

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

PATRICIA DE SOUSA RESENDE

**DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES: UMA ANÁLISE DA
SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB
A ÓTICA GARANTISTA**

Juiz de Fora

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

PATRICIA DE SOUSA RESENDE

**DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES: UMA ANÁLISE DA
SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB
A ÓTICA GARANTISTA**

Monografia apresentada ao curso de
Direito de Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Leandro Oliveira Silva

Juiz de Fora

2014

PATRICIA DE SOUSA RESENDE

**Das circunstâncias atenuantes: uma análise da Súmula 231 do
Superior Tribunal de Justiça sob a ótica garantista**

Monografia apresentada ao curso de
Direito de Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Leandro Oliveira Silva

APROVADA EM: 18 DE JULHO DE 2014

BANCA EXAMINADORA

Leandro Oliveira Silva

Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes

Ellen Cristina Carmo Rodrigues

Dedico este trabalho especialmente ao Deus que
me põe de pé a cada dia para continuar a jornada
e lutar pelos meus objetivos.

Dedico também aos meus pais, Rosa Eliane
Joaquim, e ao meu irmão Leonardo.

Agradeço primeiramente a Deus, o autor e consumidor da minha fé, que me permitiu chegar até aqui e lograr êxito naquilo que propus em meu coração realizar.

Sou grata também aos meus pais e ao meu irmão por todo o carinho e apoio.

Agradeço aos meus familiares e aos meus amigos que me incentivaram e tiveram paciência comigo durante o período de elaboração do trabalho.

RESUMO

Este trabalho procura, através da compreensão do sistema de aplicação da pena no ordenamento jurídico pátrio, analisar se a pena pode ser reduzida abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria em face de uma circunstância atenuante genérica. A controvérsia existe já que a operação é vedada pela Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Em que pese o entendimento sumulado em sentido contrário, parte da doutrina nacional não parece convencida pelas razões do verbete e se mostra resistente em aceita-lo. Uma parcela considerável dos operadores jurídicos entende pela possibilidade de redução por acreditar que numa visão neoconstitucional e garantista, os direitos fundamentais e as garantias dos indivíduos devem ser respeitadas, a fim de legitimar o jus puniendi estatal. A individualização da pena pelo magistrado se faz indispensável no caso concreto, a fim de que cada infrator responda na medida de sua culpabilidade.

Palavras chave: Redução da pena aquém do mínimo. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Individualização da pena.

ABSTRACT

Through the understanding of the application of the penalty system in the national legal system, it is intended to consider whether the penalty may be reduced below the legal minimum in the second phase of dosimetry in the face of a generic mitigating circumstance. The controversy exists once that operation is prohibited by Precedent 231 of the Superior Court. Despite the consolidated agreement found in the mentioned Precedent, part of the national doctrine does not seem to be convinced by the reasons of it, being resistant to accept it. A considerable number of legal practitioners understand the possibility of reducing, believing that a neoconstitutional vision, fundamental rights and guarantees of individuals must be respected in order to legitimize the jus puniendi of the State. The individualization of punishment by the magistrate is indispensable in this case, so that each offender responds to the extent of his fault.

Keywords: Reduction of sentence below the minimum; Precedent 231 of the Superior Court of Justice; individualization of punishment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I- DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: SUA ORIGEM E OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE LEVARAM A SUA CRIAÇÃO....	10
CAPÍTULO II- BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O GARANTISMO PENAL.....	15
CAPÍTULO III- DA APLICAÇÃO DA PENA: O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O SISTEMA TRIFÁSICO DE DOSIMETRIA	23
CAPÍTULO IV- SOBRE A REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA	42
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para este trabalho reflete sua relevância no meio jurídico atualmente, haja vista que os tribunais superiores já se manifestaram acerca do assunto, inclusive com a edição da súmula 231 pelo Superior Tribunal de Justiça.

A grande questão a ser discutida é se a mencionada súmula se coaduna com os princípios constitucionais do nosso ordenamento jurídico, uma vez que, a partir da Constituição Federal de 1988, a concepção neconstitucionalista foi adotada, de maneira que o papel do juiz ganhou um maior destaque, não sendo o magistrado apenas um mero aplicador mecânico da lei, mas passando a atuar de forma mais incisiva em seu papel.

Na esfera penal, a atuação garantista do juiz veio no contexto do Neoconstitucionalismo, propiciando decisões mais justas e condizentes com a realidade social. O magistrado, ao adotar esse posicionamento, trabalha de modo mais dinâmico, ao decidir levando em consideração as particularidades do caso concreto e assegurando as garantias constitucionais do réu na dosimetria da pena.

Dessa forma, em seu primeiro capítulo, o presente trabalho tem o objetivo de mostrar a origem da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que diz “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, apontando quais foram os fundamentos jurídicos que ensejaram sua criação. Além disso, expõem-se também os motivos daqueles que se mostram defensores da referida súmula, a saber, que o princípio da legalidade seria violado, caso houvesse essa redução, por não se respeitarem os limites estabelecidos pelo legislador. Assim, os que se alinham à jurisprudência do STJ acreditam que apenas causas de diminuição de pena podem reduzir esta aquém do mínimo, por serem as frações delimitadas previamente na legislação. No fim, julgados que corroboram tal ideia foram apresentados para fundamentar tal posicionamento.

Já o segundo capítulo objetiva fazer uma breve abordagem do Neoconstitucionalismo e da teoria do Garantismo Penal. O Neoconstitucionalismo, como um fenômeno surgido pós Segunda Guerra Mundial, num momento crucial da história, representou um marco ao romper com o modelo então vigente, centrado no Poder legislativo, ao apresentar uma nova perspectiva constitucional, na qual tem como alicerce o reconhecimento da força normativa da Constituição, com a valorização dos princípios fundamentais que regem os ordenamentos

jurídicos. A Constituição ganhou status de norma jurídica, já que, até então, era vista como um documento essencialmente político, considerando-se que a concretização de suas propostas ficava condicionada à liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, não sendo possível até então uma atuação relevante do Judiciário nesse sentido.

O foco então passou a ser no Poder Judiciário e em como este vai, no caso concreto, atuar de forma a garantir a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, em que pese sua indeterminação semântica. Este é, inclusive, um tema a ser levantado, tendo em vista que, embora o Neoconstitucionalismo tenha sido importante para romper com alguns tradicionalismos já ultrapassados de legalidade estrita, também possui objeções a serem consideradas. Dentre elas, o fato de a atuação dos juízes passar a ser demasiadamente relevada, o que pode ir de encontro com a preconizada democracia representativa, uma vez que, no Brasil, os juízes não são eleitos diretamente pelo povo, diferentemente dos membros dos demais poderes da República.

A indeterminação dos princípios, ao mesmo tempo em que é aplaudida por favorecer uma maior conformação dos dispositivos constitucionais aos casos concretos, também é alvo de crítica, por conferir ao juiz um poder que pode soar ser até mesmo exacerbado. Contudo, fazendo-se um balanço dos prós e contras, a atuação do juiz, no contexto de Neoconstitucionalismo, é sobremaneira relevante no momento da individualização da pena, garantindo uma maior justiça nas decisões tomadas.

Por sua vez, o Garantismo, defendido por Luigi Ferrajoli (2002), em sua obra “Teoria do Garantismo Penal”, foi introduzido por ter como característica a defesa dos direitos e garantias dos indivíduos como única forma de controlar a atuação estatal, limitando a aplicação da pena pelo poder público. O juiz, sob a ótica garantista, deve possuir uma visão crítica da realidade e não meramente contemplativa, o que resultará em decisões mais condizentes com os princípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio.

No terceiro capítulo, é apresentado o sistema brasileiro de aplicação da pena com maior enfoque e destaque para as circunstâncias atenuantes, por ser o objeto da problemática levantada. O princípio da individualização da pena também foi abordado ao longo do desenvolvimento do estudo da dosimetria, e como ela foi sendo alterada diante das circunstâncias apresentadas em cada contexto histórico.

Com base na individualização judicial da pena, foram analisadas separadamente as circunstâncias e elementares do crime, as circunstâncias judiciais, as circunstâncias atenuantes e agravantes, as causas de aumento e de diminuição de pena, as qualificadoras e privilégios. As circunstâncias atenuantes nominadas e inominadas foram analisadas mais detidamente por falarem diretamente sobre o tema do presente trabalho. As fases para a fixação da pena foram tratadas de modo a demonstrar claramente o problema enfrentado quando, na segunda fase, o magistrado se sente impelido a não aplicar a circunstância atenuante, se isso resultar em reduzir a pena abaixo do mínimo legal.

Um caso concreto- o do processo de nº 0145.11.059803-7- foi trazido ao final deste capítulo para ilustrar, na prática, o caso de um réu que possuía uma circunstância atenuante em seu favor que não fora aplicada, embora reconhecida pelo juiz, tendo como fundamento a propalada súmula.

Por fim, em seu quarto e último capítulo, o trabalho tem seu foco nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis à possibilidade de redução da pena base abaixo do mínimo legal pela aplicação das circunstâncias atenuantes. O papel do juiz, nesse contexto, é de extrema importância, ao proporcionar a concretização dos direitos fundamentais dos indivíduos, que sofrem a persecução penal do Estado.

Os defensores deste posicionamento mais benéfico ao réu, embora ainda minoritário, com fundamentação em nível de interpretação constitucional e infraconstitucional, buscam proporcionar uma nova perspectiva sobre o tema, instigando em todos os operadores do Direito uma reflexão a respeito, de forma crítica e ponderada.

CAPÍTULO I- DA SPUMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL D JUSTICA: SUA ORIGEM E OS FUNDAMENTOS QUE LEVARAM À SUA EDIÇÃO

STJ Súmula nº 231 - 22/09/1999 - DJ 15.10.1999

Circunstâncias Atenuantes - Redução da Pena - Mínimo Legal

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

O Superior Tribunal de Justiça é uma Corte de Justiça ainda relativamente recente, criada pela Constituição Federal de 1988, objetivando, entre outros propósitos, o desafogamento do Supremo Tribunal Federal, que tinha como uma de suas atribuições, até então, analisar tanto a constitucionalidade quanto a legalidade das decisões judiciais de outros tribunais, a ele levadas através de recursos.

Pode-se dizer que as súmulas editadas por este novel Tribunal Superior têm assumido um importante papel de unificar a jurisprudência pátria no que diz respeito à aplicação das normas infraconstitucionais.

No presente estudo, vamos tratar especificamente da Súmula 231 do referido tribunal, que veio a lume com o intuito de pacificar a controvérsia existente com relação à possibilidade de incidência das circunstâncias atenuantes, quando a pena base já estiver fixada no mínimo legal.

A referida súmula, criada em 1999, negou tal possibilidade, ao se basear na proibição que constava no texto original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, que, porém, não foi repetido na Reforma Penal de 1984 (STJ, HC 10.993/RJ, Rel.Félix Fischer, j. 11-4-2000). Tal dispositivo disciplinava uma causa especial de diminuição de pena (“quando o agente quis participar de crime menos grave”), impedindo que ficasse abaixo do mínimo cominado. Deve-se ressaltar que, antes da referida reforma, em nosso diploma penal, o sistema adotado para o cálculo da pena era o bifásico, no qual as circunstâncias agravantes e atenuantes eram analisadas juntamente com as judiciais, presentes no art. 59. Levando-se em consideração a legislação anterior era impossível fixar a pena base aquém do mínimo legal.

Em que pese ditas observações, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça foi editada sob o argumento de que, seja na legislação de 1940, ou com a reforma de 1984 (Lei 7.209), qualquer que seja o método, bifásico ou trifásico, as agravantes e atenuantes não podem levar a pena para fora dos limites mínimo e máximo estabelecidos pelo legislador na escala penal de cada infração criminal. Caso isso ocorra, haveria a violação do princípio da legalidade, pois cabe ao juiz, por meio de seu livre convencimento motivado, alterá-la somente dentro dos limites previamente estipulados.

Só quando houver um lastro de pena será permitido ao juiz reduzi-la na segunda fase, considerando a presença de alguma atenuante. Se não fosse assim, o juiz assumiria indevidamente o papel de legislador. Portanto, só será beneficiado com o cômputo de eventual atenuante aquele réu cuja pena base foi superior ao mínimo legal pelo reconhecimento de circunstâncias desfavoráveis a ele na primeira fase da dosimetria da pena.

Já a causa de diminuição poderá levar a pena aquém do mínimo legal, haja vista que seus valores foram determinados pelo legislador, o que a diferencia das atenuantes. Aqui, o juiz sempre opera norteado por frações ou intervalos de frações previamente fixados pelo legislador, que o vinculam, não podendo extrapolar tais limites. É como se houvesse uma reprovação mínima estabelecida para cada tipo penal que só poderia ser modificada na terceira fase do cálculo.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a dosimetria da pena é uma obrigação do juiz e ao mesmo tempo uma garantia do réu. Está vinculada ao princípio da reserva legal, de acordo com o mandamento do art. 5º, XXXIX, CF/88, na qual a pena deverá ser previamente fixada em lei e ainda ser determinada, precisa, conforme o art. 5º, XLVI, CF/88, segundo o qual a lei não pode assumir uma posição indefinida, mas o legislador deve dizê-la expressamente, ao regularizar a individualização da pena. O contrário seria dar um poder demasiado amplo nas mãos do magistrado, ficando o réu à mercê das idiosincrasias do aplicador da pena, por não se ter um limite claro e objetivo a ser respeitado em cada caso.

Outro argumento empregado é que a lei determina um limite mínimo e máximo de pena para cada delito, o que não teria razão de ser se mesmo limite pudesse ser mudado ao talante de cada juiz no caso concreto, configurando-se verdadeira lesão ao princípio constitucional da separação de poderes e que, sem esse óbice, a pena poderia chegar a ser fixada até mesmo em zero. O comando do art. 65 do Código Penal é de que as circunstâncias atenuantes sempre diminuem a pena. Mas, como não há um parâmetro fixado pelo legislador,

entende-se que o juiz deverá ficar adstrito ao intervalo de pena cominado ao tipo penal, sob risco de se usurpar a função legislativa, fixando-se pena fora da escala penal previsto em lei.

Por fim, acredita-se que a expressão “sempre atenuam” não pode ser entendida de forma literal, mas por meio de uma interpretação teleológica. Além disso, se fosse possível a redução pela atenuante, deveria ser considerada também a possibilidade de a agravante aumentar a pena acima do limite máximo, o que seria incompatível com o princípio da legalidade formal.

Como precedentes desse posicionamento, temos: Resp 146056/RS, DJ 10.11.1997. Resp 49500/SP, DJ 15.08.1994, Resp 46182/DF, DJ 16. 05.1994, Resp 32344/PR, DJ 17.05.1993, Resp 15691/PR, DJ 03.05.1993 e Resp 7287/PR, DJ 06.05.1991.

A maioria da jurisprudência acompanha a inteligência da súmula em questão.

Neste sentido, colacionamos os seguintes arestos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIOQUALIFICADO.DESVIRTUAMENTO.IMPOSSIBILIDADE. MENORIDADE. ATENUANTE GENÉRICA. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, em face da nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, de forma a inadmitir a utilização do remédio constitucional em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial) e à revisão criminal. Em hipóteses, todavia, de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica, não obstante a mudança de paradigma, autoriza-se, de ofício, a concessão da ordem. 2. O reconhecimento da circunstância atenuante genérica da menoridade não pode ocasionar a transposição do limite mínimo da pena abstratamente cominada ao delito, conforme disposto na Súmula 213/STJ. 3. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, no julgamento do RE 597.270-4/RS, sob o regime da repercussão geral, reconheceu a

impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal em decorrência de atenuantes genéricas. 4. Ordem não conhecida. (STJ - HC: 215796 SP 2011/0192036-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 06/02/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2014)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. 1. A Súmula nº 231 do STJ, sobre a impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal a despeito de alguma circunstância atenuante, não é inconstitucional e é perfeitamente harmônica com o princípio da individualização da pena. 2. Cabe ao legislador, não ao julgador, estipular a menor e a maior retribuições admissíveis para determinada espécie de delito, sem o que restaria ilimitado o poder punitivo estatal. 3. Apelação a que se nega provimento. (TRF-3 - ACR: 2362 MS 2008.60.05.002362-5, Relator: JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, Data de Julgamento: 14/09/2010, SEGUNDA TURMA)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FIXAÇÃO DA PENA BASE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. 1. A teor da Súmula 231 desta Corte, fixada a pena-base no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena in concreto a patamar aquém daquele limite mínimo, sob pena de se permitir, a contrario sensu, que as agravantes possam elevar a pena acima do limite máximo. 2. Recurso especial a que se dá provimento para afastar a redução de pena abaixo do mínimo legal pelo reconhecimento de atenuante, ficando a sanção definitiva, para cada um dos recorridos, em 6 (seis) anos, 6 (seis) mês e 12 (doze) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.(STJ - REsp: 1102101 RS 2008/0254680-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 04/11/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2010)

Ademais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão do tema no RE 597.270-4/RS e decidiu pela impossibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo legal por conta da incidência de atenuante genérica.

Neste sentido, temos:

AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.(RE 597270/RS QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 4.6.2009)

Ainda assim, é notória a existência da controvérsia sobre o tema proposto, uma vez que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, embora possua seus defensores, ainda é questionada por grande parte da doutrina, além do número considerável de julgadores que se mostram contrários a esse entendimento ainda predominante.

CAPÍTULO II- BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E O GARANTISMO PENAL

O Neoconstitucionalismo é um fenômeno iniciado na Europa Ocidental com o fim da Segunda Guerra Mundial e que foi irradiado para os demais países ao longo do século passado, assumindo feições diversas e peculiares em cada um deles. Até então, predominava a visão defendida pelos positivistas de que a lei em sentido estrito era a fonte por excelência do Direito, não se atribuindo autoridade normativa às Constituições. Essas eram vistas como mera inspiração para o legislador infraconstitucional, mas seus preceitos não poderiam ser invocados para a defesa de direitos perante o Judiciário, em virtude da falta de imperatividade e vinculação dos mesmos, características presentes nas normas jurídicas. A aplicação estrita e unívoca da lei propiciava decisões válidas, mas, muitas vezes, injustas no caso concreto.

O contexto histórico que propiciou essa mudança foi a percepção de que o Estado poderia perpetrar barbáries contra a população sob seu jugo, em nome da legalidade meramente formal, como ocorreu no caso do nazismo alemão, surgindo daí a necessidade de se criar mecanismos de fortalecimento das Constituições. Essas passaram a resguardar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, em face dos Poderes do Estado, limitando a sua atuação, para evitar arbitrariedades que pusessem em risco os direitos e garantias individuais de seus súditos.

Diferentemente da sintética Constituição norte-americana, as Constituições europeias do pós Segunda Guerra procuraram regulamentar em seu bojo uma grande variedade de temas outrora não abordados, principalmente os que envolvem direitos sociais de natureza prestacional. Além disso, a grande maioria das normas jurídicas passou a se caracterizar pela abertura e indeterminação semânticas, exaradas através dos princípios, os quais são ponderados no caso concreto de maneira proporcional, ao contrário das regras, que se utilizam da técnica da subsunção, adequando-se o fato concreto a uma norma legal em abstrato.

A partir daí, tanto as regras como os princípios passaram a ser vistos como normas jurídicas, não havendo hierarquia entre eles, mas uma coexistência harmônica e balanceada, por meio da qual se buscam solucionar os conflitos existentes no convívio em sociedade.

O Poder Judiciário, antes um mero coadjuvante responsável apenas por aplicar a lei criada pelo Legislativo, ganha especial destaque ao passar a decidir questões relevantes e

polêmicas, que repercutem na sociedade como um todo, mormente quando se amplia a possibilidade de acesso à Justiça por parte do cidadão. Os magistrados passaram a ser coparticipantes no processo de criação do Direito, ao pretender adequá-lo às particularidades de cada caso concreto, procurando alcançar a melhor interpretação das leis estabelecidas pelo legislador.

A separação dos poderes, que possuía limites rígidos a serem seguidos, deu lugar a uma maior flexibilização desses mesmos limites, em prol da defesa dos direitos fundamentais, através de intensa atuação judicial. A Moral, que foi afastada do Direito pelos positivistas, volta a apresentar pontos de interseção com a seara jurídica, tendo em vista que os princípios possuem elevada carga axiológica, procurando primeiramente uma solução justa para as demandas que se apresentavam.

Daí, a importância da máxima efetividade dos princípios, ao se buscar otimizá-los em um ordenamento pautado pelos valores mais caros à sociedade contemporânea. Ressalte-se, por relevante, que até mesmo os princípios não previstos expressamente no texto constitucional também devem ser considerados detentores de juridicidade, como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade e o da unidade da Constituição, por estarem implícitos no âmago dos ordenamentos jurídicos constitucionais.

As normas constitucionais passaram a ter força normativa, ou seja, ganharam status de norma jurídica, possuindo meios próprios de coercibilidade, ao adquirir caráter vinculativo e obrigatório. São, destarte, dotadas de imperatividade, uma vez que compartilham de todos os atributos de normas jurídicas.

No Brasil, entretanto, só com a promulgação da Constituição de 1988 tais mudanças começaram a ocorrer entre nós. Até então, a Constituição era um mero instrumento para legitimação dos objetivos dos grupos detentores do poder. O sentido gramatical da lei instituída pelo Legislativo era o que predominava. O Judiciário ainda não possuía a liberdade e independência hoje alcançada e, portanto, não tinha um papel importante na vida política do país. A nova Carta Constitucional brasileira foi um marco histórico onde se consubstanciou a transição de um regime ditatorial, autoritário, para um Estado Democrático de Direito. A sua supremacia, que era apenas formal, passou também a ser material e axiológica.

O evento histórico que possibilitou essa reviravolta foi a redemocratização do país após o fim dos anos de ditadura militar. A Constituição Federal de 88 ampliou o leque de direitos fundamentais, conferindo a eles eficácia plena e aplicabilidade imediata.

O Neoconstitucionalismo foi gradualmente reconhecido no nosso ordenamento jurídico através de suas características marcantes ali encontradas: valorização dos princípios, adoção de modelos abertos e flexíveis como a ponderação, reaproximação com a moral, constitucionalização do Direito e a influência do Judiciário na implementação dos valores constitucionalmente previstos.

Os direitos fundamentais eram vistos apenas como normas programáticas, sem aplicação direta e imediata, necessitando de uma complementação do legislador infraconstitucional. No entanto, a preocupação com os valores elevou sua importância, passando a se discutir sua eficácia e aplicação jurídica nos diversos ramos do Direito. Devido a tais fatores, diversos institutos jurídicos tradicionais passaram a ser reinterpretados sob uma nova ótica, levando-se em consideração os novos valores presentes na nova ordem jurídica constitucional.

Assim, pode-se dizer que o conceito de “força normativa da Constituição”, criado por Konrad Hesse (1991), em contraposição ao modelo de Ferdinand Lassale (1998), se revela na interação entre as disposições normativas e a realidade espaço-temporal, da correlação entre o ser e o dever ser, para que a Constituição não seja apenas um “pedaço de papel”, desprovida de efetividade no mundo real, justificando apenas as relações de poder existentes, mas que busque colocar em prática as demandas do cidadão em face do Estado, suprimindo suas carências e necessidades sociais.

Deve existir um condicionamento recíproco no qual a Constituição se relacione com a realidade e concomitantemente busque transformá-la, atendendo aos anseios coletivos. Apesar disso, são elementos independentes, uma vez que a Carta Constitucional vai adquirindo sua força normativa na medida em que efetiva as ações pretendidas.

Ao mesmo tempo, a Constituição não deve atender meramente a interesses momentâneos, sendo revisada constantemente, eis que esse processo ocasionaria sua desvalorização gradual. É preciso garantir sua inviolabilidade e estabilidade para que a sua força e autoridade normativa sejam preservadas.

No entanto, a despeito de sua importância na transformação da sociedade e seus paradigmas, o Neoconstitucionalismo sofre algumas objeções. Primeiramente, esse modelo defende um foco maior na atuação dos juízes, conforme já mencionado, o que vai de encontro com a preconizada democracia representativa, já que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos pelo povo, diferentemente dos membros dos demais poderes. Por possuir cláusulas abertas e indeterminadas, a Constituição passa a ser interpretada e moldada de acordo com os valores e preferências dos juízes no caso concreto, o que seria um poder demasiado em suas mãos e de difícil fiscalização.

O problema está em se acreditar que o Poder Judiciário seria o único agente a possibilitar as mudanças pretendidas e se olvidar que o mesmo também é passível de erros, contradições e permissividades, bem como os demais poderes. Não se pode superestimá-lo diante da crise de representatividade do Poder Legislativo, principalmente.

Outra questão a ser levantada na Era Neoconstitucionalista é a rasa fundamentação das decisões judiciais, que buscam a sustentação de seus posicionamentos somente em princípios, mesmo quando há regra expressa disposta sobre um determinado assunto de forma clara. O que se deve buscar é um razoável equilíbrio entre as regras e os princípios, dentro do ordenamento jurídico, de forma que possam coabitar no mesmo sistema, cada um contribuindo com suas particularidades, sem suplantar um ao outro. Deve ser reconhecida a relevância das regras e da subsunção, juntamente com os princípios e a técnica da ponderação, de forma racionalizada.

Além disso, as decisões dos Tribunais Superiores têm limitado a atuação dos magistrados, que se veem compelidos a seguir o posicionamento majoritariamente adotado na jurisprudência, muitas vezes consolidado em súmulas, sem nem mesmo refletir acerca de sua constitucionalidade e justiça. Diante de uma imensidão de processos que são instaurados diariamente, é notória a massificação de decisões num mesmo sentido com uma fundamentação superficial, mesmo em se tratando de processos distintos, com suas evidentes peculiaridades. Porém, tais decisões uniformes normalmente são aceitas de forma cômoda e passiva, por advir daqueles órgãos que têm a atribuição de guardar a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, a constitucionalização do Direito vista no meio jurídico, a priori, de forma positiva, pode tomar novos rumos, ao assumir uma posição exagerada, extremista, na qual o constituinte já dita todas as medidas cabíveis. Com isso, o papel do legislador

infraconstitucional fica deveras limitado, restrito, o que não deixa de possuir também um viés antidemocrático, tendo em vista a importância da harmonia entre os poderes na construção e manutenção do Estado Democrático de Direito, além do fato de o Poder Legislativo ser constituído por membros eleitos diretamente pelo povo, de acordo com suas convicções, dada a sua soberania.

O cenário atual mostra, assim, um crescente ativismo judicial que nada mais é do que uma intervenção significativa do Judiciário na esfera tradicionalmente ocupada pelo Legislativo. Isso ocorre em razão da pretensa legitimidade adquirida diante da nova Ordem Constitucional, visando uma participação mais ativa, por meio de suas decisões, com a adoção de critérios discricionários, beirando a arbitrariedade em alguns casos. O perigo está na falta de limites desse movimento, que deve buscar frear os excessos cometidos por qualquer um dos poderes que integram nossa federação.

Conforme preleciona Lênio Streck (2014):

Os princípios constitucionais, que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceitualizações, que acabaram por transformá-los em regras (a conceitualização de um princípio petrifica seu sentido).

Assim, entendemos que o magistrado, sob a ótica neoconstitucionalista, não pode ser engessado pelas súmulas editadas como eram as normas jurídicas no antigo modelo vigente. Pelo contrário, deve ter a liberdade de agir com base nos princípios constitucionais, adequando cada uma de suas decisões diante das particularidades inerentes ao caso concreto.

Diante disso, foram inseridos no presente trabalho, como marco teórico, tanto o Neoconstitucionalismo, já abordado, quanto o Garantismo, a seguir retratado, por serem institutos que possibilitam o embasamento necessário para aqueles que não anuem com o posicionamento jurisprudencial dominante. Essas duas concepções estão intrinsecamente ligadas, o que pode ser comprovado ao levarmos em consideração que a mensuração dos direitos e garantias e a intensidade do sistema garantista se medem pela construção histórica dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Assim, o Garantismo preconiza um modelo de sociedade cujos direitos devem ser interpretados segundo a Constituição, bem como o Neoconstitucionalismo.

Com a evolução da sociedade, surgiu a necessidade da salvaguarda da ordem e segurança e o Estado passou a assumir a responsabilidade de punir e de dirimir conflitos. Daí, surgiu o Direito Penal, que se legitimou como imprescindível instrumento de controle social, em nome da paz social entre os habitantes de uma comunidade.

Entretanto, é cediço que o Estado não poderá ser arbitrário a ponto de punir sem nenhum processo legítimo. Assim, para que uma pena seja aplicada, além da comprovação de autoria e materialidade do crime, é indispensável a existência do devido processo legal. Destarte, para que as decisões possam ser legitimadas, é necessário respeitar os direitos e garantias fundamentais, com base na igualdade e sujeito à verificação de suas motivações.

O modelo garantista, defendido por Luigi Ferrajoli (2002) em sua obra “Teoria Geral do Garantismo”, surge, assim, com a finalidade de estabelecer critérios para limitar a atuação estatal na esfera penal, impedindo que os direitos e garantias individuais dos cidadãos sejam desrespeitados. Nem sobre tudo se pode decidir, nem sequer por maioria. O principal, aqui, é a intangibilidade dos direitos fundamentais de liberdade.

Como teoria jurídica, o Garantismo pode ser identificado com o Positivismo Jurídico por defender a forma estatal do Direito e a forma jurídica do Estado. Contudo, distancia-se deste e assume característica crítica ao denunciar a confusão entre vigência e validade, própria das orientações normativistas, e a redução da validade à eficácia feita pelas teorias realistas, como forma de legitimação ideológica do Direito inválido vigente. Esta forma de abordagem coloca em questão dois princípios do positivismo dogmático: a fidelidade do juiz à letra da lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao Direito positivo vigente.

Outra característica que revela o teor crítico do Garantismo em relação ao Positivismo Jurídico dogmático é a tarefa incumbida ao jurista garantista de denunciar as antinomias e lacunas do ordenamento, mediante juízos de invalidade das normas inferiores e de ineficácia das superiores, atuando, assim, de forma mais ativa e dinâmica no processo.

Na visão de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2004, p.19)

A teoria do Garantismo Penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais.

Ainda nesta toada, os mencionados autores lecionam (2004, p.20)

A teoria do garantismo penal pressupõe o direito como única alternativa à violência dos delitos e das penas, cuja existência apenas se justifica se

percebido como mecanismo de tutela do indivíduo contra as formas públicas e privadas de vingança.

No Brasil, o Garantismo foi importado precisamente durante o período de redemocratização, marcado pela promulgação da nova Carta Constitucional e pela garantia de respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Verifica-se que o modelo garantista permite a garantia de uma espécie de freio na intervenção estatal na esfera dos direitos fundamentais do cidadão, por possuir um parâmetro de racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva do Estado. O Garantismo é, assim, o corolário do modelo penal minimalista, em que se tem a diminuição do poder estatal em contraposição à liberdade do indivíduo.

Para Ferrajoli (2002), a expressão garantismo apresenta três acepções: numa primeira designa um modelo normativo próprio do Estado de Direito, numa segunda, designa uma teoria jurídica da validade, efetividade e da vigência normativas; numa terceira, designa uma Filosofia do Direito e crítica da política, que impõe ao Direito e ao Estado um discurso normativo e uma prática coerente com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justifiquem sua existência. O tratamento que Ferrajoli dá à primeira acepção da expressão garantismo é o que interessa para os fins do presente trabalho.

Este modelo normativo é estudado pelo autor em três planos: a) no plano epistemológico como um sistema de poder mínimo; b) no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade; c) no plano jurídico como um sistema de limites ao poder punitivo do Estado e ao mesmo tempo de garantias aos direitos dos cidadãos.

Ferrajoli (2002) busca demonstrar que não há um modelo vigente integralmente garantista, mas há graus de garantismo. Ressalte-se, ainda, a diferença entre um sistema garantista no plano teórico, ao se levar em consideração os princípios constitucionais estabelecidos, e um na prática, que busca um efetivo funcionamento do sistema. Como ele retrata (2002, p.684)

Uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas- ou seja, de garantias- que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo.

É um modelo ideal e a realidade deve apenas buscar se aproximar o máximo possível de sua concretização. Quanto mais próximo desse modelo a ser atingido, mais garantista será o sistema jurídico em questão, uma vez que a distância entre a normatividade do modelo em nível constitucional e a efetividade dos dispositivos inferiores diminuirá.

Devemos esclarecer que o juiz deve ficar atrelado à lei enquanto norma válida, coerente com a Constituição Federal, e não à lei como na visão positivista, focando apenas o aspecto formal. Dessa forma, toda a ordem jurídica deve ser lida à luz da nossa Carta Magna e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que não se conformam com ela.

O magistrado, resguardado pelas diretrizes constitucionais, passa a ter flexibilidade no desempenho de suas atribuições, como um agente garantidor do devido processo penal legal, por meio da constitucionalização do Direito.

CAPÍTULO III- APLICAÇÃO DA PENA: O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O SISTEMA TRIFÁSICO DE DOSIMETRIA

O arbítrio judicial vigente durante a Idade Média permitia que os juízes aplicassem a pena que julgassem mais justa aos indivíduos, não havendo a imposição de limites para a sua determinação. Isso ocorria porque prevalecia a ideia retribucionista de pena, na qual se devia retribuir o mal injusto praticado com um mal justo previsto no ordenamento jurídico. Entre seus defensores destacam-se Kant e Hegel.

Bitencourt (2010, p.660-661) coloca que no Estado absolutista todo o poder legal e de justiça concentrava-se na pessoa do rei. A ideia que permeava nesse período era de que a pena deveria ser um castigo imposto ao infrator. Neste regime absolutista, aplicava-se uma pena a quem agisse contra o soberano, acreditando que também estava se rebelando contra o próprio Deus.

Porém, como reação a esse modelo arbitrário, ao fim do Feudalismo e com o surgimento dos Estados Nacionais, foi criada a noção de pena fixa, onde havia uma exata medida para cada delito praticado e a definição precisa dos crimes. O entendimento em questão culminou num sistema rígido, onde os juízes não poderiam interpretar a lei, mas apenas aplicá-la de forma literal.

Dessa forma, o juiz, até então livre para julgar da maneira que lhe conviesse, passa a ser um mero aplicador mecânico da lei, não podendo emitir nenhum juízo de valor. Na concepção de Beccaria, seguindo a de Montesquieu, ao juiz não deveria sequer ser admitido interpretar a lei, mas apenas aplicá-la em seus estritos termos. Durante esse período, valorizava-se a certeza, a estabilidade da lei elaborada pelo legislador, que iria definir todas as condutas passíveis de sanção penal.

Com o tempo, percebeu-se que nem um extremo nem o outro seriam a solução adequada para a dosimetria da pena, mas, sim, um modelo que estabelecesse limites mínimo e máximo, no qual o magistrado, com base em seu livre convencimento motivado, teria a oportunidade de mensurar a pena ideal para cada caso concreto. Daí, surgiu a noção de individualização da pena presente nos ordenamentos jurídicos atuais.

Então, hoje, o sistema jurídico brasileiro se pauta nesses limites preestabelecidos para o processo de fixação da pena, por meio do qual o juiz, em conformidade com os limites mínimo e máximo estabelecidos por lei, quantifica, de forma motivada, a pena base, primeira etapa da dosimetria da pena.

A motivação é, assim, uma garantia em face dos possíveis excessos porventura cometidos contra o apenado e, conforme o art. 93, IX, CF/88, todas as decisões do Judiciário serão fundamentadas sob pena de nulidade.

No sistema nacional, o princípio da individualização da pena também é um direito fundamental, previsto no art. 5º, XLVI, CF/88, e tem como meta a proteção dos indivíduos contra eventuais abusos do Estado, detentor do jus puniendi. Assim, a pena a ser aplicada deve ser proporcional aos motivos que a ensejaram, levando-se em consideração as particularidades do agente e das circunstâncias da conduta praticada. Tem sua garantia e seus limites na lei ordinária, a qual prevê os tipos de infrações penais, onde são estabelecidos o mínimo e o máximo de pena em abstrato aplicável através de uma metodologia.

Essa individualização ocorrerá em 03 fases distintas: legislativa, judicial e executória. A legislativa elege os fatos puníveis e estabelece os limites e os critérios de fixação das penas correspondentes. Já a judicial vai concretizar a individualização legislativa, enquanto a executória efetiva o cumprimento da pena.

No presente estudo, vamos analisar mais detidamente a individualização judicial da pena.

III.1 - Circunstâncias e elementares do crime

Os tipos penais descrevem as condutas consideradas ilícitas, que são chamadas elementares do tipo ou elementos essenciais constitutivos do delito. Além desses fatores, os tipos penais podem ser acompanhados por circunstâncias acidentais, que irão influenciar na dosagem final da pena, mas não os integram, apenas podem aumentar sua gravidade.

Tais circunstâncias, que não constituem e nem qualificam o crime, são classificadas como circunstâncias judiciais, circunstâncias legais e causas de aumento e de diminuição da pena.

III.1.a- Circunstâncias judiciais

As circunstâncias judiciais são assim denominadas pelo fato de a lei deixar para o magistrado o papel de definir no caso concreto a sua valoração. Elas limitam a discricionariedade judicial, uma vez que os juízes precisam fundamentar suas escolhas.

Elas estão previstas no art. 59, do Código Penal:

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

Resta evidenciado o caráter residual das circunstâncias judiciais, já que o legislador previu, nos demais grupos, fatos específicos que entendeu pertinentes à quantificação da pena.

A primeira circunstância a ser apreciada pelo juiz é a culpabilidade, que aqui funciona como um elemento de medição da pena. Aqui ela é entendida não como um fundamento da pena, mas como sua limitadora. São analisadas a maior ou menor reprovabilidade da conduta praticada e a maior ou menor exigibilidade de outra conduta. O dolo será considerado na avaliação do grau de censura. Rui Rosado (2001, p. 145-175) define

“Considera-se, nessa fase, que o crime representa uma quebra na expectativa de que o agente atenderia ao princípio ético vigente na comunidade assim como expresso na lei; seu ato será tanto mais censurável quanto maior a frustração” (2001, p. 145-175).

Os antecedentes são fatos praticados anteriormente ao delito pelo réu e podem ser bons ou maus. Antes da Reforma Penal de 1984, que introduziu o artigo 59 no Código Penal, entendia-se que os antecedentes do réu abrangiam todo o seu passado, incluindo desde as condenações que eventualmente tivesse sofrido, até relacionamentos familiares e conduta laboral. No entanto, atualmente, a conduta social é tratada separadamente, o que veio limitar o alcance dessa circunstância judicial à folha de antecedentes, que se resume nas ocorrências criminais na vida pregressa do agente.

Em sua obra, Teoria e Prática da Aplicação da Pena, Maurício Kuehne (2003, p.181). faz transcrição do artigo de Maria Fernanda de Toledo Rodvalho Podval, “Maus antecedentes: em busca de um conteúdo”, para corroborar seu posicionamento. O artigo, publicado no Boletim de Jurisprudência do IBCCrim, expressa:

Antecedentes são todos os fatos ou episódios da vida anteaecta do réu, próximos ou remotos, que possam interessar, de qualquer modo à avaliação subjetiva do crime. Tanto os maus e os péssimos, como os bons e os ótimos. Em primeiro lugar, deve-se ter em conta os antecedentes judiciais.

Prosseguindo no tema, Maurício Kuehne (2005, p.183), aponta:

A existência de condenações penais anteriores irrecorríveis- mesmo revelando-se inaplicável a circunstância agravante da reincidência, ante o que dispõe do art. 64, I, do Código Penal- não inibe o poder Judiciário de considera-las, no processo de dosimetria penal, como elementos caracterizadores de maus antecedentes judiciário-sociais do acusado.

Outra circunstância judicial é a personalidade, também conhecida como a índole ou o caráter do indivíduo, que é formada pelo conjunto dos dados externos e internos, moldando o jeito de agir do réu, sendo em parte herdado e outra parte adquirida e com o qual responde às diversas situações que lhe são propostas na vida cotidiana. Na análise da personalidade, deve-se verificar a boa ou má índole do sujeito, se o crime cometido foi apenas um episódio acidental ou se é recorrente esse tipo de comportamento. Segundo Pedro Sérgio dos Santos e Mara Lúcia Almeida Vieira (1999, p.113), “Cada indivíduo tem sua história pessoal e essa é a unidade básica a ser levada em conta no estudo da personalidade”.

Além disso, a personalidade é considerada uma circunstância preponderante na aplicação da pena. Destaca-se ainda que a personalidade é uma circunstância temerária, já que ela remete ao direito penal do autor, por ser uma característica extremamente subjetiva, que tende à arbitrariedade e desigualdade.

Como expõe José Antonio Paganella Boschi (2004,207), a personalidade supera as singelas avaliações que pessoas fazem uma das outras. Trata-se de algo dinâmico, que nasce com o indivíduo e se modifica com ele. Mesmo que fosse possível um diagnóstico conclusivo sobre o assunto, não seria legítima a consideração da personalidade do acusado como fator de exacerbação da sanção, pois representaria uma punição ao seu modo de ser, concebendo a

intervenção estatal com o fim de alterar a personalidade do criminoso uma de suas finalidades.

Sucintamente, Juliana de Andrade Colle (2005,p.1) enumera quatro motivos para o afastamento dessa análise da competência judicial

Primeiro, porque ele não tem um preparo técnico em caráter institucional. As noções sobre psicologia e psiquiatria adquire como autodidata. Segundo, porque não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo...Terceiro, porque não vige no processo penal a identidade física, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Quarto, porque em razão das deficiências materiais do Poder Judiciário e da polícia, o processo nunca vem suficientemente instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade.

Ademais, não há culpabilidade se a conduta praticada não corresponde a um tipo de ilícito penal. Entretanto, embora o ordenamento jurídico vigente adote o direito penal do fato, a personalidade do agente é analisada no momento da quantificação da pena.

Por sua vez, a conduta social analisa o comportamento do indivíduo no meio onde se encontra inserido. De acordo com Nucci (2007,p.182), conduta social "é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança".

Reforçando este posicionamento, Rui Rosado (2003, p.60):

A conduta social consiste no modo pelo qual o agente exerceu os papéis que lhe foram reservados na sociedade. Trata-se de averiguar, através dessa circunstância, o seu desempenho na sociedade, em família, no trabalho, no grupo comunitário, formando um conjunto de fatores do qual talvez não tenha surgido nenhum fato digno de registro especial, mas que serve para avaliar o modo pelo qual o agente se tem conduzido na vida de relação, exame esse que permitirá concluir se o crime é um simples episódio, resulta de má educação ou revela sua propensão para o mal.

A conduta social como elemento de fixação da pena base é tratada de forma sucinta pela doutrina, que em geral sustenta que a análise do magistrado acerca da conduta social do

agente restringe-se basicamente às perguntas feitas no interrogatório e nos depoimentos das testemunhas.

De forma acertada, Baratta reforça a dificuldade dos magistrados em compreender os valores sociais do acusado a partir de parâmetros que não integram sua realidade. Para o referido autor (2002, p.177):

O insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, acaba por desfavorecer os indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população, haja vista a ação exercida por estereótipos e preconceitos.

Para resolver esse impasse, seria preciso que o magistrado fizesse sua valoração a partir da perspectiva do réu, tentando entender a realidade a que ele pertence, quais são suas dificuldades, em que condições vive, para então saber se a sua conduta social seria considerada adequada ou não dentro das possibilidades da realidade a qual se encontra inserido .

Acerta Zaffaroni (2002) quando alerta

O sujeito de maus hábitos os terá adquirido por freqüentar tabernas e prostíbulos; esta conduta é claramente atípica, mas quando a ele se reprova sua ‘condução de vida’, que desemboca num homicídio, estaremos reprovando sua conduta anterior de freqüentar tabernas e prostíbulos, isto é, a reprovação da conduta de vida é a reprovação de condutas anteriores atípicas, que o juiz considera contrárias à ética (quando na realidade podem ser contrárias apenas a seus próprios valores subjetivos). A culpabilidade pela conduta de vida é o mais claro expediente para burlar a vigência absoluta do princípio da reserva legal e estender a culpabilidade em função de uma ‘actio immoral in causa’, por meio da qual se pode chegar a reprovos os atos mais íntimos do indivíduo. Poucos conceitos podem ser mais destrutivos para uma sã concepção do direito penal.

Assim, não deve haver responsabilidade penal do indivíduo por condutas atípicas, por mais que sejam moralmente reprováveis, haja vista vivermos num Estado Democrático de Direito, no qual cada um tem a sua própria moral e essa deve ser respeitada.

Os motivos determinantes são os fatores que levaram o agente à prática delituosa, o que propiciou tal intento, e constituem a fonte propulsora da vontade criminosa. Podem ser

nobres ou vis, e dentro dessa tábua de valores, devem ser avaliados, contando ainda a sua intensidade para a determinação da ação. Além disso, os motivos tem uma forma dinâmica, podendo variar de indivíduo para indivíduo, de acordo com seus interesses ou sentimentos em relação a uma determinada situação concreta.

Já o dolo e a culpa, diferentemente do motivo, estão relacionados à figura típica abstrata. Portanto, dolo e motivo são figuras distintas que não podem ser confundidas. Outro ponto a ser esclarecido é a diferença entre motivo e objetivo. Enquanto motivo é o elemento psicológico que propulsiona a conduta, objetivo é o fim a ser atingido pelo agente com a prática desta conduta. Também é relevante destacar que, se eles vierem a configurar qualificadora, agravante ou atenuante genérica, causa de aumento ou diminuição da pena, não poderão ser considerados como circunstância judicial, a fim de que seja evitado o indevido bis in idem.

As circunstâncias do crime podem ser consideradas um complemento ao tipo penal incriminador, por não terem existência autônoma, na medida em que dependem de uma figura típica principal para aderirem. Bitencourt (2002, p.554) reforça que "as circunstâncias referidas no art. 59 não se confundem com as circunstâncias legais relacionadas no texto legal (arts. 61, 62, 65, 66 do CP), mas defluem do próprio fato delituoso".

Podem ser a forma e a natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes.

Ademais, as circunstâncias podem ser objetivas ou subjetivas, podendo se relacionar à duração do fato criminoso, ao local do crime ou à atitude do agente ante a prática do delito. Ressalte-se que as referidas circunstâncias podem qualificar ou privilegiar um dado crime ou ser sua elementar. Aí, nesse caso, não serão avaliadas nessa fase, para evitar a dupla valoração.

Por outro lado, temos as consequências do crime, que consistem no dano causado pela infração penal, podendo ser material ou moral. Será material quando causar diminuição no patrimônio da vítima, sendo suscetível de avaliação econômica. Por sua vez, o dano moral implicará dor em sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos físicos quanto os morais.

No exame dessa circunstância, o juiz irá avaliar a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima ou a seus familiares. De igual modo, devem ser sopesadas apenas as consequências que não integram o fato típico, sob pena de incorrer-se em dupla valoração.

A última circunstância judicial é o comportamento da vítima, já que ela, em alguns casos, provoca o agente, criando nele ou contribuindo para criação de um impulso delitivo. Nesses casos, a vítima teve participação efetiva na culpabilidade do autor, uma vez que limitou a sua determinação de agir conforme o Direito. Por isso, o agente, nessa situação, deve receber uma censura penal mais branda do que a que lhe caberia nos casos de ausência total de provocação da vítima. É relevante para a apreciação de certos delitos, como, por exemplo, os de lesão resultante de impulso provocado pelo agredido, os cometidos contra a honra, desde que não seja causa de não aplicação da pena (art. 140, par. 1º), contra o patrimônio de quem desleixa no cuidado de seus bens.

Deve-se destacar que a provocação da vítima não se confunde com agressão, que poderá gerar uma situação de legítima defesa. Nesse caso, ocasionará a exclusão da ilicitude, sem que se chegue, portanto, à aplicação de uma pena. No homicídio (art. 121, §1º, do CP) e nas lesões corporais (art. 129, §4º, do CP), a injusta provocação da vítima caracterizará causa de diminuição de pena, a ser sopesada somente na terceira etapa da dosimetria.

III.1.b- Circunstâncias legais: agravantes e atenuantes

A segunda fase de dosimetria da pena consiste na análise pelo magistrado se, no caso concreto, incidem circunstâncias de agravação ou atenuação da pena. As circunstâncias legais tratam-se das circunstâncias agravantes previstas nos artigos 61 e 62 e as atenuantes nos artigos 65 e 66, todos do Código Penal.

Primeiramente, deve-se atentar se tais circunstâncias não constituem as elementares, qualificadoras ou causas de aumento ou de diminuição. As circunstâncias de caráter subjetivo dizem respeito aos motivos ou fins de agir, à qualidade ou condição pessoal do agente, ou às relações do agente com os demais concorrentes ou com a vítima. As circunstâncias de caráter objetivo identificam-se com o meio ou modo de execução, pelo tempo e lugar ou pela condição ou qualidade da vítima. As circunstâncias legais agravantes não se aplicam aos crimes de natureza culposa, exceto a que diz respeito à reincidência, em conformidade com a jurisprudência.

As atenuantes e agravantes, em geral, trazem situações específicas, de modo que são aplicadas por subsunção. O rol de agravantes apresentado no referido diploma é taxativo, considerando a vedação de analogia *in malam partem*, além de violar o princípio da reserva

legal. De fato, se não há pena sem previsão legal, conseqüentemente não haverá agravante sem previsão legal. Por sua vez, no caso das atenuantes, há um rol de hipóteses apenas exemplificativo, em razão do art. 66, do Código Penal admitir a existência de outras atenuantes não previstas expressamente em lei.

As circunstâncias agravantes e atenuantes são aplicáveis a qualquer delito com o qual guardem compatibilidade. Porém, a lei não fornece critério algum que permita determinar o quantum de aumento ou de diminuição a ser realizado quando verificada alguma das hipóteses dos artigos correspondentes. Tal fato as aproxima das circunstâncias judiciais, razão pela qual se defende a estipulação da quantidade a ser aumentada ou diminuída em semelhantes casos. Ressalte-se que esse entendimento é ainda exclusivamente doutrinário, vez que ainda não há dispositivo legal que preveja tal operação.

James Tubenchlak (1988, p.16-19) aduz que a posição tradicional, que não aceita a redução da pena base aquém do mínimo pela atenuante, é desprovida de fundamento razoável. Em suma, entende que a atenuante pode chegar aquém do mínimo, porque não existe proibição legal alguma (ao contrário do que acontecia quando da vigência do art. 48, da antiga parte geral, em extensão analógica), e porque o art. 68, do Código Penal, segunda parte, determina a obrigatoriedade de considerar as circunstâncias agravantes e atenuantes (“serão consideradas...”), mesmo quando restar no mínimo na primeira fase (art.59). Tubenchlak, embora de forma não explícita, fixa como limite para a redução um terço da pena fixada na base.

Agapito Machado (1989, p.388-389) segue a mesma linha de Tubenchlak no que tange a obrigatoriedade expressa na 2ª parte do art. 68 e acrescenta outro argumento: em caso de dois réus que tenham direito, no momento da primeira fase, à pena mínima, estar-se-ia agredindo o princípio da isonomia ao não se reduzir a pena daquele que tiver em seu favor ainda uma outra atenuante específica.

Miguel Loebmann (1992, p.390-393), ensina que, ante a inexistência de proibição para que a atenuante alcance índice inferior ao mínimo abstratizado e a obrigatoriedade emergente dos arts. 65 (“são circunstâncias que sempre atenuam a pena...”) e 68 (“... serão consideradas as circunstâncias atenuantes...”), do Código Penal, a não concessão do benefício àquele que tem a pena base em seu mínimo afronta o direito penal vigente e “nos coloca frente a um verdadeiro absurdo jurídico”. A baliza para redução, segundo Loebmann, estaria na aplicação

analogica dos arts. 21, parágrafo 1º, do 29, parágrafo 1º, do 121 e parágrafo 4º do 129, tendo como parâmetro o máximo de um terço.

Em nível jurisprudencial, há um preciso acórdão da 3ª Câmara Criminal do TJ-SP, relator Des. Luiz Pantaleão, cuja ementa é a seguinte :

As circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61,62 e 65, todos do Código Penal , sempre incidirão sobre as penas básicas, por força do disposto no art. 68 do mesmo diploma legal, ainda quando essas se encontrem já nos limites mínimo e máximo da cominação em abstrato”. Do corpo do acórdão emerge que o “sempre” previsto em lei “impõe obediência”, porque “raciocínio outro seria admitir a conclusão no sentido de que só os réus que viessem a ter, por circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base estabelecida acima do mínimo legal, fariam jus à benéfica incidência da atenuante obrigatória. Tanto seria o sufrágio do injusto e ilógico.

Apresentado o panorama geral das circunstâncias legais, o presente trabalho passa a dar maior ênfase no estudo das circunstâncias atenuantes. Como já mencionado, em regra, as atenuantes são especificadas pelo legislador, através do rol previsto no art. 65, CP. Há uma enumeração na qual se pode identificar cada uma das circunstâncias genéricas de redução da pena, como ocorre com a menoridade relativa, a senilidade, o desconhecimento da lei, o motivo de relevante valor social ou moral, dentre outras.

Entretanto, elas não se esgotam nas hipóteses taxativamente previstas em lei, como ocorre no caso das agravantes. No art. 66, do CP, criou-se a possibilidade de reconhecer circunstâncias inominadas, ou seja, não estabelecidas de forma precisa e prévia. A referida norma fornece um padrão que deverá ser preenchido, no caso concreto, pelo magistrado.

IV.1.b.1- Espécies de atenuantes nominadas

IV.1.b.1.1- Autor menor de 21 ou maior de 70 anos

A menoridade relativa é a atenuante aplicável aos indivíduos com idade entre 18 e 21 anos à época do fato. Surgiu no sistema penal como circunstância atenuante a partir do

Código Criminal do Império, de 1830, e, fixou-se, desde então, como preponderante no confronto com eventuais agravantes, por fazer parte da personalidade. Atualmente, continua sendo a principal das atenuantes por tradição. Isso ocorre porque se entende que o menor, nessa fase da vida, ainda está em formação da sua personalidade, merecendo a benevolência do juiz no momento da fixação da pena.

Para grande parte da doutrina e da jurisprudência, ela deve sobrepor-se a qualquer agravante, inclusive a da reincidência. A prova da menoridade se faz por qualquer documento hábil, como preceitua a Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça. A entrada em vigor do novo Código Civil em 2002, considerando plenamente capaz o maior de 18 anos para os atos da vida civil, em nada altera a aplicação desta atenuante, que deve continuar a ser considerada pelo magistrado na aplicação da pena.

O mesmo critério de idade foi utilizado para a concessão da atenuante da senilidade, não tendo o Código empregado o termo “velho”, o que permitiria discussão acerca da sua amplitude, mas mencionou expressamente o maior de 70 anos, seja ele considerado velho ou não, ainda que esteja em perfeita forma física e estado mental. Ressalte-se que o maior de 70 anos trata-se de pessoa que, diante da idade cronologicamente avançada, pode sofrer marcantes alterações a repercutir em seu estado psíquico, de forma a deixar de ser mentalmente o que sempre foi, podendo agir irracionalmente.

Assim, da mesma forma que o menor de 21 anos pode cometer o delito em razão da imaturidade, o homem de 70 anos pode fazê-lo devido ao abalo psíquico trazido, muitas vezes, pela velhice. Ambos merecem maior condescendência do juiz ao aplicar-lhes a sanção penal, justamente para que tenham melhores condições de ressocialização.

III.1.b.1.2- Desconhecimento da lei

O desconhecimento da lei é inescusável, conforme prevê o art. 21, primeira parte, do Código Penal, embora seja possível isentar de pena o agente que erre quanto à ilicitude do fato. A diferença entre “desconhecer a lei” e “errar quanto ao conteúdo da norma” concentra-se no fato de que a lei é de conhecimento presumido, a partir do momento em que é publicada no Diário Oficial, para ciência geral.

Destarte, desconhecer a lei, isto é, a norma escrita, não é motivo para o reconhecimento de erro de proibição. No entanto, provando-se ao juiz que o conhecimento do ilícito não era possível de ser alcançado, porque longe da informação cotidiana, pode-se obter a excludente de culpabilidade, por ausência de consciência potencial de ilicitude. Além disso, demonstrando-se que o conteúdo da norma não era conhecido ao tempo da realização da infração penal, embora pudesse sê-lo, tratar-se-á de erro de proibição inescusável, justificador da causa de diminuição de pena de um sexto a um terço.

Assim, quando a informação era possível de ser atingida, com algum esforço do agente, nenhuma excludente ou causa de diminuição de pena será considerada, mas é razoável supor que há normas em desuso ou de rara utilização, motivo pelo qual se tornam mais distantes do cotidiano. Nesse caso, viabiliza-se invocar o desconhecimento da lei, como critério residual, para atenuação da pena.

Cuida-se de uma gradação estabelecida pela lei que vai do erro de proibição escusável, passando pelo inescusável até atingir o mero desconhecimento da norma penal.

III.1.b.1.3- Motivo de relevante valor social ou moral

Relevante valor é um valor importante para a vida em sociedade, tais como patriotismo, lealdade, inviolabilidade de domicílio, intimidade. Quando se tratar de relevante valor social, leva-se em consideração interesses não exclusivamente individuais, mas, de ordem geral, coletiva. No caso do relevante valor moral, o valor em questão leva em conta interesse de ordem pessoal.

Ele difere da causa de diminuição prevista no contexto do homicídio e da lesão corporal (Arts. 121, §1º, 129, §4º, do CP), pois, nestes últimos casos, o agente atua impelido pelo motivo de relevante valor moral ou social, ou seja, dominado pela realização do crime à custa de estar atingindo importante valor para si ou para a comunidade onde vive. Por outro lado, a atenuante é mais branda, não exigindo forte carga emocional que leve o autor ao cometimento do crime. Possui, como várias outras atenuantes, conteúdo residual à causa de diminuição de pena.

III.1.b.1.4- Arrependimento

O arrependimento do agente, ao executar o crime, pode conduzi-lo ao arrependimento eficaz (art. 15, CP), ao arrependimento posterior (art. 16, CP) ou à mera aplicação da atenuante do arrependimento. Neste último caso, consumado o delito, não sendo cabível o arrependimento posterior, pode tentar o agente, por sua espontânea vontade, amenizar ou até mesmo evitar as consequências do crime. Deve reparar o dano antes do julgamento ou agir para minorar os efeitos da infração penal logo depois de sua prática.

No dizer de Aníbal Bruno (1976, p.140)

É o sentimento de humanidade ou de justiça que se manifesta no gesto pelo qual, por assim dizer, o agente renega do seu crime e procura restaurar a normalidade das coisas em benefício da vítima, que faz diminuir a reprovabilidade da ação punível, sob o ponto de vista subjetivo, e justifica a atenuação da pena. A piedade que demonstrou o agente e um certo grau de consciência do dever e decisão de cumpri-lo, em oposição à aversão ao Direito, justificam a atitude do legislador em reduzir-lhe a punição.

Nucci (2007, p.250) afirma que

Cuida-se de atenuante positivamente prevista no Código Penal, buscando entender, captar e devolver na forma de pena minorada o que se passou no espírito do delinquente que se arrependeu do que fez, ou seja, magoou-se em virtude de sua própria conduta, pretendendo, então, alterar a rota traçada, amenizando o resultado negativo de delito. A sua preocupação em sanar o mal concretizado deve ser vista como fator de reeducação natural, em função da autocensura ou autocrítica, merecedora de menor reprovação social, logo, de menor pena. Esta, como se viu, destina-se, dentre outros fatores, a promover no condenado a alteração de seu comportamento, reeducando-o para que adote valores consentâneos à vida em comunidade, respeitando direito alheio, motivo pelo qual seu gesto espontâneo nesse caminho deve redundar em menor punição

Saliente-se, no entanto, que a atenuante demanda espontânea vontade, ou seja, agir movido pela sinceridade de propósito e com eficiência para evitar ou minorar as consequências do crime, bem como, quando possível, reparar o dano. A ação há de ser pessoalmente realizada, pois, do contrário, ficaria praticamente impossível detectar sua espontaneidade.

Exceto em casos especiais, o juiz deve avaliar se o próprio autor do delito procurou a vítima e buscou, de algum modo, atenuar as consequências do que realizou. Não se admite a atenuante quando terceiros procuram o ofendido e, em lugar do criminoso, efetuam a reparação do dano ou promovem algum benefício pensando em minorar a situação penal do sujeito.

A atenuante prevista neste dispositivo, no entanto, para ser aplicada, pressupõe que o agente consiga de algum modo reparar o dano ou evitar-lhe ou mesmo minorar-lhe as consequências. Para crimes em que não haja prejuízo ou quando o agente, apesar de profundamente arrependido, não tem meios para reparar o dano causado, nem tampouco atenuá-lo de algum modo, não se aplicará o benefício da atenuante.

III.1.b.1.5- Coação irresistível

Há três níveis para se reconhecer a coação. A coação física irresistível tem o condão de excluir a própria conduta, afastando a tipicidade. Quando se tratar de coação moral irresistível, configura-se uma causa de exclusão da culpabilidade (art.22,CP).

Porém, caso a coação física ou moral seja resistível, poderá servir como atenuante. Há casos que, ainda que o agente não mereça a absolvição ou uma maior redução de pena, deverá ser punido com menor rigor.

III.1.b.1.6- Cumprimento de ordem de autoridade superior

No cenário das relações de direito público, onde impera a hierarquia, as ordens recebidas devem, em regra, ser cumpridas sem questionamentos. Mas, excepcionalmente, determinações que, em cumprimento, provocam danos a terceiros.

Assim, o agente subordinado pode alegar tê-lo feito em estrito cumprimento de seu dever, o que serve para elidir a ilicitude de sua conduta (art. 23,III,CP). Pode sustentar, ainda, ter agido sob pressão de superior hierárquico, ainda que a ordem tenha sido de duvidosa legalidade, beneficiando-se da excludente de culpabilidade da obediência hierárquica (art. 22, CP). No entanto, quando cumpre ordem, sendo esta de manifesta ilegalidade, embora sob pressão da autoridade superior, é cabível o reconhecimento da atenuante.

III.1.b.1.7- Influência de violenta emoção provocada por ato injusto da vítima

A violenta emoção pode levar ao cometimento de crimes. Entretanto, quando não há qualquer influência da vítima não serve de justificativa, nem de atenuante (art. 28,I, do CP). Porém, havendo injusta provocação do ofendido, pode levar à situação extremada do domínio da violenta emoção, desencadeando homicídio ou lesão corporal. É a situação prevista como causa de diminuição de pena (art. 121,§1º, e art. 129, §4º, do CP). Nesta hipótese, exige-se também que a violenta reação do agente se dê logo após a injusta provocação.

No caso da atenuante, basta a influência de violenta emoção, por ser um estágio mais ameno, mais brando, mas que não se exige que o crime seja praticado logo em seguida à provocação, cabendo um maior lapso de tempo entre a ação e a reação. Deve haver, assim, nexos de causalidade entre o elemento subjetivo representado pela violenta emoção envolvendo o agente e o elemento objetivo retratado pelo comportamento provocador e injusto do ofendido.

III.1.b.1.8- Confissão espontânea

A confissão, para valer como meio de prova, precisa ser voluntária, ou seja, livremente praticada, sem qualquer coação. Entretanto, para servir de atenuante, deve ser ainda espontânea, sinceramente desejada, para que o réu não se aproveite da circunstância legal apenas visando seu locupletamento.

Além disso, por mais espontânea que tenha sido, ela perde totalmente o valor como atenuante caso haja retratação, principalmente antes do julgamento. Por outro lado, não se aceita a atenuante da confissão espontânea se for realizada a admissão da culpa apenas com o intuito de obter o reconhecimento de alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade (confissão qualificada).

III.1.b.1.9- Influência de multidão em tumulto não provocado

É requisito essencial que o agente do crime não tenha provocado o tumulto no qual se viu envolvido, bem como não se aplica àqueles que se aproveitam da situação de desordem

para conduzir a massa. Exemplos dessa atenuante são os linchamentos, agressões praticadas por torcidas organizadas, brigas de rua, etc.

III.1.b.2- Atenuante inominada

Trata-se de circunstância legal extremamente aberta, sem apego a formalismos, permitindo ao juiz analisá-la e aplicá-la. Diz a lei constituir-se atenuante qualquer circunstância relevante, ocorrida antes ou depois do crime, mesmo que não esteja expressamente prevista em lei.

Para Nucci (2007, p.258),

É preciso considerar que qualquer delincente que tenha sofrido algum mal, depois da prática da infração penal, deve ter a sua pena reduzida em função da atenuante inominada, pois a pena aplicada, nessa situação, teria a função de compensação subsidiária.

III.1.c- Causas de aumento e de diminuição

As causas de aumento e de diminuição, também conhecidas como majorantes e minorantes, são fatores de aumento ou redução da pena, estabelecidos em quantidades fixas ou variáveis. Estão previstas na parte geral e na parte especial do Código Penal. As causas de aumento se aproximam das qualificadoras, pois integram a estrutura típica do delito e permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, bem como as causas de diminuição possibilitam a redução da pena abaixo do mínimo.

III.1.d- Qualificadoras e privilégios

O último grupo de circunstâncias é o das qualificadoras e privilégios. De acordo com Nucci(2007, p.159),qualificadoras são “circunstâncias legais específicas, jungidas diretamente ao tipo penal incriminador, que produzem a elevação da faixa de aplicação da pena, aumentando concomitante e abstratamente o mínimo e o máximo previstos para o crime”.

Exemplos de qualificadoras são os previstos nos artigos 121, § 2º, 155, §4º, 159, § 1º do Código Penal. Privilégios são circunstâncias semelhantes, mas que diminuem a faixa de pena, no lugar de aumentá-la. Como exemplo, temos o do artigo 317, § 2º, do Código Penal.

III.2- Fases de fixação da pena

A fixação da pena pelo juiz na sentença é um processo que se divide em três fases: a) a primeira fase é aquela em que se elege o tipo e o quantum da pena; b) a segunda fase é aquela em que se opta pelo regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, quando houver e c) na terceira fase se decide pela substituição de eventual pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Na quantificação da pena privativa de liberdade pelo juiz, o Código Penal utiliza o método trifásico. Nesse sistema, a tarefa de eleição da pena passa pela fixação da pena base, cujo valor, com base nas denominadas circunstâncias judiciais, é estipulado entre o mínimo e o máximo previstos no tipo penal, pela fixação da pena provisória, que é aquela obtida com a incidência das atenuantes e agravantes sobre a pena base, e pela fixação da pena definitiva, que é aquela obtida depois da aplicação das causas de aumento e de diminuição sobre a pena provisória. Esse processo vem previsto no art. 68, do Código Penal, que dispõe:

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

O ponto de partida da determinação do exato montante de pena a ser aplicado sobre o autor de um crime é a análise das circunstâncias judiciais, que constitui exatamente a primeira fase da dosimetria da pena. Da pena estipulada no preceito secundário do tipo penal, o juiz, por meio de uma análise dessas circunstâncias, chega a um determinado valor de pena sobre o qual incidirão as demais operações. Esse valor é o que precisamente se denomina pena base.

Tal processo vem previsto no já mencionado art. 59 do Código Penal, que determina que o juiz, dentro dos limites estipulados em lei e com base nas oito circunstâncias judiciais, estabeleça o tipo e a quantidade de pena aplicável, em patamar suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Dentro do sistema trifásico, uma vez fixado a pena base, a operação seguinte consiste em estipular a pena provisória. Por pena provisória se entende aquela encontrada depois da aplicação, sobre a pena base, das circunstâncias agravantes (artigos 61 e 62) e das atenuantes (artigos 65 e 66).

O último passo consiste na aplicação das causas de aumento e de diminuição de pena, a partir do que será obtida a pena definitiva. Essa operação pode incidir tanto sobre a pena provisória quanto diretamente sobre a pena base, na hipótese de não serem aplicáveis agravantes ou atenuantes.

Conforme já dito, as causas de aumento e diminuição possuem valores predeterminados dentro dos quais o juiz poderá alterar a pena.

III.3- Caso concreto: réu prejudicado pela incidência da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça

O réu, nos autos nº0145.11.059803-7, foi denunciado nos termos do art. 157, § 2º, I, do CP, ao argumento de que nesta cidade e comarca de Juiz de Fora, tentou subtrair coisa alheia móvel de uma senhora, mediante violência sob o uso de arma. O apelante foi condenado a cumprir pena privativa de liberdade, em 05(cinco) anos e 04(quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, atendendo o mesmo critério da dosimetria da pena privativa de liberdade. Inconformado com a decisão exarada, o réu interpôs apelação, considerando que o magistrado, embora tenha reconhecido a atenuante preponderante da menoridade na época do fato, não a aplicou sob o argumento da proibição de reduzir a pena aquém do mínimo.

A Defensoria Pública, representando seu assistido, sustentou que os artigos 59 e 68 do Código Penal devem ser conformados em um âmbito constitucional com o artigo 65 do mesmo diploma, ressaltando também que tal atenuante ainda é preponderante, por se caracterizar como um atributo da personalidade do agente. Pugnou pela reforma na dosimetria da pena para a aplicação da atenuante da menoridade do apelante na época do fato.

Porém, o argumento empregado pela defesa não fora suficiente, vez que o recurso não foi provido, por não estar condizente com a Súmula 231, editada pelo Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido, foi dito: “A incidência da atenuante da confissão espontânea não pode

conduzir a pena para aquém do mínimo legal, em observância aos enunciados da Súmula 231, do STJ e da Súmula 42, deste Tribunal de Justiça.”

Destarte, percebemos que o fato de haver súmulas tratando sobre o tema força a uma pacificação que não ocorre na prática, levando tanto os juízes quanto os desembargadores a assumirem uma posição cômoda, por não fundamentarem de forma satisfatória suas decisões. A atitude desses juristas tem contribuído para a insatisfação daqueles que acreditam na necessidade das decisões judiciais serem fundamentadas conforme preconizado no art. 93,IX, CF/88, a fim de legitimar seus posicionamentos.

CAPÍTULO IV- SOBRE A REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA

A legislação nacional abarca um complexo conjunto de normas que disciplinam o cálculo da pena. Além do elevado número de circunstâncias a ser consideradas pelo operador jurídico, o método trifásico, hoje adotado pelo Código Penal, é razão para uma série de problemas interpretativos que dificultam sua compreensão.

Dentro dos diversos aspectos passíveis de discussão, este trabalho optou por abordar o que se refere à adstrição do juiz ao limite mínimo estipulado no tipo penal quando da segunda fase da dosimetria. Essa limitação é praticamente pacífica na primeira fase (embora existam posições isoladas em contrário) e rejeitada na terceira. Na segunda fase, todavia, existe controvérsia maior, em razão das peculiaridades das normas que disciplinam a questão.

Embora o entendimento pela possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal nunca tenha sido majoritário, a ele aderiram importantes vozes. Alguns tribunais têm precedentes nesse sentido, inclusive o próprio Superior Tribunal de Justiça.

A discussão culminou na edição da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que prevê que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. A reforma penal de 1984 e a opção pelo sistema trifásico tendem a ser apontadas como as causas da controvérsia que a Súmula 231 do STJ pretendeu solucionar.

Segundo o modelo trifásico e a reforma da parte geral do Código Penal de 1984, o intérprete que deduz a conclusão de que as atenuantes poderiam reduzir a pena abaixo do mínimo legal, ao buscar a fundamentação dessa hipótese, depara-se com a inexistência de qualquer óbice legal.

Ao transferir a análise das agravantes e atenuantes para momento distinto da análise das circunstâncias judiciais, o método trifásico acabou afastando das circunstâncias legais a aplicação do inciso II do art. 42 do Código Penal em sua redação original (hoje inciso II do art. 59). O artigo 42, II, do Código Penal, vedava a aplicação da pena fora dos limites do tipo penal. No critério bifásico, a única interpretação cabível era no sentido de que tal vedação alcançava as agravantes e atenuantes, uma vez que eram aplicadas conjuntamente com as circunstâncias judiciais. Por sua vez, hoje não há na legislação penal qualquer dispositivo que condicione a aplicação das atenuantes e agravantes aos limites dispostos no tipo, pois o inciso II do artigo 59 do Código Penal se dirige às circunstâncias judiciais.

A ausência de impedimento legal expresso foi o primeiro e é o principal argumento daqueles que defendem a revisão do enunciado 231 do STJ e, conseqüentemente, a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal. Defendem esse posicionamento, Amilton Bueno de Carvalho, Luiz Flávio Gomes, Cesar Roberto Bitencourt, dentre outros.

Além disso, qualquer vedação só pode ser obtida como resultado de um processo integrativo e não interpretativo do Código Penal, ou seja, por meio de analogia. Neste sentido, Bitencourt (2013, p.1) sustenta:

A analogia, convém registrar, não é propriamente forma ou meio de interpretação, mas de aplicação da norma legal. A função da analogia não é, por conseguinte, interpretativa, mas integrativa da norma jurídica. Com a analogia procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais de direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, isto é, com ela busca-se colmatar uma lacuna da lei. Na verdade, a analogia não é um meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico. Nesta hipótese, que ora analisamos, não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há, com efeito, a ausência de lei, que discipline especificamente essa situação.

Assim, seguindo essa linha de raciocínio, limitar a redução da pena na segunda fase ao mínimo legal é consequência da analogia que, por ser contrária ao réu, não deve ser admitida.

Corroborando o entendimento esboçado, Juarez Cirino dos Santos (2005, p.590,591), leciona

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 atenuantes excederem o limite máximo da pena cominada- precisamente aquele processo de integração do Direito Penal proibido pelo princípio da legalidade.

Acrescenta-se o entendimento de que a possibilidade de redução é, inclusive, indicada pelas disposições do Código Penal, seja pelo momento distinto em que são examinadas as atenuantes, seja em razão do teor do art. 65 do Código Penal (“são circunstâncias que sempre atenuam a pena”). Nesse contexto, se a redução da pena, mesmo que abaixo do mínimo,

harmoniza-se com as disposições do Código Penal e, além disso, não havendo vedação expressa, não há como se sustentar o entendimento consolidado na súmula 231 do STJ.

Nessa direção, Bitencourt (2010) ressalta que o art. 65 do Código Penal efetivamente determina a diminuição da pena em decorrência da atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite.

No mesmo sentido, Rogério Greco (2011, p.571) leciona

Conforme dissemos, entendemos, contrariamente à Súmula nº 231 do STJ, que a existência de uma circunstância atenuante fará com que a pena-base encontrada seja, obrigatoriamente, diminuída, pouco importando se tenha ou não sido fixada em seu mínimo legal. O art. 65 não faz essa ressalva, pelo contrário, determina expressamente, por intermédio do advérbio sempre, que a pena deverá ser diminuída caso exista alguma circunstância atenuante. I Diferentemente dos arts. 61 e 62 do Código Penal, que preveem as circunstâncias agravantes, o rol disposto no art. 65 não é taxativo, uma vez que o art. 66 diz que I pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

O que causa maior preocupação aos estudiosos em questão é que, além de não observarem a exigência de ampla fundamentação, as decisões *contra legem* que excepcionam a regra do art. 65 do CP, não alcançam maior justiça no caso concreto. Contrariamente, em nome de um formalismo, rechaçam a análise da situação individualizada do réu, o que deve ser repellido em um Estado Democrático de Direito, por ter como objetivo a proteção do réu em face das possíveis arbitrariedades e das decisões que massificam os sujeitos.

Como visto anteriormente, o princípio da individualização da pena é tido como um contraponto ao sistema de penas fixas, pois consiste em um princípio que demanda alguma autonomia às fases de individualização judicial e executória da pena. Além disso, hoje é tido como um direito fundamental, da mesma forma que o princípio da igualdade.

Nesse contexto, sustenta-se que impedir que o juiz leve a pena aquém do mínimo em razão de circunstância atenuante fere o princípio da individualização da pena, justamente porque impede o juiz de individualizar a sanção penal, obrigando-o a desconsiderar uma circunstância reconhecida. Culmina, então, na possibilidade de dois réus, um com circunstâncias judiciais favoráveis, outro com desfavoráveis, serem apenados na mesma

medida. Daí, já se percebe o contrassenso: um réu cuja culpabilidade é maior (que, em termos simplórios, praticou o crime em circunstâncias mais censuráveis) será beneficiado com o cômputo da atenuante, enquanto que um réu, que não apresenta circunstâncias judiciais desfavoráveis, não terá sua pena diminuída, ainda que esteja provada nos autos a ocorrência de alguma circunstância atenuante.

Ainda, Jorge de Oliveira Vargas e Felipe Heringer Roxo da Motta (2011,p. 9)

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.

Haveria, então, ofensa à individualização da pena, à igualdade e à ideia de que a pena não deve superar a medida da culpabilidade.

Seguindo nesta posição, Carvalho (1997,p.105-123) salienta:

No que pertine ao argumento de que a possibilidade agrediria o princípio da individualização da pena, a situação é exatamente a oposta: advoga-se que as atenuantes podem chegar aquém do mínimo, porque se ambiciona que, realmente, a pena possa ser fixada em atenção ao princípio norteador, ou seja, como quer Cintra Jr. que cada réu receba a sua pena, até em atenção ao princípio da isonomia (ver Agapito). Aliás, a impossibilidade é que gera agressão ao princípio da individualização, porque obriga o julgador, muitas vezes, a estabelecer pena-base superior àquela que o agente tem direito para, então, fazer incidir a atenuante dentro do mínimo. E tal é, ainda, mais agressivo em pluralidade de réus, quando todos merecem a pena mínima e o julgador se obriga a fixar para alguns pena indevida para poder aplicar atenuante “àquele que eventualmente mereça”. Assim, exige-se malabarismo retórico, ou o que é pior, agressão ao valor justiça”.

Luiz Flávio Gomes (2012, p.2) também acrescenta que:

De qualquer modo, tendo em vista que poder discricionário não significa poder arbitrário, não há dúvida que, sem prejuízo de estar vinculado a alguns

limites (inclusive e sobretudo constitucionais), pode (diante das circunstâncias atenuantes e agravantes) extrapolar os marcos abstratos da pena mínima e máxima cominadas para o delito.

Segundo pesquisa realizada sob a orientação de Nucci (2007, p.309-380), na Vara de Execuções Criminais em São Paulo, foi constatada que 64,7% das sentenças tiveram a pena fixada no mínimo legal, realidade que o autor acabou por denominar “política de aplicação da pena mínima”.

A consequência disso é uma segunda fase em parte inútil, na qual as atenuantes incidem sobre uma pena que, na maioria das vezes, não podem influenciar no resultado final, uma vez que elas são anuladas, ao serem ignoradas quando da aplicação da pena base no mínimo. Assim, o entendimento contido no enunciado da Súmula 231 do STJ, impondo que o juiz fique limitado ao mínimo da pena em abstrato, na segunda fase da dosimetria, leva à conclusão de que os Tribunais Superiores aderiram ao sistema bifásico, tornando letra morta o comando contido no artigo 68 do Código Penal.

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 interpretado 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 mínimo, deve ser interpretado não como uma barreira, mas como um referencial. É a interpretação que concede a maior eficácia possível ao direito fundamental da liberdade. Assim, no mínimo legal, o magistrado tem uma previsão em abstrato do legislador, mas é no momento do juízo que tal previsão ideal deve ser posta em concreto.

Quem tem contato com o caso concreto é o magistrado e não o legislador, por isso este não tem a capacidade de prever todas as possibilidades que podem ser desdobradas de todas as condutas tipificadas. Há casos em que é necessário fixar a pena abaixo do mínimo legal para adequá-la à culpabilidade do agente, sendo que a legislação não pode ser uma barreira para atingir tal objetivo, pois, se assim fosse, estaria em choque frontal com a Constituição Federal.

Na jurisprudência, há quem batalhe constantemente por uma aplicação do Direito Penal menos autoritária, enxergando a pessoa por trás da máscara estigmatizada do réu. No

Paraná temos, dentre outros, o exemplo de Rosana Andriguetto de Carvalho. A magistrada, que defende a possibilidade de utilização das circunstâncias atenuantes para fixar a pena provisória abaixo do mínimo, afirma:

A tarefa do juiz, na sentença, é a de individualizar a pena. Mas se a pena mínima não puder ser ultrapassada (em virtude de um posicionamento doutrinário e jurisprudencial equivocado, claramente presunçoso e inconstitucional), colocar-se-á numa vala comum incontáveis condenados que contam com situações diferentes. Isso implica séria violação ao princípio da igualdade (assim como profundo desrespeito ao valor justiça, que é o valor meta do Estado Constitucional e Democrático de Direito).

Nesse sentido, são os ensinamentos do Ministro do STJ, Luiz Vicente Cernicchiaro, em acórdão proferido nesse Colendo Tribunal Superior, in verbis:

RESP – PENAL – PENA – INDIVIDUALIZAÇÃO – ATENUANTE – FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5º, XLVI), materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo o grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme critério do art. 68 do CP, fixar a pena in concreto. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie sub judice, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão significa desprezar a circunstância. Em outros termos, não repercutir na sanção aplicada. Ofensa ao princípio e ao disposto no art. 59, CP, que determina preponderar todas as circunstâncias do crime".

Em se tratando de fundamentos constitucionais, é importante expressar a divergência dos Tribunais em relação à interpretação da matéria, consoante ao disposto no TJERS, em que a 5ª Câmara Criminal, na Apelação Crime n. 70008559429 debateu e decidiu, in verbis:

FURTO EM CONCURSO DE AGENTES. PENA. DOSIMETRIA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. É entendimento da 5ª Câmara Criminal que, no furto qualificado pelo concurso de agentes, por isonomia ao delito de roubo, a pena deve corresponder ao furto simples com a majoração prevista para o roubo, de 1/3 a metade. ATENUANTE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. A aplicação de atenuante é direito do réu, motivo pelo qual deve ser aplicada mesmo que a pena fique aquém do mínimo. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

Com efeito, a Relatora desse julgado, Desembargadora Genacéia Alberton, escorada pelo entendimento de Mirabete, enfrenta em seu voto (acolhido por unanimidade) a incidência do Enunciado n. 231 da Súmula do STJ, com as seguintes palavras:

Porém, de acordo com a posição que se adota nesta 5ª Câmara Criminal, não importa que a fixação da pena fique abaixo do mínimo, isto porque as atenuantes são circunstâncias que, pelo seu aspecto positivo merecem ser consideradas na diminuição da reprimenda a fim de que o sancionamento observe a individualidade do acusado (art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal). Portanto, a aplicação da atenuante é um direito do acusado.

Pelos julgados colacionados, fica claro que a aplicação da atenuante deve ser reconhecida e aplicada por ser um direito do réu, não cabendo ao juiz suprimi-lo de maneira arbitrária e injustificada. Ao contrário, o seu papel é ponderar os princípios em questão, de maneira a preservá-los no maior grau possível.

CONCLUSÃO

Ao estudarmos a origem e os fundamentos jurídicos que levaram à criação da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, percebemos que, embora existam novos fundamentos para se impedir a diminuição da pena abaixo do mínimo legal, o que impulsiona primordialmente a posição jurisprudencial é a permanência de uma interpretação construída na vigência da antiga Parte Geral do Código Penal. A jurisprudência, especificamente no caso em tela, é que vem impedindo que uma solução mais condizente com os princípios da culpabilidade e da individualização da pena seja adotada pelos tribunais superiores pátrios.

Atualmente, as decisões judiciais estão, quase sempre, dissociadas de uma fundamentação jurídica idônea, de modo que a repetição de precedentes tem engessado a atuação daqueles que são os responsáveis por dizer o Direito no caso concreto. A pacificação de determinadas matérias pelos Tribunais, com seus argumentos repetidos e posições antigas, dificultam a mudança do posicionamento jurídico majoritariamente adotado.

Estudamos a ascensão do Neoconstitucionalismo e o Garantismo Penal e notamos que, nesse contexto, o juiz assume papel de destaque, por não estar mais limitado à aplicação mecânica e irrefletida da lei e nem restrito à simples subsunção do fato à norma, mas atua de forma dinâmica, resguardando os direitos fundamentais dos indivíduos, o que possibilita tomadas de decisões mais justas e adequadas a cada caso concreto.

Em um Estado que se quer Democrático e de Direito, deve-se abandonar os excessivos formalismos que tolhem o magistrado, e dar a ele a possibilidade de interpretar a norma e observar as peculiaridades dos casos, de maneira a nortear suas decisões, visando sempre alcançar a justiça.

O juiz garantista não pode ficar inerte ante a violações ou a ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como outrora ocorria. Ele detém legitimidade constitucional por exercer a função de garantidor dos direitos fundamentais de todos os seus jurisdicionados.

Ao tratarmos sobre a dosimetria penal, fica evidente a necessidade da observância do princípio da individualização da pena para a sua concretização. O modelo trifásico conferiu ao magistrado um contato mais próximo com as circunstâncias que envolvem o crime, em todas

as suas modalidades, possibilitando uma maior elucidação dos fatos envolvidos no delito, e permitindo uma individualização da pena mais justa e proporcional.

Em que pese tal vantagem, temos ainda em nosso Código Penal circunstâncias judiciais extremamente subjetivas que remetem a um direito penal do autor, embora nosso ordenamento jurídico adote, na teoria, o direito penal do fato.

O processo é o instrumento apto para a realização do Direito Penal, ao tornar viável a aplicação da pena e também servindo para garantir os direitos e liberdades individuais. Ele estabelece ainda o limite do poder punitivo do Estado sobre os indivíduos, de modo a preservar a legitimidade de sua atuação.

O posicionamento que os Tribunais Superiores adotaram, além de não possuir mais qualquer fundamento nos dispositivos legais do Código Penal, por outro lado traz consigo severa afronta a princípios de Direito Penal consagrados pela Constituição da República de 1988, essencialmente os da culpabilidade, da individualização das penas e da própria legalidade.

A ausência de impedimento legal expresso, combinada com a vedação da analogia *in malam partem*, rechaça o argumento de que o juiz deve estar adstrito aos limites da pena estipulados pelo legislador. A possibilidade de redução é indicada pelas disposições do Código Penal, pelo momento distinto em que são examinadas as atenuantes, e em razão do art. 65 do Código Penal dispor expressamente que elas sempre atenuam a pena, não fazendo qualquer ressalva a respeito.

As decisões que contrariam o mandamento cogente do art. 65 do CP só poderiam ser legítimas se pretendessem alcançar um ideal de justiça, o que não é o caso. Eles contentam-se apenas em alegar uma violação ao princípio da separação dos poderes e da legalidade estrita, sem atentarem para uma cuidadosa ponderação entre os princípios em jogo, e para as suas consequências na esfera do sujeito.

A situação individualizada do réu e de sua pena é prejudicada devido a um formalismo excessivo, que impede o juiz de individualizar a sanção penal, obrigando-o a desconsiderar uma circunstância reconhecida por ele mesmo.

Embora o art. 29, do Código Penal estabeleça que cada um responderá na medida de sua culpabilidade, diante da proibição da redução da pena base aquém do mínimo, um réu

cuja culpabilidade é maior, por ter praticado o crime em circunstâncias mais censuráveis, pode ser beneficiado com o cômputo da atenuante, enquanto que um réu, que não apresenta circunstâncias judiciais desfavoráveis não terá sua pena diminuída, por já estar no mínimo, ainda que esteja provada nos autos a ocorrência de alguma circunstância atenuante. Fica clara aqui a lesão ao princípio da igualdade por estabelecer penas iguais para sujeitos com culpabilidades diferentes.

O artigo 68, do Código Penal deixa clara a adoção do critério trifásico de aplicação da pena, mas, diante da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, quando a pena base for aplicada no mínimo legal, haverá descon sideração da segunda fase, o que retomaria, de forma injustificada, ao critério bifásico.

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 interpretado como uma garantia do indivíduo, no sentido de que ele não terá uma pena cominada acima daquele valor. Já no outro ponto, o limite mínimo, deve ser interpretado não como uma barreira, mas como um referencial, uma vez que para atender à culpabilidade do agente o juiz pode reduzir a pena base abaixo do mínimo legal.

Diante dos argumentos apresentados ao longo do trabalho, sintetizados na presente conclusão, defendemos que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, do modo como foi posta, é inconstitucional e ilegal, por atentar contra os princípios da individualização da pena, da culpabilidade, da legalidade, da isonomia, além de não obedecer aos disposto nos artigos 65 e 68 do Código Penal.

Portanto, afirmamos que a referida súmula não deve ser aplicada, merecendo que o Superior Tribunal de Justiça revise o seu entendimento, nos moldes do art. 125, §§ 1º a 3º de seu Regimento Interno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da pena**. 4.ed. Porto Alegre: AJURIS, Escola Superior de Magistratura, 2003, p. 60/145-175.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 3.ed. Rio de Janeiro : Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.177.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (ReRe), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Publico, nº 9, março, abril, maio, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **As atenuantes podem trazer a pena para quem do mínimo legal: uma garantia constitucional**. Atualidades do Direito, 2013. Disponível em www.atualidadesdodireito.com.br. Acesso em 10 de outubro de 2013.

_____. **Tratado de Direito Penal**. 15.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010, p.554/660-661.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 207.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Substitutivo de Revisão Criminal nº 215796**, Brasília, DF, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 27/02/2014. In <http://www.lexml.gov.br/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1102101 RS 2008/0254680-0**, Brasília, DF, Relator: Ministro Og Fernandes, 29/11/2010. In <http://www.lexml.gov.br/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 68120/MG**, Brasília, DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 09.12.1996. In <http://www.lexml.gov.br/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus 10.993/RJ**, Brasília, DF, Relator Félix Fischer, 11-4-2000. In <http://www.lexml.gov.br/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 146056 RS 1997/0060498-5**, Brasília, DF, Relator Felix Fischer, 10-11-1997. In <http://www.lexml.gov.br/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 49500 SP 1994/0016622-2**, Brasília, DF, Relator Assis Toledo, 15-08-1994. In <http://www.lexml.gov.br/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 46182 DF 1994/0008847-7**, Brasília, DF, Relator Jesus Costa Lima, 16-05-1994. In <http://www.lexml.gov.br/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 32344. PR1993/0004667-5**, Brasília, DF, Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 06-04-1994. In <http://www.lexml.gov.br/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 7287 / PR**, Brasília, DF, Relator William Patterson, 06-05-1991. In <http://www.lexml.gov.br/>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 15691 / PR**, Brasília, DF, Relator Pedro Acioli, 03-05-1993. In <http://www.lexml.gov.br/>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 597270RS QO-RG**, Brasília, DF, 04.06.2009. In <http://www.lexml.gov.br/>

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Apelação Criminal 2362 MS 2008.60.05.002362-5**, Relator: Eliana Marcelo, 14/09/2010. In <http://www.lexml.gov.br/>

BRUNO, Aníbal. **Das Penas**. 4 ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 140.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.19-20.

_____. **Direito alternativo em movimento**. Niterói: Luam, 1997.
Acesso em 15 de junho de 2014.

_____. **Pena aquém do mínimo: uma abordagem crítica**.
Disponível em www.alessandramoraes.com/artigos/artigo04.pdf. Acesso em 14 de junho de 2014.

_____. **Pena e Garantias**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
Acesso em 15 de junho de 2104.

COLLE, Juliana de Andrade. **Crítérios para a valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, do CP) na dosimetria da pena.** Jus Navigandi, Teresina, 2005, p.1. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6232>. Acesso em 14 de junho de 2014.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.684.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Atenuantes podem reduzir pena abaixo do mínimo legal.** Revista Consultor Jurídico, 29 de setembro de 2002, p.2. Disponível em www.conjur.com.br

_____ **Reformas penais: pena abaixo do mínimo legal.** Editora Jus Podvm, Disponível em www.juspodivm.com.br. Acesso em 17 de junho de 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 13.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p.571.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e prática da aplicação da pena.** 5ª ed. Curitiba : Juruá, 2005, p.181-183.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LOEBMANN, Miguel. **As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal.** Revista dos Tribunais. nº 676, fevereiro de 1992. p.390-393.

MACHADO, Agapito. **As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal.** Revista dos Tribunais. Nº 647, setembro de 1989, p.388-389.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 1.0145.11.059803-7.** Apelante: Igor Martins de Paula. Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Agostinho Gomes de Azevedo, 28/02/2013. In <http://www.lexml.gov.br/>

MOTTA, Felipe Heringer Roxo da; VARGAS, Jorge de Oliveira. **A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ.** 2014, p.9. Disponível em buscalegis.ccj.ufsc.br. Acesso em 06 de abril de 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.159/182/250/258/309-380.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0228958-3**, Relator: Guimarães da Costa, 02/10/2003. In <http://www.lexml.gov.br/>

PODVAL, Maria Fernanda de Toledo Rodovalho. **Maus antecedentes: em busca de um conteúdo** apud Maurício Kuehne, Teoria e Prática da Aplicação da Pena, 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Pode o juiz fixar a pena abaixo do mínimo legal?** In: Boletim IBCCRIM. Ano 10. Nº 112. Março/2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70008559429**. Relator Genacéia Alberton, 16-03-2005. In <http://www.lexml.gov.br/>

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**, 2. ed., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 590/591.

SANTOS, Pedro Sérgio dos; VIEIRA, Maria Lúcia Almeida. **Análise da personalidade para fixação da pena: contradições e ilegalidade no artigo 59 do Código Penal**. Revista de Informação Legislativa, p.113.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Apelação Criminal nº. 140.380-3**, Relator: Luiz Pantaleão, 25.10.93. In <http://www.lexml.gov.br/>

SARMENTO. Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: **Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 231. In_____. Súmulas. DJ 15.10.1999.

STRECK, Lênio. **Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo**. Revista do Consultor Jurídico. Disponível em www.conjur.com.br . Acesso em 07 de abril de 2014.

TUBENCHLAK, James. **Atenuantes - Pena abaixo do mínimo**. Jurisprudência Criminal. Curitiba: Juruá, n.19, 1988, p.16-19.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 7. ed. p. 524.

