pena, no sentido de castigo, é muito antigo, sendo necessário realizar um breve estudo sobre a origem das penas e o seu percurso no decorrer da história da humanidade e do Brasil.

2.2 Idade antiga

De acordo com Caldeira (2009, p. 259), a idade antiga “foi o período que se estendeu desde o desenvolvimento da escrita (4000 a.C. a 3500 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e o início da Idade Média (século V)”.

Desde a citada época as pessoas já se reuniam com outros indivíduos para garantir a sobrevivência do grupo, formando certo tipo de comunidade, não podendo se falar, em nenhuma hipótese, de existência de um sistema básico de regras penais.

Nesse sentido:

por força do impulso de associação, que marca de maneira tão profunda o destino dos homens, o que encontramos na história e na pré-história da humanidade, são grupos humanos e não indivíduos isolados, e dentro desses grupos, desde logo, normas de comportamento social. (BRUNO, 1978, p. 67).

No mesmo sentido, Caldeira (2009, p. 260) diz que “o ser humano sempre viveu agrupado, em virtude de seu nítido impulso associativo e lastreou, no seu semelhante, suas necessidades, anseios, conquistas, enfim, sua satisfação”.

Assim, entende que os primeiros povos formavam grupos para facilitar o convívio e garantir a sobrevivência, mas para garantir a boa harmonia da tribo dependeria da existência de regras a serem seguidas por todos, e aquele indivíduo que descumprisse deveria arcar com a responsabilidade e sofrer uma punição.

Esses grupos primitivos, mais conhecidos por clãs ou tribos, segundo Boschi (2013, p. 76), “tinham uma ideia muito rudimentar de pena, apesar o costume de prepararem oferendas ou de realizarem sacrifícios com o intuito de aplacar a ira dos deuses, supostamente descontentes com os pecados cometidos”.

Segundo entendimento de Pierangelli (1992), citado por Boschi (2013, p. 76), os indivíduos pertencentes dos primeiros clãs

[...] consideravam tudo aquilo que ultrapassava o seu limitadíssimo conhecimento quase sempre como resultado de uma forma incipiente de observação, e que alterava a sua vida normal, como fruto de influências malignas, sobrenaturais, emanadas de seres fantásticos, habitualmente antropomásticos, dotados de poderes [...] que só poderiam ser compreendidos através da magia.

No entendimento de Boschi (2013), essa magia que os primitivos acreditavam incluía os eventos da natureza, como a chuva, o terremoto, o trovão e as ações vulcânicas.

Dessa forma, como os primitivos não podiam explicar os acontecimentos que fugiam do seu cotidiano, como os eventos da natureza, passaram a considerá-los seres sobrenaturais e, portanto, as penalidades aplicadas para aqueles indivíduos que cometiam uma infração tinham duas finalidades. Caldeira (2009, p.

260) explica que:

a pena possuía uma dupla finalidade: (a) eliminar aquele se tornara um inimigo da comunidade e dos seus Deuses e forças mágicas, (b) evitar o contágio pela mácula de que se contaminará o agente e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais. A pena já começa a ganhar os contornos de retribuição, uma vez que, após a expulsão do indivíduo do corpo social, ele perdia a proteção do grupo social ao qual pertencia, podendo ser agredido por qualquer pessoa.

Ainda de acordo com Caldeira (2009), na ocorrência de uma punição todos os integrantes do grupo participavam e, na maioria das vezes, a punição era a expulsão do indivíduo da tribo. Eles imaginavam que a punição tinha como objetivo principal amenizar a irritação dos Deuses, pois acreditavam fielmente na sua existência com base nos fenômenos da natureza. Em contrapartida, se não o fizessem, o castigo recairia a todos.

Ultrapassado o período de resposta social, que tinha como objetivo punir o infrator para evitar a ira da divindade, nasceu a vingança privada, resultado da divisão do corpo social em pequenas e secundárias tribos.

Bruno (1978, p. 71-72) conceituada a vingança privada

[...] como reação contra a agressão, mas não vingança individual, mas, do grupo, mesmo porque o que se considerava antes de tudo era a ofensa à comunidade a que pertencia o indivíduo, e a própria vingança se dirigia a qualquer mesmo do outro grupo e não somente ao agressor.

Por sua vez, Bitencourt (2000) esclarece dizendo que o período da vingança privada ocorria tanto para um único indivíduo como para um clã inteiro. Ainda segundo o autor, essa época foi alvo de grandes batalhas sangrentas, com o extermínio de diversas tribos.

Em complementação, Mirabete (1998, p. 31-32) diz que:

se o transgressor fosse membro da tribo, podia ser punido com a 'expulsão da paz' (banimento), que o deixava à mercê de outros grupos, que lhe infligiam, invariavelmente, a morte. Caso a violação fosse praticada por elemento estranho à tribo, a reação era a da 'vingança de sangue', considerada como obrigação religiosa e sagrada [...].

E como resultado disso, Boschi (2013, p. 76) relata que “[...] em face da mobilização do grupo, podia acarretar a eliminação de terceiros inocentes, desde que indicados pela vítima ou, ainda, do próprio grupo a que pertencia o ofensor”.

Com a evolução social dos povos, surgiu a lei de talião, que serviu para evitar o extermínio dos clãs/tribos. Essa norma foi criada com o intuito de impor

limite à reação do indivíduo frente ao transgressor da norma, pois adotou a expressão “olho por olho, dente por dente”, ou seja, somente o infrator seria responsabilizado e não o clã inteiro ou sua família, como poderia ocorrer anteriormente.

Para Bittencourt (2000, p. 22) “esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal”.

A referida norma foi adotada pelo Código de Hamurábi (Babilônia), no êxodo (hebreus) e na Lei das XII Tábuas que, inclusive, influenciou imensamente no avanço da história do direito penal.

Com o decorrer do tempo, em razão de inúmeros casos de infringência da norma existente na época, as tribos acabavam sendo prejudicadas no seu desenvolvimento pela perda de uma grande quantidade de membros, fato este que ia ao encontro da função da lei de talião, o que desencadeou o surgimento da chamada composição, conceituada por Bittencourt (2000, p. 22) como sendo o “sistema através do qual o infrator comprava a liberdade, livrando-se do castigo”.

Por seu turno, a fase da vingança divina era caracterizada pela influência da religião na decisão da vida dos povos antigos, ou seja, as normas começaram a possuir natureza religiosa e, com isso, o infrator deveria ser punido para acalmar a ira dos Deuses e reconquistar sua confiança.

Segundo Caldera (2009, p. 261-262) “a prova dos fatos era feita através das *ordálias* ou ‘prova de deus’: se a pessoa andasse sobre o fogo e não tivesse queimaduras, seria inocente; do contrário, seria culpada”.

Por último, surgiu a fase da vingança pública. Esse período, de acordo com Bittencourt (2000), é caracterizado por uma maior organização social, especialmente no que diz respeito ao controle político, e pela abolição da vingança privada, dando-se início a um grande avanço, pois a pena não era mais aplicada por terceiros, e sim pelo próprio Estado, comandado por alguém em específico.

Com o fim de concluir a idade antiga, importante mencionar um pouco sobre o direito penal romano. Nessa época, com o advento da Lei das XII Tábuas, considerado a primeira lei romana escrita, surgiu a diferença entre delitos públicos e privados. Para Bittencourt (2000, p. 23):

crimes públicos eram a traição ou conspiração política contra o Estado (*perduellio*) e o assassinato (*parricidium*), enquanto os demais eram crimes privados – *delicta* --- por constituírem ofensas ao indivíduo, tais como furto,

dano, injúria etc. o julgamento dos crimes públicos, que era atribuição do Estado, através do magistrado, era realizado por tribunais especiais, cuja sanção aplicada era a pena de morte. Já o julgamento dos crimes privados era confiado ao próprio particular ofendido, interferindo o Estado somente para regular o seu próprio exercício. (Grifado no original).

Por volta do século IV, o reino romano dividiu-se em Império do Ocidente (Roma) e o Império do Oriente. Após invasão de Roma pelos povos bárbaros (germânicos) e sua respectiva queda, finaliza-se a Idade antiga.

Quanto à pena, Bitencourt (2000) finaliza dizendo que os romanos não realizaram a organização dos seus institutos penais. Todavia, o direito romano é de grande importância para os dias atuais, uma vez que é uma das principais fontes para a origem das normas previstas na atualidade.

2.3 Idade média

A passagem da idade antiga para a idade média deu-se devido a grandes acontecimentos históricos. Segundo Caldeira (2009, p. 263):

este período foi tradicionalmente delimitado com marcos em eventos políticos. Nestes termos, o seu início tem como marco a desintegração do Império Romano do Ocidente, no século V (476 d.C.), e término com o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla, no Século XV (1453 d.C.). Pode-se falar, ainda, numa subdivisão em períodos menores, em três fases: Idade Média Antiga (ou Alta Idade Média ou Antigüidade Tardia) que decorre do século V ao X; Idade Média Plena (ou Idade Média Clássica), que se estende do século XI ao XIII; e Idade Média Tardia (ou Baixa Idade Média), correspondente aos séculos XIV e XV.

Esse período foi marcado pela predominância do direito germânico. Conforme relata Zaffaroni (2004), a predominância germânica se estendeu desde o século V até o século XI d.C. Nesse período, os germânicos evoluíram gradativamente em razão do reforço de seu caráter estatal, mas ainda assim não havia a ideia de pena privativa de liberdade.

Nas palavras de Bitencourt (2000), como não havia leis escritas, o direito era criado como uma ordem de paz, e sua infringência era conhecida como perda da paz, considerada a pena mais grave existente no período.

Como a perda da paz poderia ter caráter público ou privado, dependendo do crime cometido, a resposta ou punição para esse indivíduo tinha duas formas

distintas:

a reação à perda da paz, por crime político, autorizava que qualquer pessoa pudesse matar o agressor. Quando se tratasse de crime privado, o transgressor era entregue à vítima e seus familiares para que exercessem o direito de vingança, que assumia um autêntico dever de vingança de sangue. (BITENCOURT, 2000, p. 25).

As penas aplicadas na Idade Média tinham o condão de ocasionar pavor nos indivíduos, pois, nas palavras de Guzmán (1976), citado por Bitencourt (1993, p. 18), ainda eram

[...] submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões deste período histórico.

Posteriormente, com o fortalecimento do poder estatal, a vingança de sangue foi sendo, aos poucos, substituída pelo sistema de composição, ou seja, o indivíduo que transgredisse alguma norma deveria pagar certa quantia em metal ou espécie como forma de indenização. Esse montante era calculado por várias circunstâncias como, por exemplo, o tipo de delito, a idade, o sexo e segundo a qualidade das pessoas que sofreram a lesão.

Somente no mais tardar é que o Direito Germânico, por grande influência do Direito Romano e do Cristianismo, adotou a pena de talião.

Para Mirabete (2000, p. 37), outra característica importante do direito bárbaro

[...] foi a ausência de distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando-se a punição do autor do fato sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com o aspecto subjetivo do seu ato. No processo, vigoraram as 'ordálias' ou 'juízos de deus' (prova de água fervente, de ferro em brasa etc.) e os duelos judiciais, com os quais se decidiam os litígios [...]. (Grifado no original).

Por sua vez, o Direito Canônico, na Idade Média, teve grande influência pelo motivo da igreja adquirir mais e mais poder na legislação penal. Surge, assim, a prisão eclesiástica, que se destinava especificamente aos clérigos ou religiosos que infringissem normas eclesiásticas.

Para Caldeira (2009, p. 264), a prisão eclesiástica

[...] tinha por finalidade fazer com que o recluso meditasse, refletisse e arrependesse da infração cometida. Cárcere como penitência e meditação, originando a palavra "penitenciária". Esta foi a grande contribuição deste período da história para a teoria da pena.

O Direito Canônico foi, portanto, o sustentáculo da pena de prisão moderna, pois se extraiu desse período as primeiras ideias de ter uma “penitenciária” para a reeducação dos delinquentes.

2.4 Idade moderna

Neste marco histórico, com período de transição entre XVI e XVII, diante de diversas guerras religiosas que acabavam consumindo grande parte da riqueza da França, todo o continente da Europa acabou sucumbindo à pobreza.

Com essa situação, os infelizes não tinham outra escolha a não ser recorrer ao meio criminoso, subsistindo com as esmolas, furtos, roubos e até mesmo assassinatos, ou seja, faziam de tudo para sobreviverem. Todavia, com essa conduta criminosa, esses indivíduos sofriam todo o tipo de punição penal, desde os mais cruéis até o enforcamento.

Como a quantidade de delinquentes crescia imensamente e, com isso, impossibilitava a aplicação de pena de morte a todos os infratores da norma, fazia-se necessário procurar novos meios de conter a selvageria, isto é, meios de punição que não ocasionassem a morte.

Sobre isso, Hentig (1967), citado por Bitencourt (1993, p. 23), sintetiza dizendo que:

tinha-se perdido a segurança, o mundo espiritualmente fechado aos incrédulos, hereges e rebeldes, tinha ficado para trás tinha que se enfrentar verdadeiros exércitos de vagabundos e mendigos. Pode-se estabelecer a sua procedência: nasciam nas aldeias incendiadas e nas cidades saqueadas, outros eram vítimas de suas crenças, vítimas atiradas nos caminhos da Europa. Era preciso defender-se desse perigo social, mas não era possível negar-lhe simpatia por razões religiosas ou sociais, diante dos danos que os exércitos estrangeiros tinham feito.

Posteriormente, mais especificamente na segunda metade do século XVI, segundo Bitencourt (1993), iniciou-se um projeto objetivando o desenvolvimento das penas privativas de liberdade com a edificação de prisões. A finalidade dessas “penitenciárias” era a reeducação dos apenados através do trabalho e da disciplina, a pretensão de desestimular a execução de crimes pelos outros, bem como o custeio das despesas e alguma vantagem econômica.

Seguidamente, com o êxito do movimento, surgiram diversas outras casas prisionais em lugares diversos do mundo, inclusive “penitenciárias” com outro ponto de vista, como ocorreu em meados do século XVII, onde surgiu o chamado *Hospício*

de *San Felipe Nei*, fundado em 1667, pelo sacerdote Filippo Franci.

Para Bitencourt (1993, p. 26):

a instituição destinava-se, inicialmente, à reforma de crianças errantes, embora mais tarde tenham sido admitidos jovens rebeldes e desencaminhados. Aplicava-se um regime celular estrito. A pessoa do interno era desconhecida para seus companheiros de reclusão graças a um capuz com que se cobriam a cabeça nos atos coletivos.

Outro iniciador importante na história da reforma carcerária e da essência reeducadora da pena privativa de liberdade foi Clemente XI. Com suas ideias desenvolveu-se a Casa de Correção de São Miguel, fundada em 1703. A referida casa tinha como objetivo recolher jovens delinquentes e, concomitantemente, servia como abrigo para os órfãos e idosos.

O mesmo fato ocorreu na metade do Século XVIII, pois, segundo Hentig (1967), citado por Bitencourt (1993, p. 34), “[...] o arco da pena de morte estava excessivamente tenso. Não tinha contido o aumento dos delitos nem o agravamento das tensões sociais [...]”.

Portanto, como a pena de morte não gerava os efeitos que deveria ter como o controle da criminalidade, surgiu a pena privativa de liberdade. Segundo Hentig (1967), citado por Bitencourt (1993, p. 35):

a pena privativa de liberdade foi a nova grande invenção social, intimidando sempre, corrigindo a miúde, que devia fazer retroceder o delito, quiçá, derrota-lo, no mínimo, cerca-lo entre muros. A crise da pena de morte encontrou aí o seu fim, porque um método melhor e mais eficaz ocupava o seu lugar, com exceção de alguns poucos casos mais graves.

2.5 Das escolas penais

Neste tópico será abordado as principais Escolas Penais, como a Escola Clássica, Positiva e Mista, para assim compreender os fins e funções da pena aplicada atualmente.

No decorrer do século XVIII, após a reação humanitária de diversos pensadores que criticavam os meios de aplicação das punições na norma corrente da época, surgiu diversas correntes, com seu ápice registrado na Revolução Francesa, que, faziam “severas críticas aos excessos imperantes na legislação penal da época, propondo a individualização da pena, à proporcionalidade, além de necessária diminuição da crueldade”. (BITENCOURT, 2000, p. 45).

Ainda segundo Bitencourt (2000, p. 45), a origem das Escolas Penais deu-se no período do século XIX, pois “surgiram inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, segundo determinados princípios fundamentais”.

2.5.1 Da escola clássica

A Escola Clássica traz consigo pensamentos próprios quando o assunto é crime e pena, encarando sempre todos os seus problemas com métodos que não tivessem absolutamente nada a ver com experiências, métodos científicos e positivos.

Na Escola Clássica, entendia-se que todos os homens, honestos ou criminosos deveriam ser tratados de forma igual. Daí parte o princípio da igualdade que é de enorme importância para essa escola. Pessoas que infringissem a lei, não eram submetidas à experiência para se ter a certeza se os fatos alegados eram ou não verídicos.

Tinha-se um pensamento de que crime era uma infração de uma lei imposta pelo Estado, lei esta que visava tutelar um bem jurídico. Uma vez cometido o crime, a pessoa iria responder pelo fato de ter desobedecido a uma norma do Estado e ter prejudicado alguém, mas jamais se tinha o pensamento que deveria ser punido o indivíduo observando seu lado interior e sim, observando o ato exterior que o levou a praticar o fato criminoso e isso resulta em um crime contra o Estado.

Ainda, deve observar que nessa Escola tinha-se em mente que quem praticava o ato criminoso era um homem, não teria lógica dizer que seria algo de gênero diferente, e que o Estado em decorrência de tamanha conduta criminosa deveria tomar uma atitude, uma vez que não podia deixar assim um crime que além de infringir uma lei imposta pelo Estado, estava descumprindo com a segurança que todo cidadão possui. Uma vez que, segundo o pensamento de Mirabete (2000), quem infringe a lei pratica um crime e logo, deverá ser punido por normas jurídicas e não por questões que envolvam religião ou até mesmo questões sociais.

Essa questão de punir somente com normas jurídicas e de fácil entendimento, pois não deve o criminoso/delinquente ser punido dentro da sociedade por um caminho que tenha tomado de forma equivocada, e que se tornou um problema em sua vida. Não devendo a sociedade julgar essa pessoa, privando de assuntos como os religiosos, não deixando que frequente uma igreja visto que um dia por determinado descuido cometeu um homicídio por exemplo.

Do ponto de vista da Escola Clássica, torna-se significativo e interessante observar que, apesar de infringiu uma norma imposta pelo Estado, essa conduta se dá de duas formas:

ensina que o ato pode ser “positivo” quando se refere à ação (fazer) ou ‘negativo’ quando se relaciona com a omissão (não fazer o devido). O criminoso é ‘moralmente imputável’ já que a sanção se fundamenta no livre arbítrio de que dispõe o ser humano são, e o ilícito é ‘politicamente danoso’ por perturbar ou prejudicar o cidadão (vítima) e a própria sociedade, pela instabilidade, alarma e repercussão sociais que provoca. (MIRABETE, 2000, p. 39) (Grifado no original).

Portanto, a Escola Clássica já que se trata de normas jurídicas o método usado é o dedutivo e não experimental, sendo a pena vista como um meio de proteção para as pessoas, uma vez que se houve algum dano contra um bem jurídico tutelado deverá o autor responder pelos seus atos.

Ainda, percebe-se que a pena era aplicada conforme o dano causado e entendia-se que deveria ser analisado caso a caso, e então partir para um ponto que chegasse a quantidade e meio de pena que seria aplicado, onde o crime deveria ser analisado com o dano que ele causou e não com a pessoa do agente, sendo o crime completamente desligado da pessoa de quem praticou.

2.5.2 Da escola positiva

O período criminológico presente até o momento iniciou com estudos do médico César Lombroso, pois foi ele quem criou um livro, o qual falava exatamente da conduta do indivíduo, de suas experiências, o que não era analisado dentro da Escola Clássica.

Dentro dessa escola, entendia-se que a pessoa que praticava um crime, deveria ter um acompanhamento para que pudesse ser feito uma análise de sua conduta, sua personalidade e até mesmo do ponto de vista genético.

o assunto primordial dos seus estudos é a pessoa real e viva do delinquente, e não a figura abstrata e jurídica do crime. Este é estudado, em sua origem e seus efeitos, também como um fenômeno natural e social, essencialmente complexo. (ARAGÃO, 1977, p. 35).

Quem praticasse um crime deveria ser submetido a testes em laboratórios, exames que comprovassem ter o delinquente algum problema psicológico.

Segundo o entendimento de Mirabete (2000), o criminoso representa uma regressão do homem, uma vez como nascem homens sábios, honestos, nascem

também homens selvagens, agressivos e desonestos, pois cada ser possui suas próprias características e estas que devem ser analisadas quando o indivíduo se perde nos caminhos ao longo de sua vida.

A ideia de criminosos natos baseia-se no fato que cada pessoa apresenta suas características de nascença, como ser ambidestro, ser bravo, vaidoso, insensível, cada um cada nasce de forma única e exclusiva. Portanto, “o criminoso é, assim, um ser atávico, com fundo epilético e semelhante ao louco moral, doente antes que culpado e que deve ser tratado e não punido” (MIRABETE, 2000, p. 41).

Vários autores, que acreditavam nessa Escola Positiva defendiam que os indivíduos criminosos traziam consigo em vários casos, traços hereditários de seus antecedentes, o que comprovado por estudos se entendia que aquela pessoa que infringiu uma norma imposta pelo Estado, já nascia com esta deficiência e então deveria ser tratada, talvez com aplicações de penas, mas penas que ajudassem esse indivíduo a melhorar como pessoa na sociedade, fazendo com que consiga ver um futuro diferente.

Por fim, fica evidente a diferença entre a Escola Clássica com a Escola Positiva, pois a primeira traz consigo uma ideia de punição ao crime, e não a pessoa que praticou, diferentemente da Positiva que acreditava que deveria ser punida a pessoa que praticou o crime, porém com penas que ajudassem o criminoso a mudar de opinião e refletir sobre o que o levou a praticar o delito.

2.5.3 Da escola mista

Foram importantes escolas para a evolução do Direito Penal, entre elas a Escola Moderna Alemã.

Nesse momento, a uma junção da Escola Clássica com a Escola Positiva, juntou aqui os ideais presentes em cada uma delas e por seguinte foi destacado um traço importante, onde se entendia que o crime deveria ser analisado junto com sua causa, deixando de lado a questão da fatalidade.

A Escola Alemã foi muito importante, pois segundo Mirabete (2000), ela foi quem deu origem ao livramento condicional, ao sursis e, ainda, quem originou as medidas de segurança.

Ainda, as escolas mistas trazem uma preocupação com o criminoso, porquanto elas acreditavam que deveria o Estado promover a defesa das pessoas, se essas pessoas que viviam em uma sociedade preconceituosa, abrissem suas

portas para esses criminosos, não virando as costas quando eles mais precisavam, devido ao seu passado criminoso.

2.6 História do direito penal brasileiro

A história do Direito Penal Brasileiro se subdividiu em três importantes momentos, o período colonial, período republicano e também o Código Criminal do Império, bem como foi comandado por duas legislações distintas, sendo a primeira a legislação portuguesa e finalmente em seguida a legislação brasileira.

2.6.1 Período colonial

O Período Colonial foi marcado por ser responsável pela escravidão de negros e pelo fato dos índios não possuírem qualquer direito. Era um período em que não se pensava em obedecer a uma legislação, pois ela nem sequer existia, mas sim regras para os povos pronunciadas verbalmente.

Logo após o Brasil ser descoberto, como recorda Bitencourt (2000, p. 40):

passou a vigorar em nossas terras o Direito Lusitano. Nesse período, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, consideradas como primeiro código europeu completo. Em 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, por determinação de D. Manuel I, que vigoraram até o advento da Compilação de Duarte Nunes de Leão, em 1569, realizada por determinação do Rei D. Sebastião.

As “leis” existentes nesse período não possuíam eficiência nenhuma, sendo elas arbitrárias e, ao mesmo tempo em que favoreciam alguns, prejudicavam outros. A pessoa responsável pela criação dessas normas era quem adquiria com o passar do tempo o poder para “governar” o Estado, sem qualquer conhecimento jurídico.

As normas eram vistas de forma exclusiva de um povo, sendo o restante dos povos distanciados do que deveria a norma penal demonstrar para eles. O período Colonial foi marcado por uma enorme catástrofe, pois foi razoavelmente bom somente para alguns.

O meio utilizado para punir alguém que tivesse cometido algo contrariasse a lei era cruel, sendo utilizado o corpo como método de punição. Segundo Bitencourt (2000, p. 41):

formalmente, a lei penal que deveria ser aplicada no Brasil, naquela época,

era a contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603. Orienta-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições. Além do predomínio da pena de morte, utilizava outras sanções cruéis, como açoite, amputação de membros, as galés, degredo etc.

O crime era visto pela sociedade da época como um pecado, sendo punidas as pessoas que faziam feitiçarias e que eram infiéis. Portanto, era profundamente desumano o tratamento que era fornecido à população, inexistindo o princípio da legalidade, sendo praticado o ato que bem entendesse e que achasse que seria método punitivo correto, ficando evidente também que não existia o contraditório e a ampla defesa.

2.6.2 Brasil império

O Código Criminal do Império surgiu em razão de uma enorme necessidade de reformar as leis, surgindo então a criação de uma constituição no ano de 1824, essa constituição exigiu que tivesse um Código Penal que se fundamentasse em uma justiça correta, baseando-se no princípio da igualdade e da imparcialidade.

O Código Criminal do Império escolhido na época foi elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcellos, sendo classificado como o melhor Código, possuindo todos os melhores e mais importantes critérios, como questões do dias-multa.

Nesse momento, a pena de morte, para continuar a existir, passou por votação no Congresso, sendo realizados por meio de debates, e somente seria aprovada se fosse realizada pelo método da força. Também trazia questões a serem incluídas como os casos em que deveriam ser observadas as agravantes, assim como as atenuantes.

Em decorrência da Proclamação da República, criou finalmente o Código Penal, porém, em razão de tamanha pressa sobre o qual fora criado, tornou-se objeto de críticas.

aboliu-se a pena de morte e instalou-se o regime penitenciário de caráter correccional, o que constituía um avanço na legislação penal. Entretanto, o Código era mal sistematizado e, por isso, foi modificado por inúmeras leis até que, dada a confusão estabelecida pelos novos diplomas legais, foram todas reunidas na Consolidação das Leis Penais, pelo Decreto nº 22.213, de 14 de Dezembro de 1932. (MIRABETE, 1998, p. 41).

A partir dessa visão começaram a perceber que a punição corporal não era o método correto, sendo necessário um sistema penitenciário. Foram criadas várias casas de correção, inclusive no Rio Grande do Sul, porém todas elas apresentavam

os mesmo problemas, entre eles a questão financeira.

Por fim, existiram três sistemas penitenciários responsáveis pela restrição da pena privativa de liberdade: o sistema da Filadélfia, sistema progressivo e o sistema *Auburn*, sendo o primeiro o mais rigoroso, pois, segundo Mirabete (1998, p. 247), “[...] utilizava-se o isolamento celular absoluto, com passeio isolado do sentenciado em um pátio circular, sem trabalho ou visitas, incentivando-se a leitura da bíblia”.

2.6.3 Período republicano

Com a criação da República, Batista Pereira foi encarregado de elaborar um projeto de Código Penal, que segundo Bitencourt (2000), ignorou completamente todos os avanços que já se tinha presente até o momento, sendo classificado como o pior Código já existente. E as críticas que vieram a surgir em decorrência do Código se transformaram imediatamente em novos estudos para uma possível substituição do mesmo.

os equívocos e deficiências do Código Republicano acabaram transformando-o em verdadeira colcha de retalhos, tamanha a quantidade de leis extravagantes que, finalmente, se concentraram na conhecida *Consolidação das Leis Penais* de Vicente Piragibe, promulgada em 1932. (BITENCOURT, 2000, p. 43) (Grifado no original).

Durante esse período que se utilizou esse péssimo Código não deixou jamais de faltar projeto com intenção de substituição da norma, porém nenhuma das propostas foi capaz de substituir o Código vigente da época.

Por fim, finalmente com o Estado Novo foi apresentado um projeto que poderia se tornar o novo Código. Passado por Comissão de Revisão foi finalmente aceito o novo projeto de Código Criminal Brasileiro, estando até hoje em vigor, mas com algumas alterações.

3. DO SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DE PENA

3.1 Da pena-base

A pena-base foi instituída com intuito fornecer um ponto de partida para que o magistrado possa, assim, determinar a pena ao acusado, uma vez que seria algo completamente incorreto se aplicássemos a pena sem possuir um ponto de partida, ou seja, se somente individualizássemos a cada apenado sem observar as diferentes formas do crime praticado por este, sendo que outro infrator pode ter praticado o mesmo crime, porém de forma ainda mais gravosa. Portanto, não há como se falar em aplicação de pena sem separá-la em três fases: pena-base, pena provisória e pena definitiva.

Ainda, se observamos o artigo 59 do Código Penal, notamos que a pena deverá ser aplicada observando todas as circunstâncias judiciais previstas no caput do referido artigo, ou seja, a culpabilidade, os antecedentes criminais do acusado, a conduta social, a personalidade, os motivos do crime, as circunstâncias do crime, as consequências do crime e, por fim, o comportamento da vítima.

Assim, cabe ao magistrado, no momento de proferir uma sentença condenatória, individualizar a pena de forma particularizada para cada apenado, uma vez que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, caput, do Código Penal, são critérios entrelaçados com a pena base, pois servem de parâmetro para o quantum inicial de pena base, a ser fixada entre o limite mínimo e máximo da pena em abstrato para o delito praticado.

Dessa forma, passaremos a analisar detalhadamente cada um dos oito fatores que constitui as circunstâncias judiciais.

A culpabilidade é definida por Boschi (2013, p. 161) como sendo “[...] o eixo sobre o qual se assentam os sistemas penais modernos”.

A culpabilidade passou por uma evolução, sendo que século XVI e XVII o homem era considerado culpável pelo simples fato de possuir sua própria liberdade de decidir o que fazer. Ao olharmos um pouco mais à frente, mais precisamente no final do século XIX, o homem era considerado culpável quando observado o vínculo causal entre o fato em si algumas características do indivíduo, o que ficou conhecido como dolo e culpa em sentido estrito. Já ainda mais à frente, a culpabilidade para o *causalismo*, segundo Boschi (2013, p. 161), “consistiria nesse *nexo* entre o fato e seu autor, a imputabilidade, que já era conhecida, atuaria como um pressuposto da

própria culpabilidade, cujas espécies seriam o dolo e a culpa”.

Porém, toda essa evolução de teoria passou por diversas críticas, surgindo então a denominada teoria psicológico-normativa, a qual sustentava que, diferentemente das demais teorias, a culpabilidade estava na sociedade e não na cabeça dos indivíduos. Resolveu o problema do doente mental, ou seja, do inimputável. Essa teoria não parou por aí, sendo então aperfeiçoada com alguns aspectos novos como a exigibilidade de conduta diversa que vemos até o presente momento no mundo jurídico. Nesse entendimento, Boschi (2013, p. 163) acrescenta que “culpável é o agente que, sabendo da reprovabilidade ínsita na norma, para atender a uma finalidade, decide livremente violá-la, quando tinha o dever jurídico de agir de modo contrário”.

Ademais, a culpabilidade passou por várias teorias: algumas que diziam que dolo e culpa faziam parte da tipicidade e a culpabilidade era somente em relação ao agente que praticava o crime, sendo que vários autores acreditavam que nunca foi estudado da forma correta essa questão da culpabilidade, isto é, nunca se estudou o agente, o que o levou a praticar determinado fato e sim somente baseavam-se na questão desse mesmo agente ter infringido as leis jurídicas impostas para a sociedade.

Quanto aos antecedentes, que também está presente no artigo 59 do Código Penal, entende-se da seguinte forma:

a palavra *antecedente* designa tudo o que *antecede*, isto é, aquilo que *está antes*, e, em direito penal, permite conhecer a *vita ante acta* do acusado, ou seja, a sua *folha corrida* certificada por servidor judiciário, com base nas informações cartorárias. (BOSCHI, 2013, p. 166) (Grifado no original).

Antigamente comprovava-se que o acusado tinha antecedentes criminais em um processo judicial pelo simples fato do mesmo acusado possuir um inquérito, ou outro processo que ainda estava tramitando ou até mesmo simples boletins de ocorrência.

Felizmente, recentemente o STJ criou a súmula nº 444 que veda que o acusado seja considerado reincidente da forma a qual foi exposta no parágrafo anterior, porém deve haver um cuidado para não confundir os antecedentes com a reincidência, tendo em vista que os antecedentes são aplicados na primeira fase e a reincidência é aplicada na segunda fase da pena, ou seja, na pena provisória.

Ainda, deve haver um cuidado quanto a questão do *ne bis in idem*, que nada

mais é do que aplicação da pena ao acusado tanto utilizando os antecedentes criminais como a reincidência, pois como já dito são coisas distintas e não podem ser cumuladas na dosimetria da pena, tendo em vista que isso acaba prejudicando o acusado.

Destarte, tanto a culpabilidade quanto os antecedentes e as demais circunstâncias presentes no artigo 59 do Código Penal são fatores fundamentais para que o magistrado possa diferenciar cada indivíduo, sendo dessa forma possível aplicar a pena que cada um merece em razão do crime que praticou, e isso proíbe que o magistrado aplique a mesma pena para e da mesma forma.

Já a conduta social, até o ano de 1984, era analisada junto com os antecedentes criminais dos indivíduos, sendo que a partir da Lei 7.209 passou a ter configuração própria. A conduta social nada mais é do que a vida do indivíduo dentro da sociedade, e essa classificação pode ser melhor demonstrada por Boschi (2013, p. 169):

há os colaboradores, os disponíveis, os respeitadores, os omissos, os bons e os maus vizinhos, os sociáveis e os insociáveis, os arrogantes, educados, os mal-educados, os altruístas e os egoístas, os trabalhadores e os vadios, etc.

Então, se a conduta social é algo relacionada a como viver em sociedade, é óbvio que aquele indivíduo que não possui um bom comportamento na sociedade poderá ser conhecido como alguém que possui um grande folha corrida, sendo que, como já dito, irá influenciar na aplicação da pena, por exemplo no caso de tráfico de drogas: sabe-se que aquele que aparentemente possui um vida boa, ou seja, possui um carro bom, uma casa boa e não trabalha, é visto pela sociedade como um vadio é algo que implica na sua conduta social, e isso de uma forma ou de outra chegará até o magistrado na hora de aplicar a pena.

Porém, segundo Boschi (2013, p. 169):

[...] as informações utilizadas para a valoração tanto dos antecedentes, quanto da personalidade, não poderão ser utilizadas para valoração da conduta social, e vice-versa. O princípio que proíbe a dupla valoração da mesma circunstância é impositivo.

Ademais, a questão da valoração quanto a conduta social não pode ser aplicada em razão da sociedade perfeita, ou seja, uma sociedade somente dos homens de bem. Deve ser valorada em relação a sociedade em que o indivíduo vive, as coisas que ele está exposto dia após dia, logo o fato de morar em uma favela que esteja em paz, rodeado de pessoas do bem, não quer dizer que

necessariamente a conduta social seja determinada como ruim, tendo em vista que reside em uma favela e não em um condomínio de luxo na cidade.

Diante disso, a aplicação da pena quando à conduta de quem resida em uma favela como anteriormente citado deverá ser analisada em relação as atitudes do indivíduo como vizinho, sendo que em muitos casos o testemunho desses vizinhos abona a conduta social desse indivíduo, isto é, caso existam depoimentos que digam que ele é uma pessoa bem vista pela sociedade, não terá por que o magistrado elevar sua pena em razão de sua conduta social.

Para que o juiz valore negativamente a conduta social do indivíduo deverá basear-se em provas, sendo que essa questão de ter que possuir provas é exigível em qualquer fase da dosimetria da pena.

Ademais, para provar que o acusado possui antecedentes criminais é necessário uma certidão expedida por um servidor que trabalha no cartório, sendo que para provar a conduta social do acusado basta somente o depoimento de testemunhas, podendo, no entanto, essas testemunhas não falarem a verdade, mas sendo assim Boschi (2013, p. 170) explica o seguinte:

a explicação é simples: as testemunhas depõem sob o compromisso de falar a verdade, e às partes é assegurada a prerrogativa de formular perguntas esclarecedoras em audiência, podendo fazer a qualquer tempo uma contraprova, para eventualmente desbancar a mentira.

Destarte, para que os magistrados possam aplicar a pena ao indivíduo de forma correta, devem estes aplicar a conduta social conforme a realidade de cada um.

Quanto à personalidade do agente, Boschi (2013, p. 171) expõe que:

a personalidade do agente é então muito mais do que singela avaliação que as pessoas fazem um das outras, sendo indiscutível que ela não mais se resume, como propunha Roberto Lyra, naquele conjunto estático, permanente, de elementos hereditários ou atávicos de identificação humana.

A personalidade humana é algo individual de cada um, onde pelo certo deve cada indivíduo ser estudado conforme seu comportamento, como age na sociedade, como é emocionalmente. Por isso não pode nesse caso também o magistrado fixar a pena de forma igual, tendo em vista que ele deve avaliar a personalidade do agente que praticou o fato, não havendo assim nenhuma possibilidade de criar um padrão quando a personalidade dos agentes que praticam crimes.

Ademais, Boschi (2013, p. 172) explica de forma clara o que é a circunstância da personalidade:

explicando melhor, a personalidade não é algo que “nasce” com o indivíduo e que nele se estabiliza. Ela ‘nasce’ com ele e *também* se modifica, continuamente – com variações na intensidade – abrangendo, além das manifestações genéticas, também os traços emocionais e comportamentais, herdados ou continuamente adquiridos, naquele sentido de totalidade que permite a alguém se distinguir de todos os outros indivíduos do planeta. (Grifado no original).

Assim como as outras circunstâncias presentes no artigo 59 do Código Penal, a personalidade é outra coisa que podemos dizer que é “complicado” do magistrado explicar e aplicar na dosimetria da pena, uma vez que pelo certo deveria também ter o indivíduo um acompanhamento psicológico para então proporcionar ao magistrado o mínimo de certeza quanto a personalidade do agente.

Isto é dito, pois sabemos que a personalidade “nasce” com a gente, mas nada impede que ela se transforme em algo melhor ou pior, sendo algo completamente incerto esperar que os filhos sejam tais quais melhores que os pais, sendo que esses mesmos pais não os criará da forma que talvez deveria ser, da forma que talvez seria certa.

Logo, se cada um pode ter sua personalidade seja ela boa ou ruim, e sendo que ao mesmo tempo ela pode se inovar, é algo extremamente chocante ver um juiz fixar uma sentença com base somente naquilo que está descrito no processo crime, ou nos depoimentos de testemunhas, sem sequer haver um acompanhamento especializado para se certificar se seu pensamento à respeito daquele acusado é realmente o correto, se realmente ele age ou é da forma que foi exposto ao magistrado, e é exatamente este pensamento que Boschi (2013, p. 174) acredita:

para ter-se uma ideia mais exata do grau de imprecisão nos diagnósticos, basta registrar que até o ano de 1974 ‘...O DSM previa uma doença mental chamada “homossexualismo”. Sim, ser *gay* era motivo de internação. O verbete acabou excluído por pressão de uma comunidade militante *gay* do EUA. E por estudos que desde os anos 50 mostravam não haver diferenças psicológicas entre heterossexuais e homossexuais. (Grifado no original).

Diante de tudo já apresentado, percebemos que seria melhor se na hora de aplicar a pena o magistrado, ao aplicar a circunstância da personalidade, se declarasse sem condições alguma de fazer um juízo à respeito do indivíduo, para que ele não se equivoque e acabe dando a valoração errada, tendo em vista que, como já dito anteriormente, quase sempre os magistrados baseiam-se somente

naquilo que está diante de seus olhos e não enxergam e não investigam o que existe por trás desse ser.

No tocante à circunstância relativa aos motivos do crime, Aguiar Júnior (2013, p. 75) entende que:

os motivos são os fatores que animaram o agente a praticar o delito, estão ligados à causa da conduta (agiu impelido pelo ódio à vítima) e nada dizem com a finalidade de porventura perseguida (matou para encobrir a autoria de outro delito) podem ser nobres ou vis e, dentro dessa régua de valores, devem ser avaliados, contando ainda a sua intensidade para a determinação da ação.

Os motivos são os elementos que movem o homem, pois não há conduta humana sem qualquer propósito. Toda atuação humana vem atrelada a um motivo, seja boa ou ruim, para, ao final, atingir o objetivo desejado.

Boschi (2013, p. 177) entende que:

[...] não há ação ou omissão humana consciente destituída de finalidade. As pessoas, desde o momento em que acordam, até a hora em que se recolhem para o descanso noturno, exercitam preferências (valorações éticas) e lançam mão de meios materiais para efetivá-las (normação técnica), embora as mais diferentes metas (objetivos) sejam traçadas, dentro ou fora da ética ou da legalidade estrita.

Portanto, os motivos que constituem o crime devem ser analisados com base na capacidade para delinquir ou em motivo particulares, pois são fatores que impulsionam o indivíduo a cometer uma ação ou omissão e praticar um delito, isto é, utiliza dos sentimentos humanos como amor, vingança, ódio, inveja, entre outros, para, assim, praticar a conduta.

Muitas vezes os motivos que levaram ao crime podem figurar como elementares de um tipo penal, como qualificadores de um delito, agravações e atenuações da pena, bem como para aplicação de causas majorantes e minorantes na terceira fase de aplicação.

Nesses casos, Boschi (2013, p. 178) acrescenta relando que:

e por isso que, quando os motivos (e também as circunstâncias ou consequências do crime, como veremos logo a seguir) forem também qualificadoras, agravantes, atenuantes ou causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, jamais poderão influir no processo de valoração das circunstâncias judiciais, em nome do princípio que proíbe a dupla valoração da mesma circunstância.

Assim, caso o julgador reconheça na aplicação da pena-base os motivos

que levaram o agente a praticar o delito e também utilize do mesmo fundamento para reconhecer qualquer causa que agrave a pena do acusado na segunda e terceira fase, estará incorrendo em grave violação a vedação do *bis in idem*, porquanto não pode de forma alguma utilizar um fato para agravar duas vezes a pena do indivíduo.

Por sua vez, as circunstâncias do crime, também uma das circunstâncias judiciais prevista no artigo 59 do Código Penal, dizem respeito:

[...] aos aspectos laterais, periféricos, que circundam o fato propriamente dito e fornecem a este um colorido especial, baseado nos quais o juiz, na primeira fase no método trifásico, poderá graduar mais ou menos intensamente a reprovação pela conduta típica. (BOSCHI, 2013, p. 178).

Segundo Massud (2009), citado por Boschi (2013, p. 178),

[...] são consideradas circunstâncias do crime as condições de tempo, lugar, modo de execução, as características físicas e psicológicas da vítima (excluídas, evidentemente, como já foi dito, aquelas já estabelecidas pelo próprio legislador) e do autor, a eventual relação de um com o outro, o comportamento do autor durante a atividade criminosa. As circunstâncias podem, nesse sentido, revelar maior ou menor covardia, audácia, preparação para o delito – tratando-se de uma ação mambembe e desastrada, de uma organização indigna de maior nota ou, ainda uma atuação meticulosamente organizada – ou de maior potencialidade lesiva.

Portanto, como exemplo, Boschi (2013) diz que o indivíduo que vai à casa onde está ocorrendo um velório, como forma de cair aos prantos pela pessoa conhecida e iludir a família, mas se aproveita da situação de dor e sofrimento que se encontra os familiares pela perda de um ente querido para subtrair objetos da residência, merece, pela forma como a conduta foi praticada, intensa reprovação no momento em que se fixar a pena base pelas circunstâncias do crime, uma vez que demonstra pleno desconhecimento de uma conduta ética dentro da sociedade, e pleno desrespeito ao princípio da solidariedade humana.

Ainda, o mesmo autor complementa expondo outros casos que levariam a circunstâncias negativas:

o indivíduo que pratica um crime violento, disparando repetidas vezes uma arma potente em meio à multidão, gerando perigo para muitas pessoas; o infrator que realiza um furto durante o repouso noturno, aproveitando-se da nula vigilância da vítima e da precária vigilância do Estado, ou, ainda, aquele que usa de equipamentos altamente sofisticados para a prática, em estilo *profissional*, de um assalto à agência bancária, apavorando clientes, destruindo bens públicos, ferindo funcionários, atirando na polícia durante perseguição, etc. (BOSCHI, 2013, p. 179) (Grifado no original).

Por fim, como já mencionado anteriormente, as circunstâncias do crime também podem ocasionar a incidência de alguma circunstância legal (agravantes, atenuantes, qualificadores, majorantes e minorantes). Assim, caso isso aconteça, o magistrado não deverá aplicar também como causa de aumento da pena-base, pois irá violar a regra do *ne bis in idem*, uma vez que as circunstâncias legais são superiores em hierarquia sobre as circunstâncias judiciais.

No que concerne às consequências do crime, Nucci (2013, p. 486) conceitua dizendo que:

[...] constituem o mal causado pelo crime, transcendendo o resultado típico. É lógico que num homicídio, por exemplo, a consequência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma consequência não natural do delito.

No entanto, há de se fazer uma diferenciação entre os elementos que constituem o tipo penal e as consequências do crime como circunstância judicial para aumento da pena-base, isto é, os resultados recorrentes de uma ação tipificada como crime, para ter força de circunstância judicial, devem ser estranhos aos elementos que compõem a tipificação do crime. Como exemplo, cite-se o homicídio simples, previsto no artigo 121 do Código penal. No caso, para o agente incorrer em crime, deve praticar o verbo nuclear previsto na redação do artigo, ou seja, matar alguém.

Caso a vítima morra, é vedado imaginar que esse elemento do tipo penal homicídio simples também possa ser considerado como consequências do crime para fundamentar o aumento da pena-base, pois sem a morte da vítima não existiria *persecutio criminis*. Caso ocorre a situação exposta, o julgador estaria incorrendo em grave *bis in idem*, o qual é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Aliás, Boschi (2013) também entende que considerar a gravidade da infração como causa para a exasperação da pena-base pelas consequências do crime incorre em erro técnico, porque essa gravidade já integra o objeto das considerações do legislador no momento da tipificação e da fixação da pena mínima e máxima para o crime.

Por fim, Boschi (2013, p. 180) sintetiza dizendo que:

as consequências do crime suscetíveis de serem apreciadas na fase da

individualização da pena-base são apenas aquelas situadas *para além da tipicidade* e que não tenham ligação ou se confundam com as circunstâncias legais agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes, sendo bons exemplos a constatação pelo juiz de numerosa prole deixada sem assistência pela vítima do assassinato, ou os elevados custos patrimoniais suportados pela vítima com tratamento médico especializado para superar os traumas físicos ou psicológicos de crime violento. (Grifado no original).

Para finalizar as circunstâncias judiciais em espécie, previstas no artigo 59, caput, do Código Penal, cabe agora analisar o comportamento da vítima, o qual passou a ter status de circunstância judicial pela Lei 7.209/84.

Para exemplificar o conceito do referido instituto, Boschi (2013, p. 180) diz que:

quem, certa hora da noite, em local de pouca movimentação de pedestres e frequentado por ladrões habituais, consciente dessa situação, tira, repetidamente do bolso, conta e guarda um maço de dinheiro, provavelmente será assaltado por estar criando um 'ambiente' favorável para o assalto. (Grifado no original).

No entanto, o objetivo da nova circunstância não é reprovar o comportamento da vítima, pois, segundo Galvão (1995), citado por Boschi (2013, p. 180):

todos os indivíduos são livres para desenvolver suas potencialidades, bem como para fazer, nos limites da lei, qualquer uso de seus bens patrimoniais. Juridicamente, não se pode reprovar a conduta do proprietário que deixa a porta de sua casa aberta.

O juiz, portanto, deve analisar a circunstância do comportamento da vítima com muita cautela, pois não é qualquer ato praticado pela vítima que ocasionará menor reprovação penal para o infrator, como é o exemplo de viajar sem baixar as persianas, mas sim valorar negativamente quando, segundo Galvão (1995), citado por Boschi (2013, p. 181), “o comportamento da vítima resultar em especial fato de estímulo à prática delitiva, o julgador deve considera-lo para minorar a resposta penal ao autor do fato punível”.

Assim, conclui Boschi (2013, p. 181) que:

[...] quando a vítima instiga, provoca, desafia, cria ou estimula a animosidade, a situação e o perigo, ela, intencionalmente o não, acaba contribuindo por enfraquecer a disposição do agente de viver em conformidade com as normas jurídicas. Desse modo, o infrator, pela conduta que realizar, deverá ser beneficiado com menor reprovação penal, o que indica que o comportamento da vítima guarda intensa proximidade com um dos elementos da culpabilidade: a exigibilidade de outra conduta.

Concluída a primeira fase da dosimetria da pena, passaremos agora a

analisar no que consiste a segunda fase, chamada também de pena provisória, a qual possui grande relevância para o tema principal do estudo.

3.2 Da pena provisória

A segunda fase de aplicação de pena tem por fim aumentar ou diminuir a pena-base fixada pelas circunstâncias judiciais em razão da existência de agravantes ou atenuantes.

Para Boschi (2013, p. 198), as agravantes e atenuantes

[...] são classificadas em subjetivas e objetivas porque ora se reportam ao elemento subjetivo do injusto (p.ex.: a prática do crime por motivo fútil ou para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime – art. 61, II, 'b' – ou por motivo de relevante valor social ou moral), ora ao efetivo conteúdo do injusto (p.ex.: a prática de crime mediante traição, contra criança, velho ou enfermo ou com o uso de veneno, fogo ou explosivo), ora expressam considerações político-criminais, como pode-se ver nas atenuantes da reparação do dano e da confissão espontânea (art. 65, III, 'b' e 'd').

Em nenhuma hipótese as agravantes e atenuantes podem ser confundidas com qualificadoras, majorantes ou minorantes, pois exercem funções completamente diferentes.

As qualificadoras qualificam o crime, tornando-o mais grave, ou seja, formam crimes derivados e, portanto, estão apenas expressas na parte especial do Código. Já as majorantes e minorantes são utilizadas na terceira fase do sistema trifásico, as quais serão abordadas mais à frente.

As atenuantes e agravantes não possuem uma quantidade exata a ser aumentada ou diminuída na pena como ocorre nas causas de aumento ou diminuição, ficando a critério do julgador.

Segundo Boschi (2013), as atenuantes e agravantes são circunstâncias legais, genéricas, taxativas e obrigatórias. São legais porque dependem de previsão legal, ou seja, devem estar expressamente na lei. Genéricas porque se aplicam a todas as condutas tipificadas como crime. Taxativas porque, em decorrência do princípio da legalidade, não comportam “analogia, ampliação ou extensão” (BOSCHI, 2013, p. 199).

Por último, as agravantes e atenuantes são obrigatórias porque devem ser sempre aplicadas em uma sentença, não podendo o julgador ignorá-las, “salvo quando, relativamente às primeiras, constituírem ou qualificarem o crime (art. 61 do

CP), haja vista a proibição ditada pelo princípio do *ne bis in idem*” (BOSCHI, 2013, p. 200).

Conforme entendimento majoritário, as agravantes e atenuantes não podem ser utilizadas para aumentar ou diminuir a pena além da prevista em abstrata para o delito. Porém, isso será estudado mais à frente.

Finalmente, como forma de aprofundar o estudo, serão abordadas as espécies de agravantes e atenuantes em nosso sistema penal, mas de forma seletiva (apenas as previstas nos artigos 61 e 65 do Código Penal).

3.2.1 Das espécies de agravantes

3.2.1.1 A reincidência

Para fins de conceituação da reincidência, importante transcrever o artigo 63 do Código Penal, e o artigo 7º do Decreto-Lei nº 3.688/1941:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

Como combinação desses artigos, Boschi (2013, p. 201) entende que:

[...] será reincidente: quem for condenado em sentença definitiva, por crime, no país ou no estrangeiro, e vier a praticar novo crime (art. 63 CP); aquele que, nas mesmas condições, for condenado definitivamente por crime, no país ou no estrangeiro, e vier a praticar, no Brasil, uma contravenção; aquele que, do mesmo modo, no Brasil, for condenado definitivamente por contravenção e vier a cometer nova contravenção (art. 7º da LCP).

O agente que é condenado por um crime e volta a cometer novos delitos estará demonstrando, com sua nova conduta, que a pena aplicada anterior se mostrou insuficiente para reeduca-lo ou intimidá-lo, de modo que deve haver, portanto, um agravamento no cumprimento de sua pena.

Assim, com o objetivo de piorar a situação penal do réu, a reincidência tende a gerar diversos pontos negativos, como o prazo maior para concessão de livramento condicional, a impossibilidade de substituir a pena privativa de liberdade

por restritivas de direito, para fixar regime de cumprimento de pena mais gravoso, entre outras.

A reincidência, no entanto, segundo Boschi (2013, p. 205), não poderá, simultaneamente, servir de antecedentes para a exasperação da pena base, sob pena de *bis in idem*.

A súmula nº 241 do Superior Tribunal de Justiça é clara nesse sentido: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Por fim, cabe informar que os efeitos da reincidência não são eternos, pois o artigo 64 do Código Penal dispõe que não é considerado reincidente aquele indivíduo que cometer novo delito após decorrer 5 anos da data do cumprimento da pena ou extinção da pena, incluído o período de prova de suspensão ou livramento condicional.

Ademais, segundo Boschi (2013, p. 207), “os crimes propriamente militares, bem como os crimes políticos, acham-se excluídos dos efeitos da reincidência”.

3.2.1.2 Do motivo fútil ou torpe

O motivo fútil caracteriza-se pela conduta desproporcional do agente em decorrência de um fato insignificante, por exemplo, “[...] de recusa em fornecer carona ou decorrente do fato de a vítima pertencer a outro grupo de pessoas que não o do réu [...]” (BOSCHI, 2013, p. 208).

Dotti (2012, p. 625) complementa dizendo que o motivo fútil ocorre

[...] quando insignificante, frívolo ou leviano em relação ao fato delituoso praticado. O sujeito que agride fisicamente alguém, pelo simples fato de ostentar valentia perante seus amigos, comete o crime de lesão corporal com essa agravante.

Já o motivo torpe acontece

[...] quando se mostra repugnante, abjeto, ofendendo, gravemente à moralidade média ou aos princípios éticos dominantes em determinado meio social. É praticado por motivo torpe, por exemplo, o crime de omissão de socorro quando o policial deixa de socorrer a vítima acidentada para se vingar de uma ofensa do passado. (DOTTI, 2012, p. 625).

Portanto, como forma de exemplo, caracteriza-se a presente agravante quando um indivíduo mata uma pessoa por não ter lhe emprestado um objeto ou,

então, por matar o filho para vingar-se da esposa.

3.2.1.3 A facilitação para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime

Conforme ensina Capez (2012), para a caracterização dessa agravante deve ocorrer conexão entre os crimes, podendo ser teleológica, que é entendida quando o crime é praticado para assegurar a execução do outro, ou consequencial, que ocorre quando o crime é praticado em consequência do outro, planejando assegurar a ocultação, impunidade ou vantagem.

3.2.1.4 Da traição, emboscada, dissimulação ou qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido

A traição e a emboscada, segundo Dotti (2012), são situações em que o criminoso se utiliza do ataque por trás ou se esconde para atacar, a fim de facilitar a consumação ou execução do delito, surpreendendo a vítima.

Já a dissimulação ocorre quando o infrator esconde sua vontade ilícita pelo engano ou astúcia, a fim de neutralizar qualquer resistência por parte da vítima.

Por fim, a expressão “outro recurso” é empregada de forma genérica, “[...] cujo significado se extrai por meio da interpretação analógica” (CAPEZ, 2012, p. 494).

3.2.1.5 Com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum

O veneno, para o direito penal, e segundo Dotti (2012), é toda e qualquer substância que, quando introduzida no organismo, é capaz de gerar perigo de vida ou dano à vida ou à saúde, através de ação química, biológica ou mecânica. O fogo é a queima de materiais inflamáveis, como a madeira, o carvão e o álcool, que provoque queimaduras na vítima. O explosivo “[...] é toda substância inflamável que possa produzir explosão, estouro, detonação” (CAPEZ, 2012, p. 494). A tortura é a utilização de meios para ocasionar sofrimento físico ou moral na vítima.

Já o meio insidioso é uma expressão genérica que abarca qualquer meio utilizado que se inicia ou progride uma conduta criminosa sem que a vítima perceba,

cujos sinais somente aparecerão quando já estiver em estágio avançado. Por fim, o meio cruel incide em qualquer conduta que revele maior sofrimento à vítima ou quando o crime for cometido de forma brutal.

3.2.1.6 Contra ascendente, descendente, cônjuge ou irmão

Segundo entendimento de Boschi (2013, p. 214):

a agravante em questão tem por fim reprovar a quebra das relações de confiança, solidariedade, fraternidade, respeito e apoio mútuo, ou seja, dos valores que presidem a vida em família, a célula mater da sociedade, constituída pelos avós, pais, filhos, cônjuges e irmãos. Como pode-se ver, a lei não limita os graus entre os ascendentes e os descendentes.

Ademais, Boschi (2013) também relata a impossibilidade de reconhecimento da referida agravante nas relações de afinidade, ou seja, nos casos de pais de criação ou quando exerce a guarda do infrator. Por fim, cabe ressaltar que a agravante também não se aplica às relações de união estável, ainda que seja garantida pela Constituição Federal.

3.2.1.7 Abuso de autoridade ou prevalência de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade

A presente agravante fundamenta-se “[...] no fato de o agente transformar em agressão, no curso de relacionamento privado, o que cumpria ser fraternidade e assistência” (BOSCHI, 2013, p. 215).

O abuso de autoridade no presente caso não pode ser confundido com a elementar do crime de abuso de autoridade, pois rege-se pelas relações privadas, ou seja, pai com filhos, tutor com seu tutelado e curador com o inimputável.

Por fim, “há abuso das relações domésticas, quando o autor do fato, por gozar de maior liberdade de movimentação pela casa, se aproveita dessa vantagem para subjugar a vítima” (BOSCHI, 2013, p. 215).

3.2.1.8 Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão

Como ensina Boschi (2013, p. 216), a presente agravante incide àqueles

casos em que “[...] há um desvio por parte de quem está obrigado a um respeito maior à lei, violando-a quando no exercício do cargo, do ofício, do ministério ou da profissão”.

O cargo deve ser público, podendo ser tanto efetivo como comissionado. O ofício “[...] é a atividade pública autorizada a quem não detém cargo público, como a dos leiloeiros autorizados” (BOSCHI, 2013, p. 216).

Já o ministério “[...] refere-se a atividades religiosas. A profissão diz respeito a qualquer atividade exercida por alguém, como meio de vida” (CAPEZ, 2012, p. 495).

3.2.1.9 Contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida

O artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança a pessoa até os 12 anos de idade incompletos. Essa agravante não se aplica ao crime de abandono material e crimes contra a liberdade sexual quando a idade é elementar do tipo penal, e sua incidência acarretaria violação ao *bis in idem*.

Antes do advento da Lei n. 10.741 (estatuto do idoso), o artigo 61 do Código penal utilizada a palavra “velho” para aplicação da referida agravante, fato este que acarretava grande divergência doutrinária e jurisprudencial. A partir da vigência da referida lei, o termo “velho” deixou de existir e deu lugar à expressão “maior de 60 anos”.

Segundo Capez (2012, p. 496), “enfermo é a pessoa doente, que tem reduzida sua condição de defesa. Consideram-se o cego e o paraplégico como tal. A circunstância ‘mulher grávida’ foi acrescentada pela Lei n. 9.318/96”.

3.2.1.10 Quando o ofendido estava sob proteção da autoridade

Conforme Boschi (2013), a presente agravante visa ocasionar aumento de pena para aquele indivíduo que pratica crime contra alguém que está sob a vigilância de autoridade pública.

Assim, o infrator “[...] é o particular, e não a autoridade pública (ex. invadir a Delegacia e lesionar o estuprador da filha que lá se encontra regularmente detido, prestando depoimento)” (BOSCHI, 2013, p. 219).

Nesse caso, para configuração da agravante, o agente deve cometer o crime quando a vítima estava sob a proteção de alguma autoridade, seja dentro do carro

de um policial indo à caminho da Delegacia, seja prestando depoimento para o delegado responsável.

3.2.1.11 Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou de desgraça particular do ofendido

A presente agravante existe para punir o indivíduo que se aproveita de situações de calamidade pública, como terremotos, tornados, temporais, para praticar crimes, revelando, assim, “[...] profunda insensibilidade moral e ausência de solidariedade humana, merecendo, portanto, mais intensidade na reação estatal” (BOSCHI, 2013, p. 219).

3.2.1.12 Em estado de embriaguez preordenada

Em nosso sistema penal, a embriaguez pode isentar o réu de pena (art. 28, §1, do CP), ocasionar a redução da pena (art. 28, §2, do CP), ou acrescer a pena aplicada por meio da referida agravante.

Segundo Dotti (2012, p. 630):

a reprovabilidade da conduta é mais acentuada quando o sujeito se coloca, pela embriaguez, em estado de incapacidade de entender e de querer ou em situação de encorajamento para vencer barreiras exteriores ou as resistências psicológicas contra o delito.

3.2.2 Espécies de atenuantes

3.2.2.1 Ser menor de 21 anos, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença

A menoridade trata-se da circunstância atenuante mais importante, pois prevalece sobre as demais. O agente deve ser menor de idade na data do fato, uma vez que o artigo 4º do Código Penal adotou a teria da atividade.

Segundo Capez (2012), a menoridade somente pode ser comprovada mediante certidão de nascimento. No entanto, a jurisprudência vem admitindo outras formas, como a identidade e a data de nascimento na folha de antecedentes.

Por fim, o julgador é obrigado a considerar a referida atenuante, caso se

aplique ao caso, sob pena de nulidade da sentença.

No que se refere à maioria, Capez (2012, p. 499) diz que a “[...] data da sentença é a data em que esta é publicada pelo juiz em cartório”. Ainda, complementa dizendo que “a expressão sentença é empregada em sentido amplo, compreendendo as sentenças de primeira instância e os acórdãos” (CAPEZ, 2012, p. 499).

Enfim, a decisão judicial que desconsidera essa circunstância na individualização da pena também é considerada nula.

3.2.2.2 Do desconhecimento da lei

Na seara penal a ignorância, o desconhecimento da lei não isenta o agente de pena.

O artigo 21 do Código Penal determina que “o desconhecimento da lei é inescusável”. No entanto, o mesmo dispositivo viabiliza de uma excludente de culpabilidade pelo erro de proibição, se inevitável, isenta o agente de pena. Se evitável, caracteriza uma minorante que acarreta a diminuição da pena de um sexto a um terço na terceira fase de aplicação de pena.

Por fim, Dotti (2012, p. 634) relata que:

em se tratando de contravenção penal, a ignorância ou a errada compreensão da lei, quando escusáveis, autorizam o perdão judicial (LCP, art. 8.º). Em se tratando de crime, se não houver isenção de pena (erro inevitável), o agente será beneficiado com a atenuante.

3.2.2.3 Do relevante valor social ou moral da conduta

Como já abordado anteriormente, nenhuma conduta humana é desprovida de motivos. O motivo é que leva a aplicação de circunstâncias judiciais ou legais, isto é, se a pena vai ser aumentada ou diminuída.

Segundo Boschi (2013, p. 226-227):

os motivos, para determinarem, como atenuantes genéricas, a redução da pena-base, precisam ser *social* ou *moralmente relevantes*, vale dizer, assentados no interesse público ou privado *mas orientados por sentimentos coletivos* nobres, altruístas, conforme o entendimento da moral média do lugar do fato [...]. (Grifado no original).

São exemplos de motivos sociais ou morais “os inspirados no amor à pátria,

na honra, na liberdade, na maternidade, na família, na segurança coletiva, na solidariedade e fraternidade, etc” (BOSCHI, 2013, p. 227).

3.2.2.4 Ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano

Essa modalidade de atenuante não pode ser confundida com o instituto de desistência voluntária, pois, segundo Boschi (2013, p 228),

[...] enquanto as atenuantes funcionam como causa para a redução da pena-base, a *desistência voluntária* disciplina a punibilidade propriamente dita daquele que toma a decisão de *interromper o inter criminis*, isto é, de voltar atrás, de retroceder, de evitar o resultado e que, por isso mesmo, responderá só pelos *atos praticados*. (Grifado no original).

Também não pode ser confundida com o arrependimento posterior, previsto no artigo 16 do Código Penal, pois se trata de uma minorante aplicável na terceira fase da dosimetria, e pressupões a “[...] voluntária reparação do dano ou devolução da coisa, até o momento assinalado pelo juiz para o recebimento da inicial acusatória (art. 395 do CPP)” (BOSCHI, 2013, p.229).

Para caracterizar a atenuante por minorar ou evitar as consequências depende das seguintes condições: “[...] a) que a atitude ocorra logo após a prática da infração; b) que seja *espontânea*, vale dizer, oriunda da própria deliberação do infrator; c) que seja *eficiente*, i.e., eficaz para produzir o resultado pretendido” (DOTTI, 2012, p. 634).

Por fim, a reparação do dano ocorre quando o agente, voluntariamente e antes da sentença condenatória, sem necessariamente ser espontânea, reparar o dano da vítima efetivamente.

3.2.2.5 Da coação resistível, do cumprimento de ordem de autoridade superior e pela influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima

Coação resistível, para Capez (2012, p. 500), “[...] é o constrangimento vencível, que não isenta da responsabilidade penal, mas, mesmo assim, funciona como atenuante genérica [...]”. A coação irresistível, por sua vez, isenta o agente de pena, pois trata-se de excludente de culpabilidade.

A obediência a ordem superior, quando não for ilegal, isenta o agente de pena, pois constitui excludente de culpabilidade (art. 22 do Código Penal). Quando em cumprimento de ordem ilegal, caracteriza a aplicação de atenuação da pena, vez que não deixa de “constituir uma causa de redução da liberdade individual, razão pela qual a pena deverá ser mais branda” (DOTTI, 2012, p. 636).

Por fim, a terceira hipótese de atenuação consiste na emoção, a qual, segundo Boschi (2013, p. 232):

[...] não exclui a imputabilidade penal. Quando o agente, provocado por ato injusto da vítima, agir sob influência desta, abrandará a pena, no exemplo da professora que, provocada pelo comportamento do aluno, o agride levemente.

3.2.2.6 Confissão espontânea da autoria do crime perante autoridade

A confissão espontânea, para Capez (2012, p. 501), “[...] é considerada um serviço à justiça, uma vez que simplifica a instrução criminal e confere ao julgador a certeza moral de uma condenação justa”.

Ela pode ser prestada judicial ou extrajudicialmente, mas deve ser perante autoridade policial ou judicial. Ocorre que somente será reconhecida a atenuante extrajudicialmente (perante autoridade policial) quando for confirmada em juízo. Assim, caso o acusado negue a autoria delitiva em seu interrogatório, a atenuante estará afastada.

Ainda, não configura a atenuação da pena quando se tratar de confissão qualificada, ou seja, o agente assume a autoria, porém, conforme Capez (2012, p. 501), alega “[...] ter agido acobertado por uma excludente da ilicitude (confessa ter matado em legítima defesa [...])”. Nesse caso, o agente não colabora para a elucidação da autoria.

3.2.2.7 Cometer o crime sob influência de multidão em tumulto, se não o provocou

Essa atenuante somente poderá ser reconhecida e aplicada quando o tumulto não for praticado pelo agente. Como exemplo, Dotti (2012) cita as torcidas organizadas que frequentam estádios de futebol, sejam agressões morais ou físicas praticadas por jogadores e espectadores.

3.3 Da pena definitiva

A terceira fase da dosimetria tem como objetivo fixar a pena definitiva, pois aqui serão consideradas as causas especiais de aumento (majorantes) e diminuição (minorantes) da pena. Estão previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal.

Essas causas, para serem reconhecidas, devem atender dois requisitos básicos. As majorantes devem sempre estar previstas no corpo da denúncia, queixa ou aditamento, pois o juízo criminal não pode condenar o acusado além da causa de pedir. Esse requisito não se aplica às minorantes, porque podem ser reconhecidas a qualquer momento, inclusive de ofício pelo juízo.

O segundo, extensível apenas às minorantes, segundo Boschi (2013, p. 250),

[...] diz com a imprescindibilidade de existência de lastro probatório nos autos do processo sobre os fatos que as constituam, haja vista o velho provérbio cunhado pelos clássicos de que 'o que não está nos autos não está no mundo'. (Grifado no original).

Importante não confundir causas especiais de aumento com qualificadoras. As majorantes incrementam a pena provisória, e as qualificadoras, segundo Boschi (2013, p. 251), “[...] formam tipos novos, sempre cominando pena privativa de liberdade em margens novas e mais graves que as cominadas nos tipos dos quais derivam”.

No que se refere à base de cálculo e ordem de incidência das causas legais, ensina Aguiar Júnior (1994), citado por Boschi (2013, p. 252), que

o cálculo da primeira modificação é feito sobre a pena até ali encontrada, que tanto pode ser a pena-base (se não houver agravantes ou atenuantes) como a pena provisória. Havendo uma segunda causa de aumento ou de diminuição, o cálculo é feito sobre a última pena, já alterada por influência da anterior causa de aumento ou de diminuição. Assim, se a pena-base é de dois anos, com a agravante, a pena provisória passou para dois anos e seis meses (trinta meses), a causa de aumento de um terço elevou-a para quarenta meses, e a causa de diminuição de metade a trouxe para vinte meses (isto é, metade da última pena até ali encontrada. Se houvesse uma nova causa e diminuição, deveria ser calculada sobre os últimos vinte meses. Este é o sistema de *casata*, que leva em conta sempre a última pena encontrada. (Grifado no original).

Por fim, importante informar que, em razão das majorantes e minorantes incidirem sobre a última operação aritmética realizada, pode ocorrer da pena definitiva ser fixada abaixo ou além da pena em abstrato tipificada para o delito, “[...]”

sem que isso represente ofensa ao princípio da legalidade (art. 5º, inc. XXXIX) porque a hipótese (vedada na segunda fase) atine com a funcionalidade do método trifásico (art. 68 do CP)” (BOSCHI, 2013, p. 253).

4. DA (IM)POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL DIANTE DA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE

4.1 Do sistema bifásico e trifásico

O sistema trifásico adotado pela reforma de 1984 da parte geral do Código Penal decorreu de histórica polêmica entre dois dos grandes penalistas brasileiros: Nelson Hungria e Roberto Lyra.

O sistema bifásico, adotado por Roberto Lyra, acompanhado de outros juristas, decorria da ideia de que as circunstâncias judiciais, agravantes e atuantes deveriam ser reconhecidas e aplicadas em uma mesma fase da dosimetria da pena que, isto é,

apreciando em conjunto a realidade, segundo os critérios gerais do art. 42 e atendidas sempre as situações dos arts. 44 e 48 (no caso de concurso de pessoas atua, também, o art. 45, o juiz estabelecerá a pena-base, sobre a qual incidirá o aumento ou a diminuição especificados quer na Parte Geral, quer na Parte Especial (art. 50 e seus §§) e a diminuição prevista no art. 6º. O art. 49 indica o caminho ascendente ou descendente que o juiz deve seguir entre o máximo e o mínimo específicos. (LYRA, 1958, p. 202)

Ainda que o entendimento majoritário até a reforma de 1984 era de Roberto Lyra, o atual Código Penal adotou o sistema trifásico, defendido por Nelson Hungria, que, como já vimos, tem como principal diferença do sistema bifásico a análise exclusiva das circunstâncias judiciais e legais, isto é, primeiro fixa-se a pena-base pelas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código penal e, em seguida, incidem as atenuantes e agravantes e, por último, as causas de aumento e diminuição da pena.

O mais importante argumento utilizado para adotar o sistema trifásico de aplicação de pena defendido por Hungria era no sentido de dar maior transparência no processo de fixação da pena. Segundo Nucci (2007, p. 166), o sistema trifásico

[...] é o mais adequado para as partes conhecerem exatamente o que pensa o juiz no momento de aplicar a pena. [...] havendo a separação em três fases distintas, com a necessária fundamentação para cada uma delas, torna-se mais clara a fixação da sanção pena.

O motivo de se iniciar a discussão sobre o tema expondo sintaticamente a diferença entre o sistema bifásico e trifásico decorre do principal argumento utilizado pelos doutrinadores para possibilitar a redução para além do mínimo legal: a inexistência de vedação legal.

4.2 Dos entendimentos favoráveis e desfavoráveis sobre o tema

Como forma de facilitar a exposição do trabalho, optou-se pela divisão dos entendimentos favoráveis e desfavoráveis sobre a redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria da pena, abarcando tanto os entendimentos decorrentes de norma infraconstitucional quanto relacionado a matéria constitucional. Por final, serão abordados posicionamentos novos e não tão recorrentes pela doutrina.

4.2.1 Posicionamentos Favoráveis

Ainda que a jurisprudência seja maciça ao afirmar que não deve ocorrer a atenuação da pena para além do mínimo legal, diante da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, existem diversos doutrinadores que entendem de forma totalmente diversa, pois alegam não existir qualquer norma vigente capaz de impedir o reconhecimento e aplicação de uma atenuante para fins de reduzir a pena-base abaixo do mínimo legal.

Isso ocorre, na verdade, pelo motivo do sistema de aplicação de pena ter mudado para o sistema trifásico com o advento da reforma de 1984, que alterou a parte geral do Código Penal.

A redação do artigo 42 do Código Penal antes da reforma trazia:

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.

Após a reforma, o artigo citado passou a estar no art. 59 do Código Penal, não mais abarcando as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes em uma mesma fase de aplicação. Assim, o legislador acabou afastando a aplicação das circunstâncias judiciais em conjunto com as atenuantes e agravantes, que anteriormente eram analisadas em conjunto, e criou uma segunda fase de aplicação, totalizando três fases.

Nesse sentido, Mirabete (2007, p. 319) diz que:

diante da redação dada ao Código pela Lei 7.209, porém, pode-se defender

solução diversa, com a conclusão de que é possível a violação dos limites máximo e mínimo da pena aplicável na hipótese de reconhecimento de agravantes ou atenuantes, respectivamente. Enquanto para a fixação da 'pena-base' se determina que devem ser obedecidos os 'limites previstos' da pena aplicável (art. 59, inciso II), o art. 68 não apresenta essa restrição ao dispor que, após essa fixação, 'serão consideradas circunstâncias atenuantes e agravantes, liberando-se o julgador para a aplicação da pena superior ao máximo ou inferior ao mínimo. Tal interpretação não era possível durante a lei anterior, visto que se entendia serem consideradas na fixação da 'pena-base' as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes. (Grifado no original).

Roig (2015, p. 208) complementa dizendo que:

a presente súmula se alicerça na arraigada concepção, sustentada por Roberto Lyra e inculcada ao longo de toda a vigência do texto original da parte geral do Código Penal de 1940, no sentido de que deveriam ser consideradas na fixação da pena-base as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes. Paradoxalmente, a despeito da prevalência do método trifásico de Hungria na reforma da parte geral do Código Penal de 1984, a associação entre pena-base e circunstâncias atenuantes e agravantes ainda se mostra presente quando se trata de enfrentar a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal por incidência de circunstância atenuante.

Essa vedação de redução quando a pena-base já se encontra no mínimo legal também é fruto, para Bittencourt (2010), de uma interpretação analógica desautorizada do que constava na redação original do art. 48 do Código Penal, a qual não foi repetida na reforma de 1984. Esse dispositivo, na verdade, disciplinava uma causa especial de diminuição de pena (quando o agente quis participar de crime menos grave) que vedava a possibilidade da pena ser diminuída além do mínimo legal para o crime. Desse dispositivo surgiu (após a revogação) o entendimento de que o disposto ali se estendia às circunstâncias atenuantes, o que não é verdade.

A inexistência de uma norma expressa que vede a concessão da atenuação da pena é um dos principais argumentos de doutrinadores que defendem que a revisão do enunciado da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça é medida que se impõe. Para Bittencourt (2012, p. 680):

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.

Santos (2014), por sua vez, sustenta a ideia, ainda que minoritária, de que a redução da pena aquém do mínimo legal é totalmente permitida em nosso sistema penal por duas razões simples. A primeira em razão da inexistência de qualquer vedação a esse respeito, vez que “o princípio da legalidade garante a liberdade do indivíduo contra o poder punitivo do Estado – e não o poder punitivo do Estado contra a liberdade do indivíduo” (SANTOS, 2014, p. 563).

Para Santos (2014, p. 563), o segundo argumento diz respeito à quebra da igualdade legal, citando como exemplo um caso de concurso de pessoas, do qual um dos réus é menor de idade. Nesse caso, sendo a pena-base fixada em seu mínimo cominado para ambos, o possuidor da atenuante da menoridade está prejudicado pela fixação da pena no mínimo legal. Concluindo o raciocínio, os

[...] direitos definidos em lei não podem ser suprimidos por aplicação *invertida* do princípio da legalidade. Aliás, 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. (SANTOS, 2014, p. 564) (Grifado no original).

Em complementação ao argumento que inexiste em nosso ordenamento norma capaz de proibir a diminuição da pena para o mínimo legal, diversos doutrinadores sustentam que a proibição da redução pela súmula 231 do STJ infringe o princípio da legalidade, porquanto a própria redação do art. 65 do Código penal possibilita tal situação ao utilizar a expressão “sempre”. Assim, passo a citar alguns dos doutrinadores que defendem esse posicionamento.

Bittencourt (2012, p. 675) afirma que:

o entendimento contrário à redução da pena para aquém do mínimo cominado partia de uma interpretação equivocada, que a dicção do atual art. 65 do Código Penal não autoriza. Com efeito, esse dispositivo determina que as circunstâncias atenuantes ‘sempre atenuam a pena’, independentemente de já se encontrar no mínimo cominado. A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua obrigatoriedade, e eventual interpretação diversa viola não apenas o princípio da individualização da pena (tanto no plano legislativo quanto judicial) como também o princípio da legalidade estrita.

Da mesma forma, Grego (2015, p. 630) também defende a ideia de que o legislador, na nova redação, possibilitou a redução para aquém do mínimo legal:

[...] é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona 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 da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo? (Grifado no original).

Essa discussão não é meramente acadêmica, pois possui grande relevância no contexto social. Como forma de demonstrar a tamanha importância do reconhecimento e aplicação de uma atenuante para fixação da pena abaixo do mínimo legal, Greco (2015, p. 630) cita em sua obra um exemplo:

suponhamos que o agente, menor de 21 anos à época dos fatos, tenha praticado um delito de furto simples. O juiz, após analisar individualmente todas as circunstâncias judiciais, decide aplicar a pena-base em seu mínimo legal, vale dizer, um ano de reclusão. No segundo momento, verifica que nos autos foi comprovada a sua menoridade por intermédio de documento próprio e que não existem circunstâncias agravantes. Para a maioria de nossos doutrinadores, como também para o STJ, a pena-base não poderia ser reduzida aquém do seu mínimo, devendo, em flagrante desrespeito ao art. 65 do Código Penal, ser desprezada a circunstância atenuante prevista no inciso I, do mencionado artigo.

Greco (2015) continua expondo o exemplo citado dizendo que se a pena fosse aplicada conforme determina a lei, ou seja, reduzindo a pena independentemente de ser fixada no mínimo cominado na primeira fase, seria menor que um ano. Disso decorreria na diminuição do prazo prescricional, conforme o artigo 109, VI, do Código Penal, prescrevendo o crime em 3 anos. Ainda, sendo menor de 21 anos, nos termos do artigo 115 do Código Penal, o prazo prescricional deve ser reduzido pela metade, isto é, apenas um ano e meio, o qual dificilmente não ocorreria entre os marcos interruptivos.

Túlio Vianna (2002, p. 65) relata que a leitura do art. 65 do Código Penal, por si só, esclarece a dúvida:

'são circunstancias que sempre atenuam a pena: [...]'. Ora, se o legislador usou o adjunto adverbial "sempre" é porque queria deixar claro que em toda e qualquer hipótese dever-se-á aplicar a atenuante. Caso contrário teria usado a expressão "sempre que possível". Evidentemente a redução da pena por meio da atenuante não é ilimitada, pois, do contrário, estar-se-ia admitindo que o magistrado poderia fixar uma pena de um dia de prisão. O limite da redução é fixado em 2/3 (dois terços), por analogia com a maior causa de diminuição de pena do Código Penal (tentativa). Alegar, no entanto, que por não ter o legislador fixado expressamente este limite, simplesmente não se pode diminuir a pena abaixo do piso legal, é negar vigência a lei federal que é expressa ao usar o advérbio "sempre", ferindo diretamente a Constituição Federal no seu princípio de individualização das penas. (Grifado no original).

Para Roig (2015), a diminuição da pena para aquém do mínimo legal também deveria levar em conta os princípios da lealdade e da boa-fé objetiva, pois possuem grande relevância no contexto penal e estão presentes para fundamentar a relação entre o Estado e o indivíduo,

[...] exigindo do aplicador a manutenção da promessa legal de que a pena *sempre* seria abrandada quando estivesse presente uma atenuante do art 65 do CP. Note-se que o cumprimento da promessa legal de arrefecimento da pena não advém somente da aplicabilidade dos axiomas da lealdade e da boa-fé objetiva ao Direito Penal, mas da própria atribuição de máxima efetividade redutora à reprimenda, que encontra na Constituição seu verdadeiro fundamento de validade. (ROIG, 2015, p. 210) (Grifado no original).

Outro doutrinador que corrobora o entendimento que o julgador deve observar o princípio da lealdade no momento de aplicação da pena é Aguiar Júnior, mas restringe apenas à atenuante de confissão espontânea do indivíduo, prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal.

feita a advertência pelo juiz, no interrogatório, de que a confissão espontânea será causa da atenuação da sua pena, o fato de o réu confessar a autoria do delito e assim fornecer elemento para a sua condenação (que poderia não acontecer à falta de outras provas) cria uma situação irreversível, a exigir do juiz – que usou da confissão para fundamentar a condenação – manter a promessa feita pela lei de que *sempre* seria atenuada a pena do réu que confessasse espontaneamente a autoria do delito. O princípio da boa-fé objetiva, que preside o sistema jurídico e exige de todos um comportamento leal, aplica-se também no âmbito do Direito Penal, a regular as relações do Estado com o réu no processo. (AGUIAR JÚNIOR, 2013, p. 101) (Grifado no original).

Assim, a não aplicação de uma atenuante pelo motivo da pena-base já estar no mínimo legal inviabiliza um direito do sentenciado. A interpretação contrária à diminuição, segundo Greco (2015), faz com que alguns juízes aumentem um pouco a pena-base para, na segunda fase da dosimetria, vir a diminuí-la, o que viola ainda mais o espírito da lei. Nesse caso, Greco (2015, p. 631) relata que:

essa ‘boa vontade’ em aplicar a circunstância atenuante nada mais é do que uma forma de burlar a lei. Se o réu tinha em seu favor todas as circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59, era direito seu que a pena-base fosse fixada em seu mínimo legal. O fato de o juiz aumenta-la um pouco para, mais adiante, vir a decotá-la a fim de aplicar a redução pela circunstância atenuante nada mais é do que ludibriar a sua aplicação. (Grifado no original).

No mesmo sentido, Bittencourt (2012, p. 680) ressalta que:

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 pelo julgador. Não é, convenhamos, uma operação moralmente recomendável, beirando a falsidade ideológica.

Findado os entendimentos que tratavam apenas de normas infraconstitucionais, passaremos a analisar alguns aspectos relacionados com matéria constitucional.

Um dos pontos mais relevantes que hoje fundamentam a ilegalidade da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça é pela violação dos princípios da individualização da pena combinado com o princípio da isonomia.

O primeiro princípio encontra-se expresso no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, determinando que:

Art. 5º[...].

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

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Esse princípio consagra a isonomia material, isto é, atribui tratamento diferenciado para aquele que se encontra em situação distinta. Dessa forma, consiste em exigir tratamento diferenciado para aquele que está em uma situação desigual. Segundo Sanches (2015, p. 98):

a individualização da resposta estatal ao autor de um fato punível deve ser observada em três momentos: a) na definição, pelo legislador, do crime e sua pena; b) na imposição da pena pelo juiz; c) e na fase de execução da pena, momento em que os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Assim, grande parte da doutrina sustenta que impedir que o magistrado diminua a pena aquém do mínimo em razão de circunstância atenuante viola o princípio da individualização da pena, uma vez que obriga o magistrado a desconsiderar a atenuante reconhecida. Isso acarreta, então, na possibilidade de dois réus, com circunstâncias judiciais totalmente diferentes (um favorável e outro

desfavorável) serem apenados na mesma graduação.

Em complementação, Vargas e Motta (2008, www.buscalegis.ufsc.br) afirmam que:

[...] duas pessoas diferentes em situações diferentes terão tratamentos iguais (violação da noção mais atual do princípio da isonomia) e a pena não será aplicada no grau da 'culpabilidade' de cada um (violação do princípio da individualização da pena).

Ao discorrer sobre a súmula 231 do STJ, Sanches (2015, p. 420) diz que “[...] a orientação contida na súmula, sem amparo legal, ofende ao menos três princípios constitucionais: da legalidade, da isonomia e da individualização da pena”.

Como exemplo da grave violação que a referida súmula traz para o princípio da individualização da pena e da isonomia, cita-se:

JOÃO (22 anos) e ANTONIO (19 anos) são condenados por homicídio (art. 121, pena abstrata de 6 a 20 anos). Ao aplicar a pena, o Magistrado não vislumbrou circunstâncias judiciais relevantes, ambos primários e apresentando bons antecedentes. Apenas ANTONIO apresenta circunstância atenuante (da menoridade), não existindo agravantes. Ausentes causas de aumento e diminuição de pena [...]. Percebam que, apesar de JOÃO e ANTONIO apresentarem condições distintas (ANTONIO era menor de 21 anos na data dos fatos), foram tratados de forma igual, ferindo a isonomia. O juiz ficou impedido de individualizar a pena em relação a ANTONIO, ignorando suas condições pessoais, tudo em nome de uma vedação criada pela doutrina, sem amparo legal. (SANCHES, 2015, p. 420).

Para Roig (2015, p. 209), a vedação da pena abaixo do mínimo legal

[...] fere o princípio constitucional da individualização da pena não somente por negar vigência ao art. 65 do CP, mas ao próprio art. 59, que estabelece a necessidade de avaliação judicial de todas as circunstâncias do delito. A negativa de vigência, nesse caso, produz ainda desproporcionalidade e quebra da isonomia no tratamento entre aqueles que preencheram faticamente a hipótese de incidência da minorante e os que não lograram fazê-lo, favorecendo estes últimos.

Assim, a atenuação da pena, quando presente uma hipótese autorizativa, caracteriza evidente direito público subjetivo do acusado, pois dele decorre “o dever jurídico-constitucional da agência judicial de minimizar a afetação existencial produzida pela inflicção da pena privativa de liberdade” (ROIG, 2015, p. 209).

Por sua vez, Bitencourt (2012, p. 680) complementa o raciocínio alegando que, ao deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não reduzir a pena a quem 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, portanto, “deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta” (BITENCOURT, 2012, p. 681).

Bitencourt (2012, p. 681) conclui alegando que a súmula 231 do STJ “[...] carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita”.

Essa ideia também foi defendida no voto do Desembargador Edson Ulisses de Melo, em seu voto no julgamento da apelação nº 0964/2012, acórdão nº 201214077, julgado no dia 18/09/2012:

nenhuma circunstância atenuante pode deixar de ser valorada, ainda que não seja invocada expressamente pela defesa, bastando que se encontre provada nos autos. Este entendimento, aliás, está condizente com o disposto no artigo 65 do CP, que impõe a atenuação da pena sempre que for constatada a presença de uma das circunstâncias ali previstas. Reza o citado artigo: Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). Fica evidente, pelo que se extrai do texto do dispositivo legal transcrito, tratar-se de norma penal cogente, em razão da previsão de que as circunstâncias atenuantes ‘sempre atenuam a pena, e, por conseguinte, configurada uma destas é imperativa a sua incidência.

E continua seu raciocínio relatando que:

neste toar, não comungo do posicionamento adotado pelo STJ e pelo STF, porquanto entendo não se encontrar em consonância com a garantia constitucional da individualização da pena, consagrada no art.5º, inciso XLVI, da CF/88, [...]. Ora, não aplicar atenuante constatada nos autos sob o fundamento de que a pena provisória, fixada na segunda fase da dosimetria penal, não pode ficar aquém do mínimo legal, consiste, no meu ponto de vista, em verdadeira afronta a tal garantia, cuja base axiológica é o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF/88). Além disso, cria distorções, haja vista possibilitar o mesmo tratamento a réus em situações distintas, violando, assim, o mandamento constitucional da isonomia, que consiste em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desnivelam. [...].

Por fim, conclui dizendo que

a previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua obrigatoriedade, e eventual interpretação diversa viola não apenas o princípio da individualização da pena (tanto no plano legislativo quanto judicial) como também o princípio da legalidade estrita. [...]. Assim, em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena, ao princípio da legalidade e ao princípio da isonomia, corolário do princípio da dignidade humana, entendo que deve ser aplicada, em relação ao Apelante a circunstância atenuante da confissão (art.65, III, alínea ‘d’, do CP), a qual foi reconhecida pela Relatora, porém não aplicada.

Enfim, no que se refere aos entendimentos favoráveis sobre o tema em matéria constitucional, Vargas e Motta (2008, www.buscalegis.ufsc.br) defendem a ideia de que:

a proibição de aplicação das atenuantes para levar a pena abaixo do mínimo, conforme pretende a Súmula 231 do STJ vai de encontro frontal com o proposto pela ordem constitucional, principalmente quando esta determina a individualização da pena (art. 5º, XLVI) e o princípio de que não há pena sem culpa, pois deixar de levar em consideração circunstâncias atenuantes, quando estas estão presentes, é punir em excesso, é punir além da culpa, é aplicar uma pena sem culpa.

4.2.2 Entendimentos desfavoráveis

Atualmente, no que se refere ao tema proposto, nosso sistema judicial penal adota, sem sombra de dúvida, o entendimento de que não é possível a redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria. É realmente difícil, nos dias atuais, encontrar algum julgador que fundamentou sua sentença condenatória no sentido de conceder ao indivíduo o direito subjetivo de reconhecimento e aplicação de uma atenuante quando a pena-base restar fixada em seu mínimo cominado.

O argumento sobre a impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo já é discutida antes mesmo da reforma de 1984, porém naquela época com mais força. Essa impossibilidade tem como fundamento o artigo 42 do Código Penal antes da reforma, o qual não diferenciava as circunstâncias judiciais (hoje no artigo 59 do CP) das agravantes e atenuantes (hoje previstas no art. 61 e 65 do CP, respectivamente).

Uma das argumentações existente atualmente é no sentido de que a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal fere a separação dos poderes ou o princípio da legalidade, porquanto o juiz não pode aplicar pena sem lei.

Nosso sistema tríplice de aplicação de pena é regrado de margens, isto é, na primeira fase o juiz, analisando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, deve fixar a pena-base pela pena abstrata ao crime, não podendo de forma alguma exasperar ou diminuir para além do previsto pelo legislador.

Isso também ocorre na segunda fase, a qual o magistrado também deve observar os limites impostos pelo legislador, sob pena de ofensa à separação dos poderes. Para a maciça doutrina e jurisprudência, o único momento em que o julgador pode pôr a pena além dos limites é na terceira fase, momento oportuno para o reconhecimento e aplicação das causas de aumento e diminuição. Caso isso

ocorresse antes, estaria ferindo a separação dos poderes ou o princípio da legalidade.

Nesse sentido, vale transcrever as palavras de Boschi (2006, p. 290):

o entendimento dominante reflete bem o sistema de margens, bem como o método adotado para a individualização da pena dentro delas. [...] antes mesmo que fosse editado o enunciado da Súmula, alertávamos, amparados na lição de figueiredo dias, que a terminação objetiva da pena se concretiza em processo de colaboração mútua entre o legislador e o juiz. O primeiro cominando as penas possíveis e estabelecendo os limites mínimo e máximo, e o segundo realizando na sentença as opções qualitativa e quantitativa das penas individualizadas na lei. Ora, à luz do sistema legal vigente, se ao juiz fosse possível estabelecer a quantidade da pena fora dos parâmetros cominados *a priori*, estaria, a nosso sentir, simplesmente invadindo o âmbito da competência delimitado constitucionalmente à outro Poder da República. (Grifado no original).

Alguns doutrinadores apontam que isso acarreta na violação do princípio da legalidade, também conhecido como o princípio da reserva legal. Segundo Vargas e Motta (2008, www.buscalegis.ufsc.br):

aqueles que argumentam em favor da idéia posta pela Súmula 231 do STJ afirmam que levar a pena aquém do mínimo legal na avaliação das circunstâncias legais constitui violação aos princípios da *reserva legal* (art. 5º, inc. XXXIX, da CF) e da *pena determinada* (art. 5º, inc. XLVI, da CF). Como a pena só pode existir em virtude de cominação legal, o juiz não pode ultrapassar para mais ou para menos os limites impostos pelo legislador, salvo no caso em que o próprio legislador permite (causas de aumento e diminuição). Na mesma linha de pensamento, como ‘a lei regulará a individualização da pena’ (art. 5º, inc. XLVI, da CF), portanto, mais uma vez não cabe ao juiz tomar para si tal tarefa e proceder ele mesmo a regulação do citado princípio. (Grifado no original).

NUCCI (2009, p. 460) argumenta dizendo que:

utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art. 65 CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. Essa posição é minoritária. Aliás, parece-nos mesmo incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição.

Na mesma linha, “em razão de circunstâncias legais o juiz não pode diminuir a pena aquém do mínimo ou aumenta-la acima do máximo legal, porque com isto estaria burlando o princípio da legalidade” (FERREIRA, 1998, p. 103).

Em complementação, Dotti (2012, p. 617) diz que:

parece que a orientação mais adequada ao sistema positivo e ao espírito do texto do art. 65 do CP é a primeira: a circunstância atenuante não faz baixar a pena aquém do mínimo legal. [...] a expressão utilizada pelo art. 65 do CP ('são circunstâncias que sempre atenuam a pena') deve ser compreendida como *obrigatoriedade* de aplicação imposta pela lei, i.e., que escapa ao poder discricionário do juiz, mas que não pode ultrapassar o limite mínimo da pena privativa de liberdade indicada para cada tipo legal do ilícito. (Grifado no original).

Costa Junior (2010, p. 263) também relata o seu entendimento no sentido de que

a segunda etapa do processo de individualização da pena compreende a apreciação e a quantificação das circunstâncias legais, agravantes e atenuantes. A aplicação de tais circunstâncias haverá de respeitar sempre os limites punitivos expressos no tipo. A adoção de posicionamento diverso equivaleria a trocar a certeza do direito pelo arbítrio judicial.

Para finalizar a exposição de doutrinadores a respeito do entendimento que impossibilita o reconhecimento e aplicação de uma atenuante para diminuir a pena abaixo do mínimo legal, Mirabete (2009, p. 300) expõe em sua obra que:

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

Na verdade, são duas formas de expressar o mesmo entendimento. O primeiro caso diz que o julgador fere a separação dos poderes quando afronta o trabalho do legislador, a quem a lei deu competência para fixar a pena em abstrato. A Segunda hipótese trata da mesma situação, só que em palavras diferentes. A única diferença é o rótulo dado para a questão.

No que se refere ao posicionamento de que o próprio Código Penal possibilita a utilização de uma atenuante para diminuir a pena aquém do mínimo legal quando utiliza a expressão "sempre" no art. 65, há quem entenda que a expressão utilizada pelo legislador serve apenas como forma de obrigar o reconhecimento da atenuante por parte do magistrado. Esse reconhecimento, porém, não caracteriza a obrigatoriedade de diminuir a pena toda vez que existir alguma atenuante.

Nesse sentido:

em face de uma circunstância agravante ou atenuante, nem sempre a aplicação de seu efeito é obrigatória. Isso porque, tratando-se de circunstâncias legais genéricas, a pena não pode ser fixada aquém do

mínimo ou além do máximo. Suponha-se que o juiz, atendendo ao art. 59, *caput*, fixe a pena no mínimo (pena-base). Na segunda operação, encontra uma atenuante. A pena não pode ser inferior ao mínimo legal. Suponha-se que o juiz aplique a pena-base no máximo. Se encontra uma circunstância qualificativa dos arts. 61 e 62, a pena não pode ultrapassar o máximo. Vê-se que o advérbio 'sempre' dos arts. 61 e 65 não indica obrigatoriedade em todos os casos. (JESUS, 2011, p. 633) (Grifado no original).

Existe ainda outro posicionamento desfavorável sobre o tema, pois consideram a redução aquém do mínimo legal na segunda fase de aplicação da pena inconstitucional, uma vez que também possibilitaria que uma agravante pudesse ultrapassar o limite máximo, o que violaria o princípio da legalidade.

Portanto, se as atenuantes podem ser utilizadas para reduzir a pena abaixo do mínimo, por que motivo também não poderia se utilizar as agravantes da mesma forma?

Essa polêmica certamente foi uma das primeiras questões a serem levantadas quando doutrinadores fundamentavam seu entendimento na inexistência de vedação legal.

Assim, se inexistente vedação legal, é totalmente possível o aumento da pena para além do máximo permitido quando o acusado incide em alguma das hipóteses previstas no artigo 61 do Código Penal. O julgador, nesse caso, estaria tão livre para aumentá-la quanto estaria para diminuí-la.

Desse modo, compete transcrever as lições de Franco (2007, p. 382):

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 a pena, 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.

No mesmo sentido, Jesus (1998, www.jus.com.br) entende que

a permitir-se que as atenuantes reduzam a pena a limites inferiores ao mínimo legal, de admitir-se também, por coerência, que as agravantes a elevem acima do limite máximo abstrato, o que consistiria 'golpe mortal' ao princípio da legalidade das penas. Com efeito, a entender-se que o juiz, diante de atenuante, não estaria adstrito aos limites legais, o mesmo sucederia em face de circunstâncias agravantes.

No entanto, esse argumento utilizado não afastou o entendimento dos defensores do reconhecimento da atenuante para além do mínimo legal, uma vez

que, segundo Vargas e Motta (2008, www.buscalegis.ufsc.br),

os limites da cominação devem ser vistos com finalidades diferentes em cada um dos extremos. O máximo de pena estipulado para uma conduta deve ser interpretada como uma garantia do indivíduo, no sentido de que ele não terá uma pena cominada acima daquele valor. É a interpretação restritiva das normas que limitam a liberdade. Já no outro ponto, o limite deve ser interpretado não como uma barreira, mas como um referencial. É a interpretação que concede maior eficácia possível ao direito fundamental da liberdade. Assim, no mínimo legal, o magistrado tem uma previsão *in abstracto* do legislador, mas é no momento do juízo que tal previsão ideal deve ser posta em concreto. (Grifado no original).

Outro questionamento que parte da doutrina sobre o tema abordado advém de que as atenuantes e agravantes não podem ter mais peso do que as minorantes e majorantes.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que as causas minorantes e majorantes da pena não estão restritas aos limites que a lei prevê para o tipo penal, podendo, assim, elevar a pena para acima do máximo como diminuí-la para além do mínimo. Isso ocorre, na verdade, pelo motivo do legislador já ter fixado o *quantum* cada causa de aumento ou diminuição de pena irá ocasionar para o agente.

Por sua vez, as agravantes e atenuantes não possuem qualquer limitação pelo legislador, isto é, fica a critério do julgador a quantidade de pena que será aumentada ou reduzida na existência de uma circunstância atenuante ou agravante, sendo seu único limite a fixada no tipo penal.

Assim, alguns doutrinadores defendem a ideia de que se uma atenuante possa reduzir a pena para aquém do mínimo legal, não haverá mais qualquer impedimento para que essas circunstâncias utilizadas na segunda fase da dosimetria tenham maior capacidade para alterar as penas do que as minorantes e majorantes.

Desse modo, as circunstâncias atenuantes e agravantes não teriam mais limite algum, e isso poderia ocasionar em uma desordem na ordem hierárquica do Código Penal entre as circunstâncias judiciais e legais que regem o sistema trifásico de aplicação da pena.

Para finalizar, vale colacionar o posicionamento de Trento (2003, p. 113):

mesmo no Sistema Penal anterior (Parte Geral do Código de 1940) achava-se definitivamente estabelecido que as agravantes e as atenuantes cifravam-se nos limites cominados ao crime. Não, porém, as causas de aumento ou diminuição. Essa diferenciação, devia-se, o que se mostra até intuitivo, à natureza diversa, sumamente mais ponderável, de peso jurídico incomparavelmente maior dessas causas em relação àquelas circunstâncias. São todas (as causas de aumento e diminuição) questões

de maior relevância fático-jurídica; com imenso reflexo na subjetividade; ou na objetividade concreta (tentativa).

Trento (2003, p. 113) conclui seu posicionamento dizendo que:

deu-lhe o legislador essa preeminência especial, casuística, ainda aqui, com fixação de limites. Mais uma vez os limites; para afasta o puro arbítrio. O que se faz, pela tese do magistrado, não é apenas equiparar coisas distintas; de pesos diferenciados; de natureza díspares; de importâncias escalonadas pelo legislador penal. É mais. Muito mais. É conferir às circunstâncias, majorantes ou minorantes (refere-se, na verdade, às atenuantes e agravantes), peso maior, infinitamente maior do que aquele dado pelo codificador, às causas de aumento ou modificação.

Desse modo, muitos entendem que a intenção do legislador de 1984 nunca foi de possibilitar a redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, pois isto acabaria violando totalmente o sistema trifásico.

Ao analisar o Código Penal, extrai-se a seguinte conclusão: as circunstâncias judiciais não têm quantidade de pena a ser aumentada ou diminuída, somente devendo respeitar o limite do tipo penal; as causas de aumento e diminuição têm seus limitadores de aumento e diminuição expressos na letra fria da lei, e portanto não estão adstritos aos limites do tipo penal; as agravantes e atenuantes não possuem a quantidade de aumento e diminuição como ocorre nas majorantes e minorantes, portanto devem respeitar os limites do tipo penal.

Portanto, é nesse sentido que os doutrinadores fundamentam seu posicionamento de impossibilitar a redução, pois, mesmo que o legislador de 1984 tenha criado uma outra fase na dosimetria, retirando a aplicação em conjunto das circunstâncias judiciais e agravantes e atenuantes, nunca foi sua intenção alterar essa realidade. O advérbio “sempre” esteve presente no Código Penal antes da reforma, razão pela qual não cabe ao julgador violar o sistema instituído pelo legislador.

Para concluir, vale transcrever o entendimento de Trento (2003, p. 101):

num segundo momento, seria altamente arriscado e contrário ao sistema penal e de garantia do cidadão que deixasse em aberto, sem nenhuma limitação, circunstâncias genéricas, que tanto podem reduzir a pena a um mínimo ou máximo inconcebíveis. Não se diga que o Código Penal, depois da reforma de 1984, admite essa interpretação, porquanto isso importa em ofender o legislador, ou em última análise, os autores da reforma, visto que importa numa ofensa gritante ao sistema, que se torna desnecessária qualquer regra a respeito. O fato do advérbio ‘sempre’ nada significa, pois já constava antes da reforma e também consta no artigo que trata das agravantes. [...]. Portanto, a vedação sempre existiu e decorre de uma interpretação sistemática e não isolada de um artigo, que por lógica não

precisa constar de uma regra expressa.

4.2.3 Outros posicionamentos sobre o tema

Ao analisar diversas doutrinas, encontrei outro posicionamento sobre a utilização de atenuante para baixar a pena além do limite fixado para o tipo penal não tão abrangente entre outros doutrinadores, mas acredito que seja de grande relevância para o aprofundamento do tema.

Diferentemente dos entendimentos já abordados, Azevedo e Salim (2015) possuem uma posição intermediária, pois, para eles, em regra uma circunstância atenuante não pode ser utilizada quando a pena-base já estiver no seu mínimo. Porém, existindo alguma causa de aumento de pena na terceira fase da dosimetria, o juiz poderá aplicar a atenuante, a qual passará a denominar atenuante diferida. Para ilustrar, cita-se o exemplo apresentado na obra:

[...] crime de furto com as seguintes circunstâncias: praticado durante o repouso noturno (causa de aumento de 1/3); agente menor de 21 anos na data do fato; confissão espontânea; reparação do dano no curso da ação penal. No caso, existem três circunstâncias atenuantes e uma causa de aumento. Imaginemos que a pena-base seja fixada em 1 ano de reclusão (mínimo legal). Na segunda fase, diante na inexistência de agravantes, as três circunstâncias atenuantes não incidirão, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo. Na terceira fase, o juiz aumentará a pena em 1/3, de sorte que a pena passará para 1 ano e 4 meses. Em seguida, devem incidir as circunstâncias 408 atenuantes (de forma diferida), tendo em vista que não puderam incidir anteriormente, mas respeitando o limite mínimo. (AZEVEDO E SALIM, 2015, p. 408).

Dessa forma, as “[...] circunstâncias atenuantes se harmonizam com os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, bem como com o enunciado da Súmula 231 do STJ” (AZEVEDO e SALIM, 2015, p. 409).

Esse entendimento, na verdade, busca satisfazer ambos os lados, isto é, tende a atender as expectativas tanto de quem defende a ideia da diminuição quanto para aqueles que são contrários, como uma forma de solucionar a questão de uma vez por todas e impedir que o acusado seja prejudicado no momento que a pena-base seja fixada em seu mínimo, diante da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

No entanto, esse posicionamento não possui grande abrangência entre os demais doutrinadores.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar a discussão a respeito da possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria da pena, quando a pena-base restar fixada em seu mínimo legal cominado para a infração praticada pelo indivíduo, isto é, busca saber se uma circunstância atenuante pode ser utilizada para reduzir a pena além de seu mínimo legal fixado pelo legislador.

Como forma de trazer à tona o tema, abordou-se no primeiro capítulo a história do direito penal tanto nos tempos mais remotos quanto no período brasileiro. A abordagem desse assunto possui grande relevância, pois o tema principal trata de um das polêmicas que envolvem o sistema de aplicação da pena privativa de liberdade, razão pela qual é imprescindível saber como originou a atual sistemática.

Do primeiro capítulo extrai-se que, desde os períodos mais remotos da vida humana, a pena mostrou-se como a forma mais comum de conter o indivíduo dentro de uma sociedade, como forma de garantir a convivência e a sobrevivência do grupo. Desde a mais histórica notícia da vida humana, o indivíduo já se aglomerava com outras pessoas para, assim, tornar-se mais forte e sobreviver às dificuldades cotidianas existentes naquela época. Porém, para isso ser garantido, era necessário que existissem regras a serem obedecidas por todos, e aquele que descumprisse deveria ser punido.

Portanto, a pena é uma forma de manutenção da ordem social, funcionando como um meio de defesa para a sociedade.

É inquestionável que ao longo da raça humana existiram diversas formas de pena para aquele indivíduo que descumprisse as regras, das mais cruéis até as existentes hoje. A idade antiga foi marcada, primeiramente, pelas penas que tinham o cunho de evitar a ira dos deuses, por meio de sacrifícios e expulsões de indivíduos da tribo. Posteriormente, foi marcada pela lei do talião, a qual adotou a expressão “olho por olho, dente por dente” como forma de evitar o extermínio das tribos. Antes da existência dessa lei, o indivíduo de uma tribo que praticasse um crime contra outra tribo não só estaria condenando a si, como também aos demais integrantes do seu clã, tempo esse chamado de vingança privada.

Assim, como forma de evitar o extermínio, a Lei do Talião chegou para estabelecer que o indivíduo que praticasse um crime responderia pelos seus atos, mas sua conduta não se estenderia para os demais integrantes do seu clã.

A idade média também foi marcada pela existência de penas cruéis e espetaculares, como forma de aterrorizar a população. Tinha-se como exemplo a amputação de olhos, braços, membros e a morte nas mais variáveis formas cruéis. No final dessa era surgiu as prisões eclesiásticas, as quais foram o sustentáculo da pena de prisão moderna.

Posteriormente, a pena privativa de liberdade foi se expandindo pelo mundo, através da edificação de prisões para aqueles que descumprissem as normas. Atualmente, o único detentor do poder de punir é o Estado, amparado por regras.

Assim, a pena, em qualquer época, tornou-se a ferramenta mais eficaz para coibir o indivíduo à prática de infrações. Para adotá-la, cada sociedade viu a necessidade de se criar regras bem definidas com o intuito de punir o infrator e garantir a ordem social, bem como para evitar os excessos que poderiam ocorrer quando esse poder de punir estivesse nas mãos do Estado, criando limites ao possuir do poder de punir.

No momento em que o Estado tomou conta do poder de punir, fez-se necessário criar um sistema de aplicação de pena. Após muita divergência doutrinária e jurisprudência, o Brasil acabou adotando o sistema trifásico de aplicação de pena, na reforma de 1984 do Código Penal, pois acabava gerando maior transparência no processo de fixação da pena, isto é, com a criação de três fases fica mais fácil para as partes terem conhecimento do que o juiz se utilizou para aumentar a pena.

Assim, para fins de adentrar no capítulo principal, torna-se imprescindível abordar como funcionada minuciosamente cada fase de aplicação da pena ao sentenciado.

A primeira fase é responsável pela fixação da pena-base do apenado, com base na existência de circunstâncias judiciais. Trata-se do ponto de partida do juiz, pois deve fixar a pena dentro dos limites fixados pelo legislador no tipo penal, não podendo, em nenhuma hipótese, diminuir ou aumentar além desses limites. Nessa fase não há uma quantificação determinada, ficando a critério o juiz o *quantum* aumentar na existência de uma circunstância judicial desfavorável. Uma coisa é certa: a pena-base sempre terá seu ponto de partida o limite mínimo fixado para o delito, só podendo o juiz exasperar a pena na existência de alguma circunstância desfavorável ao apenado. Não havendo, é obrigação do julgador fixá-la em seu mínimo.

A segunda fase, tendo como base a pena fixada na primeira fase, tem como

objetivo reconhecer e aplicar a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes. Nesse caso também inexistem em nosso ordenamento jurídico norma que diga o *quantum* o juiz deve exasperar ou diminuir a pena na existência de uma circunstância legal, ficando, portanto, para a maioria dos doutrinadores e pela maciça jurisprudência, atrelado aos limites do tipo fixados pelo legislador. É nesse ponto que entra o terceiro capítulo, pois visa aprofundar o estudo sobre a possibilidade ou não de diminuição da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria.

A terceira fase, tendo como ponto de partida a pena-base ou a pena provisória, tem como objetivo reconhecer e aplicar as causas de aumento ou diminuição da pena, também conhecidas por minorantes ou majorantes, as quais, diferentemente das circunstâncias judiciais e legais, não estão adstritas aos limites do tipo penal, porquanto possuem na legislação o *quantum* a ser aumentado ou diminuído.

O terceiro capítulo trata do tema objeto do problema a ser discutido, isto é, cabe a aplicação de uma circunstância atenuante para diminuir a pena aquém do mínimo legal quando a pena-base restar fixada em seu mínimo legal? Como forma de responder a questão tratada, foi necessário envolver a análise dos posicionamentos favoráveis e desfavoráveis sobre a matéria.

Como já exposto, o Código Penal, em seu artigo 65, diz que as circunstâncias atenuantes sempre atenuam a pena. De outro modo, o mesmo diploma não traz qualquer norma capaz de obrigar o julgador a permanecer adstrito aos limites do tipo penal.

Assim, tal posicionamento infraconstitucional é um dos mais relevantes para os defensores da diminuição, vez que inexistem qualquer obstáculo.

Por outro lado, a outra parte defende seu posicionamento alegando que o advérbio “sempre” não quer dizer que o juiz deva sempre diminuir a pena, mas sim sempre reconhecer a existência de uma circunstância atenuante e, quando possível, aplicar a diminuição a pena. Outro ponto é no sentido de que o advérbio “sempre” já existia na redação do Código Penal antes da reforma de 1984, razão pela qual descabe a alegação de que a reforma possibilitou sempre a aplicação de uma circunstância atenuante.

Há quem diga ainda que a vedação existe e decorre de uma interpretação sistemática do Código Penal, pois o legislador, ao não fixar o *quantum* cada circunstância atenuante e agravante deve aumentar ou diminuir a pena, utilizou o

mesmo sistema da primeira fase da dosimetria, isto é, deve ficar adstrito ao limite fixado em abstrato para o delito. Isso não ocorre com as majorantes e minorantes, porquanto estão expressas na legislação a quantidade certa de aumento ou diminuição da pena em cada causa de aumento ou diminuição existente.

Assim, doutrinadores defendem a impossibilidade por entenderem que o legislador de 1984 nunca quis mudar a forma como era feita a aplicação da pena no sistema bifásico, mas sim para somente possibilitar que o sentenciado veja com mais clareza os motivos e fundamentos para a exacerbação da pena.

Outro posicionamento favorável diz respeito à inconstitucionalidade da súmula 231 do STJ, porquanto viola os princípios constitucionais da individualização da pena e da isonomia. A impossibilidade de redução pode acarretar na aplicação da mesma pena para ambos os réus, mas com condições totalmente desiguais, isto é, um deles pode ser menor de 21 anos ou até mesmo confessado o delito que não terá nenhum benefício com isso.

Outra minoria entende que a referida sumula também viola o princípio da lealdade e da boa-fé objetiva, pois aquele indivíduo que confessa o crime está, na verdade, ajudando o Estado a perseguir o seu poder de punir, inclusive servindo de prova fundamental para a condenação do indivíduo nos casos em que a parte acusatória não logrou êxito em comprovar contundentemente a autoria delitiva, razão pela qual estão presentes para fundamentar a relação entre o Estado e o agente.

De outra banda, também com fundamento em matéria constitucional, diversos doutrinadores apontam que a possibilidade de utilização de uma circunstância atenuante para diminuir a pena aquém do mínimo legal acarreta violação da separação dos poderes ou do princípio da legalidade, pois o julgador não pode aplicar pena sem lei. Esse entendimento decorre da existência de margens no sistema de aplicação de pena, e caso o julgador desobedeça os limites impostos pelo legislador, estaria incorrendo em grave violação da separação dos poderes. Alguns entendem que isso violaria o princípio da legalidade, pois o único momento que é possível exacerbar ou diminuir a pena além dos limites impostos pelo legislador é na terceira fase da dosimetria.

Após a exposição dos posicionamentos favoráveis e desfavoráveis em relação à questão abordada, a teoria que mais me convenceu foi sobre a possibilidade de diminuição da pena aquém do mínimo legal diante da existência de uma circunstância atenuante.

Os argumentos explanados até que condizem com a atual realidade do sistema trifásico. Antes da reforma de 1984, as circunstâncias judiciais e legais eram aplicadas em uma mesma fase, razão pela qual não podiam de forma alguma excederem os limites estabelecimentos pelo legislador no tipo penal.

Ocorre que, após a referida reforma, o sistema de aplicação de pena passou a ser estabelecido em três fases, como já visto, não havendo mais a vinculação que antes existia com as circunstâncias judiciais, ou seja, o legislador de 1984 deu mais liberdade ao julgador.

Grande parte da doutrina tem utilizado interpretação extensiva da antiga sistemática bifásica, pois, como já exposto, alegam que nunca foi a intenção do legislador desvincular as circunstâncias legais das judiciais, razão pela qual ainda estariam limitadas ao tipo penal. No entanto, isso é importar posicionamento não condizente com o verdadeiro desejo do legislador.

Como já dito, não há qualquer norma capaz de impedir que uma circunstância atenuante seja utilizada para diminuir a pena aquém do mínimo legal.

Outro ponto que também me convenceu decorreu da evidente violação dos princípios constitucionais da individualização da pena e da isonomia, cumulado com o princípio da lealdade e da boa-fé objetiva.

Muitas vezes o indivíduo confessa o delito com o fim de ver a sua pena reduzida e tem seu direito extirpado, porquanto sua pena-base foi fixada no limite mínimo. Ora, o agente auxiliou o Estado na *persecutio criminis* e não obteve nenhuma compensação pela sua conduta. Isso resulta, portanto, em grave violação do princípio da lealdade processual, que exige uma conduta moral e proba daqueles que atuam no feito, de modo a atingir seu objetivo.

Da mesa forma, quando o crime é praticado por mais de um agente, sendo um menor de 21 anos, caso a pena-base seja fixada em seu mínimo, a circunstância atenuante da menoridade não poderia incidir, por força da súmula 231 do STJ, o que fere gravemente o princípio da isonomia material, porquanto não tratou uma pessoa em condição desigual de forma desigual.

Portanto, os entendimentos favoráveis sobre o tema, ainda que minoritários, buscam garantir a aplicação da lei na sua verdadeira finalidade, como forma de reconhecer ao cidadão um direito expresso na lei, o qual, atualmente, vem sendo extirpado de forma totalmente injustificada.

Para finalizar, acompanhando a minoria dos estudiosos do direito penal, adoto a teoria de que é totalmente cabível a utilização de uma circunstância

atenuante para diminuir a pena aquém do mínimo legal fixado para o delito pelas razões expostas e por entender que a segunda fase da dosimetria é desvinculada da primeira, como não ocorria antes da reforma de 1984.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da Pena**. 5. ed., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. **As três Escolas Penais**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 8. ed., desenvolvida e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.
- AZEVEDO, M. A.; SALIM, A. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BITENCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- _____. Constituição (1988). **Vade Mecum Saraiva**. 20 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade Mecum Saraiva**. 20 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CALDEIRA, Felipe Machado. **A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA JUNIOR, Paulo José. **Direito Penal**: curso completo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua Interpretação**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O juiz pode, em face das circunstâncias atenuantes genéricas, fixar a pena aquém do mínimo legal abstrato?**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/956>>. Acesso em: 06 out. 2015.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOTTA, F. H. R.; VARGAS, J. O. **A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16306-16307-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: CPC Cursos e Edições, 2014.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Acórdão nº 201214077. **Apelação Criminal nº 0964/2012**. Everton Santos e Ministério Público do Estado de Sergipe: relator. Desembargadora Geni Silveira Schuster. 18 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br>>. Acesso em: 08 out. 2015.

TRENTO, Ciro. **Pena Abaixo do Mínimo Legal**. Porto Alegre: WS Editor, 2003.

VIANNA, Túlio Lima. **Roteiro Didático de Fixação das Penas**. Brasília: Justilex, 2002.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.