

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

GIORGIO JOSÉ BARBOSA DINIZ

DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA  
DE LIBERDADE AQUÉM DO LIMITE MÍNIMO PREVISTO NO TIPO PENAL NA  
SEGUNDA FASE DA APLICAÇÃO DA PENA

SOUSA

2013

GIORGIO JOSÉ BARBOSA DINIZ

DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA  
DE LIBERDADE AQUÉM DO LIMITE MÍNIMO PREVISTO NO TIPO PENAL NA  
SEGUNDA FASE DA APLICAÇÃO DA PENA

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao curso de Direito do centro  
de Ciências Jurídicas e Sociais da  
Universidade Federal de Campina  
Grande, como exigência parcial da  
obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo de  
Oliveira

SOUSA

2013

GIORGIO JOSÉ BARBOSA DINIZ

DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA  
DE LIBERDADE AQUÉM DO LIMITE MÍNIMO PREVISTO NO TIPO PENAL NA  
SEGUNDA FASE DA APLICAÇÃO DA PENA

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao curso de Direito do centro  
de Ciências Jurídicas e Sociais da  
Universidade Federal de Campina  
Grande, como exigência parcial da  
obtenção do título de Bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo de  
Oliveira

**BANCA EXAMINADORA**

**Data de Aprovação:25/04/2013**

---

Dr. Leonardo Figueiredo de Oliveira  
(Orientador)

---

Dr. José Idemário Tavares Oliveira  
(Examinador)

---

Ms. Iarley Pereira de Sousa  
(Examinador)

SOUSA

2013

Este trabalho é dedicado a todos os operadores do direito, com o intuito de vir a contribuir com nossa difícil jornada diária de aprendizagem.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Grande Arquiteto do Universo, por ter me iluminado e guiado em minha jornada terrena com grande preciosismo.

Aos meus pais e minha irmã que me apoiaram durante todo o decorrer do curso e não mediram esforços para que eu tivesse a oportunidade de conquistar mais essa vitória.

A minha esposa Pâmella por todo o amor desprendido a mim e pelo companheirismo neste tempo de convivência.

A Melina que me faz esquecer todo o estresse acumulado no dia a dia.

Aos meus companheiros de curso que sempre me auxiliaram nos momentos em que não foi possível estar presente na Universidade.

Aos Servidores, Estagiários e Promotores da Promotoria de Justiça de Sousa/PB, por ter contribuído no meu engrandecimento pessoal e profissional.

A Ordem Demolay por ter me ensinando todos os valores sociais e morais que fizeram ser o que sou hoje.

Ao meu orientador Leonardo Figueiredo, pela atenção empregada para comigo neste Trabalho.

A todos os meus amigos que contribuíram direta e indiretamente para que eu chegasse aonde cheguei.

“Quem pensa por si só é livre e ser livre é coisa muito séria.”

**Renato Russo**

## RESUMO

Não existe entre os estudiosos do direito uma uniformidade de entendimento sobre a possibilidade de a pena privativa de liberdade ser fixada aquém do mínimo legal na segunda fase da aplicação da pena apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter editado a Súmula nº 231, pois alguns estudiosos se colocam contra tal posicionamento. Esta pesquisa visa elucidar a controvérsia criada em torno da edição da citada súmula que veda a minoração da pena abaixo do mínimo previsto no tipo penal na segunda fase da aplicação da pena, visto que a Corte Superior padronizou a atuação dos juízes entendendo que se fosse aceito que o magistrado na segunda fase da aplicação da pena fixasse a pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal, estaria ele invadindo o campo de atuação do Legislativo criando penas, além de gerar o perigoso precedente de se poder alegar que se aceitasse a minoração, por analogia teríamos que aceitar que o juiz pudesse estipular uma pena acima do limite máximo. Utilizando o método lógico dedutivo por meio de pesquisas documentais e bibliográficas, analisa-se diversas obras de autores renomados e jurisprudências de vários Tribunais Brasileiros e chega-se à conclusão de que a Constituição Federal e o Código Penal Brasileiro oferecem embasamento legal para que a pena privativa de liberdade possa ser fixada aquém do limite mínimo previsto no tipo penal na segunda fase da aplicação, pela existência dos Princípios da Legalidade e da Individualização da Pena, além de haver expressa disposição na carta penal de que as atenuantes sempre devem incidir no cálculo penal, restando comprovado que o único dispositivo normativo que vedaria a atuação aqui indicada é a Súmula nº 231. Portanto, o presente trabalho demonstra a possibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da aplicação da pena em virtude de não existir nenhuma vedação legal e de ser esta a forma mais justa de atuação dos magistrados em relação à dosimetria penal aplicada aos condenados.

**Palavras-Chave:** Pena privativa de liberdade; Mínimo Legal; Princípio da Legalidade; Súmula nº 231;

## ABSTRACT

There among legal scholars uniformity of understanding about the possibility of a custodial sentence be set below the legal minimum in the second phase of the application of the penalty though the Superior Court has issued Pronouncement No. 231, as some scholars positioning themselves against such. This research aims to elucidate the controversy created around the issue of the said docket that seals the mitigation of the sentence below the minimum required by the offense in the second phase of the implementation of the sentence, since the Superior Court judges standardized the performance of understanding that if accepted the magistrate in the second phase of the implementation of the penalty fix custodial sentence below the statutory minimum, it would be invading the field of action of the Legislature creating sentences, and generate the dangerous precedent of being able to claim that if he accepted the mitigation for analogy would have to accept that the judge could stipulate a sentence above the maximum limit. Using logical deductive method through desk research and literature, we analyze various works of renowned authors and jurisprudence of various courts Brazilians coming to the conclusion that the Federal Constitution and the Brazilian Penal Code provide legal foundation for the custodial sentence can be fixed below the limit provided by the offense in the second phase of implementation, the existence of the Principles of Legality and Penalty Individualization, plus there expressly provided in the letter that the criminal should focus on mitigating always calculating criminal, leaving the only proven regulatory device that could foreclose the performance shown here is the Precedent No. 231. Therefore, the present study demonstrates the possibility of fixing the sentence below the statutory minimum in the second phase of the implementation of the sentence because there is no legal prohibition and this is the fairest way of acting magistrates in relation to dosimetry applied to criminal convicted.

**Keywords:** Custodial sentence; Minimum Legal; Principle of Legality; Precedent No. 231;

## LISTA DE ABREVIATURAS

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça

**HC** – Habeas Corpus

**SP** – São Paulo

**PE** – Pernambuco

**AC** – Acre

**MG** – Minas Gerais

**DF** – Distrito Federal

**RS** – Rio Grande do Sul

**DJ** – Data do Julgamento

**REsp** – Recurso Especial

**T.** – Turma

**Rel.** – Relator(a)

**Min.** – Ministro(a)

**Des.** – Desembargador(a)

**CP** – Código Penal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 ARCABOUÇO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>14</b>
2.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	14
2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	17
2.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	19
<b>3 A PUNIÇÃO SEGUNDO O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....</b>	<b>22</b>
3.1 ESPÉCIES DE PENA ADMITIDAS PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	23
3.2 APLICAÇÃO DA PENA.....	26
<b>4 POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA AQUÉM DO LIMITE MÍNIMO.....</b>	<b>30</b>
4.1 A FUNÇÃO DA PENA.....	30
4.2 QUANTIFICAÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	31
4.3 POSICIONAMENTOS DOUTRINARIOS E JURISPRUDENCIAIS.....	32
4.4 O PERIGO QUANTO A APLICAÇÃO DA ANALOGIA.....	35
4.5 INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	36
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>38</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>40</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A noção de pena é uma ideia intrínseca ao ser humano, pois desde os primórdios o homem tem dentro de si um sentimento de reprovação aos atos praticados em desacordo com o que eles cresceram conhecendo como boas práticas, crendo que aqueles que praticam atos contrários aos bons costumes merecem receber castigos em proporção à gravidade de seu ato.

Uma mãe, por menos esclarecida que seja em relação às ordens jurídicas, ao se deparar com um ato de seu pequeno filho, que contrarie os ensinamentos maternos, instintivamente aplica uma sanção ao seu pupilo, levando em conta a seriedade da desobediência do filho. São as penas sobrepostas de acordo com gravidade do ato praticado pelo filho, que podem não passar de uma advertência verbal, como também pode se tratar daquela punição que aprendemos com nossos antepassados, a tão famosa “tapinha no bumbum”, sendo que certas vezes, são exageradas as punições aplicadas por quem de direito tem esse poder, quando essa mesma mãe espanca seu pequeno filho pela criança apenas ter quebrado o vaso da sala.

O Direito Penal prevê penas específicas e dosadas, que serão aplicadas aos agentes que praticarem fatos criminosos previstos nos tipos penais, adequando a seriedade de cada tipo e quantidade de pena à gravidade do ato praticado em desacordo com o ordenamento jurídico.

Os Princípios fincados na Constituição Federal são pilares nos quais se sustentam as demais regras do ordenamento jurídico, dentre eles o princípio da legalidade, o qual impede que se impute a alguém fato criminoso que não era previsto anteriormente na legislação, assim como que a esta pessoa seja aplicada pena também não prevista ou defesa em lei.

Ainda na seara da Constituição Federal, conhecemos a repartição dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. Estes dois primeiros atuam diretamente na criação, desenvolvimento e aplicação da legislação penal que vige no território brasileiro. O Legislativo desenvolve e cria as leis, ao passo que o Judiciário julga com base nesses textos legais e aplica a sanção penal aos casos que necessitarem da atuação deste poder.

Embasando-se nessas premissas, alguns teóricos coadunam a ideia de que em certo momento da aplicação da pena, a previsão que o Código Penal faz em

relação à pena aplicada ao caso em abstrato pode ultrapassar os limites existentes no diploma penal legal, pois o caso concreto guardaria certas circunstâncias que levariam o judiciário, e não o legislativo, à praticamente criar uma nova pena, o que é repudiado veementemente por outra parte da doutrina que estuda o Direito Penal Brasileiro.

A jurisdição serve ao Estado, como meio de ele substituir-se ao particular para sanar conflitos de modo que a pacificação e a harmonia no meio social sejam garantidas. Jurisdição esta, acessível a qualquer cidadão por meio de ação, e que é inerente ao Estado, não só como direito, mas como dever, em se tratando de práticas criminosas, tendo este que agir de forma exemplar e eficaz na resolução desta demanda. Neste ponto é que o Direito Penal serve de paradigma para essa eficaz atuação do Estado na solução dos problemas ocasionados pelas práticas criminosas, quando prevê uma sanção penal ao indivíduo que atue em desacordo com a legislação vigente.

No momento da aplicação da pena, encontramos uma grande contenda, pois a lei prevê a pena em abstrato, ou seja, a pena é regulada para um caso genérico, ela apenas expõe o tipo de pena e a quantidade aplicada ao caso em abstrato, fazendo menção a alguns detalhes que possam vir a ocorrer e influenciar de forma a aumentar ou diminuir o *quantum* previsto no tipo penal. Mas a lei, que é feita para abarcar fatos de forma genérica, encontra dificuldades em sua aplicação quando surgem fatos que não foram especificamente previstos, que levam os operadores do direito a divergir em relação à interpretação do texto legal, conduzindo alguns a interpretar a lei estritamente, mesmo que assim prejudique de forma injusta a pessoa que está sendo alcançada pela sanção penal, e transportando outros a interpretarem que a lei tenha que penalizar o agente criminoso de forma justa, que a reprimenda penal aplicada a sua pessoa seja contrabalançada com a gravidade da sua prática criminosa, ou seja, que cada caso, com suas peculiaridades, tenha que ser exaustivamente alcançado pela legislação, e que todo e qualquer dispositivo que possa ser aplicado ao caso concreto, seja efetivamente usado para que ao final se esgotem todas as possibilidades de alteração no montante da pena e esta seja justa, prevista e trabalhada no que a legislação prevê em sua totalidade.

Imagina-se que A e B cometem um homicídio, sendo A menor de 21 anos, aplicada a pena mínima a ambos, o menor e o maior de 21, recebem pena idêntica? Ou, C e D cometem um crime juntos, e só D confessa, aplicada a pena mínima, o

que confessou e auxiliou a justiça a desvendar o crime, e o que não confessou e não mostrou arrependimento, recebem a mesma pena?

Por intermédio do presente trabalho, busca-se analisar a legislação vigente, como também a jurisprudência e as doutrinas estudadas atualmente, lapidando esclarecimentos que possam levar a um entendimento uniforme dos operadores do direito acerca da melhor forma de se aplicar a sanção penal ao caso concreto, no tocante à aferição do *quantum* penal que ultrapasse o limite mínimo previsto legalmente. Desta forma, estabelecendo diretrizes no tocante à possibilidade de fixar a pena fora dos limites previstos no tipo penal, que extingam a divergência criada pelos teóricos do direito penal quanto a esta possibilidade.

Observa-se a melhor forma de aplicação da sanção penal ao caso concreto considerando o fim buscado pelo Estado, que é a harmonização do meio social, avaliando o iminente desrespeito ao Princípio da Individualização da Pena quando não se aceita a redução da pena aquém do mínimo, mesmo que o apenado faça jus a esse direito, discutindo acerca da legalidade em se estabelecer a pena aquém do mínimo legal por não haver previsão em qualquer texto legal que impeça tal situação. Indagando se é possível ao judiciário reduzir a pena além do limite mínimo previsto no tipo penal na segunda fase da dosimetria penal.

Apesar desta situação já ser bastante discutida em todos os níveis de estudo do direito, o aprofundamento do tema em estudo é pertinente, pois não se extinguiram as lacunas deixadas pela interpretação lei e cada vez se torna necessária a atualização da discussão com a conseqüente busca pela solução mais adequada e justa para que exista uma sensatez na forma de atuação dos operadores do direito no tocante a este assunto.

A contribuição deste esboço ao mundo jurídico é justamente a de esclarecer alguns pontos obscuros em relação ao que a lei prevê quanto a possibilidade de a pena ser aplicada além do limite mínimo previsto, bem como as posições jurisprudenciais e doutrinárias a respeito do tema, demonstrando a grande divergência existente entre os estudiosos e apresentando os argumentos que cada parte antagônica defende.

Portanto, o presente trabalho justifica-se quando em suas pesquisas demonstra o quanto podem ser prejudicadas aquelas pessoas sujeitas à forma restrita de interpretar a lei penal no tocante à fixação da pena, conseqüentemente, também nos leva a perceber a possibilidade de aceitação de que casos semelhantes

e ao mesmo tempo distintos por detalhes possam ser tratados de formas distintas e justas, concedendo ao possuidor do direito o seu respectivo respaldo legal.

Em relação à Metodologia empregada, como método de abordagem será aplicado o lógico-dedutivo, a partir da averiguação de premissas consideradas importantes para o desenvolvimento do tema, para que ao final do estudo a problemática seja realmente encarada de modo que resulte em soluções para todas as questões pendentes.

No tocante ao método de procedimento, serão usados diversos, tais como o histórico, quando se percorre a evolução histórica da legislação penal e constitucional; o comparativo, analisando o conteúdo de diversos trabalhos e comparando-os entre si além de relacioná-los com casos concretos; e, sobretudo, o monográfico, que permitiu a avaliação detalhada de conhecimentos específicos que conduzem a uma aplicação geral das principais benesses e a exclusão dos malefícios que advém da interpretação equivocada da lei penal brasileira.

As técnicas de pesquisa empregadas serão as da documentação indireta e direta através de recursos metodológicos que são possíveis graças às pesquisas bibliográficas e documentais, o que na prática, se caracteriza pela coleta e levantamento de dados e informações em acervos perante a legislação, doutrina e jurisprudência, com a concomitante e posterior organização dos dados, tornando viável a produção textual.

Após toda a pesquisa e análise dos dados encontrados, explorar-se-á o arcabouço Constitucional que dá sustentação ao ordenamento jurídico, principalmente no âmbito penal, destacando os princípios fundamentais que incidem diretamente na atuação punitiva do Estado.

Em seguida, será analisada a questão técnica da dosimetria penal, esclarecendo os pontos obscuros e contraditórios da legislação penal vigente.

Por fim, levando em consideração diversos ensinamentos e ideias de estudiosos da área, serão examinados posicionamentos acerca da possibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo legal previsto no tipo penal, mostrando pensamentos doutrinários divergentes e convergentes que provocam grande discussão entre os estudiosos do âmbito do direito penal, expondo em momento oportuno nossa conclusão didática sobre o tema em questão.

## 2 ARCABOUÇO CONSTITUCIONAL

Dentre tantos institutos que norteiam o estudo das diversas áreas do Direito, existem os chamados princípios, que são colunas balizadoras de praticamente tudo o que se conhece como Direito. Estes institutos estão intrínsecos em sua maioria, mas também se demonstram expressamente visíveis em alguns momentos. O estudo do Direito parte das premissas destes princípios, pois toda e qualquer área de estudo, possui ao menos um princípio que serve de base para todo o desenvolvimento do restante do contexto. Em síntese, MARANHÃO (200?, pág. 64) diz:

(...) todo o ordenamento jurídico deve estar pautado por uma estrutura principiológica que o orientará, esses princípios, que podem ser em sentido amplo ou estrito, vigoram em todas as searas onde se desenvolve a tutela jurídica. Assim, o ordenamento jurídico penal não poderia ser diferente, tendo os seus próprios delineadores expressos ou não no texto constitucional.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, faz-se fundamental abordar três importantes princípios: o Princípio da Separação dos Poderes; o Princípio da Legalidade; e o Princípio da Individualização da Pena.

### 2.1 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Estado Democrático de Direito, vigente em nosso país desde a promulgação da Constituição de 1988, rege-se pela atuação de três poderes distintos e harmônicos entre si, quais sejam, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo. O Princípio da Separação dos Poderes decorre da ideia de equilíbrio, onde cada Poder é independente para exercer sua pertença, mas ao mesmo tempo é freado por outro Poder equivalente em virtude da harmonia existente entre eles, o que dá a cada um, certa atribuição, em menor potencial, de exercer também a força que o outro Poder tem como característica principal.

As primeiras bases teóricas formuladas para a questão da tripartição dos poderes foram lançadas na antiga Grécia por Aristóteles, em sua obra “Política”, evoluindo com os pensamentos de John Locke em “Dois Tratados sobre o Governo.”

e com os ensinamentos de Montesquieu, em “Do Espírito das Leis”. As ideias de Montesquieu foram fontes importantes das teorias sobre limites do poder e da garantia da liberdade política, justamente por meio do Princípio da Separação dos Poderes e do Princípio da Legalidade. A concepção atual encontra seu embasamento na Teoria dos Freios e Contrapesos (checks and balances), um sistema que surgiu com o objetivo obscuro de conter o povo na feitura das leis da época da nobreza real inglesa.

No ordenamento pátrio, a Constituição de 1824, que vigorava nos tempos do Império, previa um quarto Poder, além dos três concebidos pelas Constituições anteriores, o Poder Moderador. O referido Poder controlava todos os outros e concentrava na pessoa do Imperador funções quase ilimitadas. Nesse sentido, CAMPANHOLE e CAMPANHOLE (1999, pág. 823) discorreram sobre o assunto histórico, reproduzindo os dispositivos da Carta Magna Imperial:

#### TITULO 3º Dos poderes, e Representação Nacional.

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a constituição oferece.

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral.

Art. 12. Todos estes Poderes no Imperio são delegações da Nação.

(...)

#### TITULO 5º Do Imperador

##### CAPITULO I. Do Poder Moderador

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fórmula do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas aos Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

A Tripartição dos Poderes que hoje vigora no ordenamento jurídico brasileiro decorre justamente da Constituição Federal de 1988, que prevê no Título I, artigo 2º que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O Princípio da Separação dos Poderes objetiva um controle de cada poder sobre o outro, simultaneamente, em relação ao dever constitucional que cada um detém particularmente, sem a existência de prevalência de um sobre o outro, existindo sim harmonia e equilíbrio, podendo ocorrer interferências recíprocas. Em suma, cada poder tem funções típicas e atípicas, serão típicas quando forem emanadas dentro do âmbito de atuação que caracteriza o poder constitucional e serão atípicas quando o poder atuar usurpando de certa forma o âmbito de atuação do outro poder constitucional. O veto do Poder Executivo à aprovação de algum texto legal produzido pelo Legislativo é um exemplo clássico da interpenetração de um Poder sobre o outro, da mesma maneira que a faculdade atribuída ao Presidente da República, predita no artigo 84, inciso XII da Constituição Federal, de conceder indulto a quem cumpre pena por práticas criminosas, é um exemplo de irrupção de um Poder sobre o outro.

Estas interferências, que na verdade são uma espécie de controle exercido por um poder sobre o outro, são estritamente necessárias para que o equilíbrio seja mantido entre os Poderes, tendo a Constituição Federal previsto os moldes em que

o controle seria efetivado. Além do controle do Executivo sobre o Legislativo, citado anteriormente, e previsto no artigo 66, § 1º e artigo 86, incisos III, IV, V e XV, a Carta Magna também prevê uma interferência envolvendo o Judiciário e o Legislativo interagindo no controle sobre o Executivo no artigo 52, § único, senão vejamos:

Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

(...)

Parágrafo único - Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Mas não ocorrem apenas interferências, os Poderes de Estado também são dotados de uma parcela do poder inerente ao outro, ou seja, o Legislativo tem como função típica legislar, mas possui também a função atípica de julgar, quando da ocasião de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que encontra base legal no § 3º do artigo 58 da Constituição Federal de 1988, função esta que é típica do Poder Judiciário. Outro exemplo seria quando chefe do Executivo emite Decretos, que são textos que tem força de lei, o que seria, em regra, atribuição do Legislativo.

## 2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade é a mola mestra de qualquer ordenamento jurídico que busque uma democracia real com acesso à justiça e à dignidade, pois ele é um princípio garantidor da segurança jurídica e da liberdade. FRANCO (1995, pág. 24) afirma: “(...) outros princípios penais ou mesmo constitucionais, têm no Princípio da Legalidade o seu ponto de sustentação”.

O primeiro esboço deste instituto ocorreu em 1215 na Inglaterra, com a *Carta Magna de João Sem Terra*, que em seu artigo 39 assegurava ao indivíduo que o Estado não agiria arbitrariamente no exercício de seu poder estatal:

(...) nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos por a mão sobre ele; a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do país.

A brilhante obra de BECCARIA (1764, pág. 21) já demonstrava um posicionamento interessante sobre o tema:

(...) somente as leis podem fixar as penas para os delitos; e essa autoridade só pode ser do legislador, que representa toda a sociedade unida por meio de um contrato social. Nenhum magistrado pode, com justiça, infligir penas a outros membros dessa mesma sociedade.

Em 1945, pela Carta das Nações Unidas, formulou-se a Declaração dos Direitos do Homem, estabelecendo que “ninguém será culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constitua delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”. A partir daí, as Constituições modernas adotaram o Princípio da Legalidade como base primordial de seus ordenamentos jurídicos, passando a ostentar caráter de norma jurídica positiva.

Esculpido no artigo 1º do Código Penal Brasileiro: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”; bem como no inciso XXIX do artigo 5º da Constituição Federal: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal”, este princípio é o ponto de partida para que o Estado se sobreponha à sociedade de forma justa por meio de seus textos legais que anteveem as condutas passíveis de reprovação, atribuindo-as suas respectivas punições, bem como proporciona aos seus subordinados, outros direitos e deveres que os assistem.

No âmbito Penal, este princípio abarca dois outros em sua consistência, o Princípio da Reserva Legal e da Anterioridade da lei penal. Isto porque, prevendo

que não existe crime nem pena sem lei que o defina, existe a certeza de que somente a lei vigente, após todos os trâmites necessários para sua aprovação, é que vai tipificar uma conduta reprovável e aplicar a pena cabível de forma abstrata, que será concretizada em virtude das peculiaridades de cada caso concreto, o que evita que a possibilidade de abusos por parte de qualquer Poder, impossibilitando que seja transferido a outrem este dever constitucional. Já o Princípio da Anterioridade da lei penal garante aos destinatários da norma que as condutas proibidas serão previstas anteriormente à ação delituosa, ou seja, se o particular age criminosamente já está se comportando em desconformidade com a lei porque esta já existia antes de ele praticar tal conduta, o que não deixa brechas para que a tipificação ocorra depois da conduta do agente. Em sendo possível tal situação, gerar-se-ia uma insegurança temerosa para a sociedade posto que os indivíduos não saberiam, ao certo, se seus atos poderiam ou não ser passíveis de punição.

Nesta linha de raciocínio, CAPEZ (2005, pág. 40) compreende o Princípio da Legalidade como uma garantia do particular “contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade”. E SILVA (2005, pág. 429) completa: “Sem que a lei o tenha feito não haverá crime nem pena a ser imposta”.

Subjetivamente, é a segurança jurídica o objeto do Princípio da Legalidade, e não apenas a obrigação objetiva da previsibilidade da atuação do poder punitivo do Estado, estando assim elevado à qualidade de uma garantia constitucional e não a apenas um direito individual. Como ostenta esse *status*, o Princípio da Legalidade encontra guarita entre as cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988. Tal garantia constitucional proporcionará ao agente que praticou a conduta criminosa, a segurança de que não será punido de forma discricionária, a reprimenda para o fato punível já estará previsto em textos legais antes mesmo de o agente praticar o ilícito.

### 2.3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O Princípio da Individualização da pena incide em três momentos distintos da persecução penal, pois inicialmente o legislador escolheu certas condutas que deveriam integrar o rol de condutas vedadas e a estas cominou punições de acordo com o bem juridicamente tutelado. Num segundo momento, ao se chegar ao veredito de que uma pessoa é responsável pelo ato praticado em desconformidade com a lei, o julgador iniciará a individualização da pena correspondente ao

criminoso, guiado pelo artigo 59 do Código Penal. No terceiro momento, da execução penal, o referido Princípio incidirá no tocante ao tratamento individualizado a cada caso distinto, proporcionando que cada apenado consiga galgar sua reinserção social de acordo com a gravidade do ato praticado e seus valores sociais e morais, conforme prevê o inciso XLVIII do artigo 5º da Carta Cidadã: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;”

Esta é a interpretação do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao que rege o Princípio da Individualização da Pena:

O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para a reprovação do crime.

(*REsp. 827031/PE*, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T. DJ 29/06/2007, p. 698.)

LUIZ (2002, pág. 52) cita Nelson Hungria quando descreve de forma clara o que vem a ser o Princípio da Individualização da Pena: “retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”.

O ordenamento jurídico pátrio ressalvou duas funções da pena: a retributiva e a preventiva. A teoria retributiva crê que a pena deve ser a justa retribuição ao ilícito cometido, tendo o agente que sofrer proporcionalmente ao que foi lesionado com seu ato criminoso, o que nos faz entender que a pena é apenas uma consequência do descumprimento da lei. Já a teoria preventiva concebe a pena em sua característica preventiva, ou seja, a de intimidar os indivíduos que estão sujeitos às leis, fazendo com que temam pela punição que possa vir a acontecer caso pratiquem atos em desacordo com a legislação vigente.

MESQUITA JÚNIOR (2005, pág. 31) faz uma correlação deste princípio com o Princípio da Isonomia quando afirma que “o princípio da individualização da pena decorre do princípio da isonomia, eis que este traduz a ideia de que os desiguais devem ser tratados distintamente, isso na medida de suas diferenças”. A Constituição Federal reforça o pensamento do citado autor, pois em seu artigo 5º, inciso XLVIII, dispõe que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de

acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, demonstrando assim que as penas devem ser aplicadas distintamente a cada caso diferente, ou seja, não se devem punir da mesma maneira duas condutas antagônicas, pois a pena é individual, intransferível e proporcional ao ato criminoso praticado, bem como às características pessoais do agente.

Corolário a este Princípio, o Princípio da Pessoalidade atua como um complemento ao da Individualização da pena impossibilitando que a pena passe a outra pessoa que não o criminoso, exceto no caso de reparação de danos civis.

Com todo o arcabouço constitucional citado anteriormente, a pena tem como principal objetivo nos dias de hoje, atuar de uma forma que puna o criminoso e ao mesmo tempo possibilite o seu retorno ao convívio social, justamente pela evolução de seu caráter ao longo da história, partindo do caráter apenas punitivo para este ressocializador.

### 3 A PUNIÇÃO SEGUNDO O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

As penas remontam à época da criação das sociedades organizadas que cultuavam divindades nas quais, quando seus integrantes descumpriam as “obrigações divinas”, lhes eram impostos castigos severos como tortura e morte. Com a evolução da humanidade, mais precisamente no momento em que Cesare Beccaria introduziu esta ideia atual de pena, as penas foram amoldadas para tentar solucionar o caos em que se encontrava a sociedade daquele tempo uma vez que os julgamentos, que aconteciam em praça pública, eram constituídos por tortura e execução brutal dos condenados ali mesmo, ao olhar de todos. Ao inserir essa ideia de pena justa ao condenado, foi-lhe dada a proteção de que não seria penalizado além do que deveria e teria, de certo modo, um julgamento justo pelo crime cometido. Segundo FOUCAULT (1984, pág. 88), a previsibilidade da pena possibilita ao sujeito que saiba que ao praticar um ato contrário à lei, ele será punido de acordo com a legislação vigente, fazendo com que o mesmo pense bem antes de praticar qualquer conduta criminosa, pois esta ação irá gerar uma reação desagradável para si: “Os que abusam da liberdade pública serão privados da sua; serão retirados direitos civis dos que abusarem das vantagens da lei e dos privilégios das funções públicas (...)”.

Portanto, a todos aqueles que praticam delitos, sendo capazes de responder por seus atos, são impostas penas, que em resumida definição, são sanções impostas pelo Estado contra uma pessoa que praticou alguma infração penal.

Tais penalidades evoluíram ao longo da história, tendo sua finalidade moldada à modernidade e ajustada aos anseios da sociedade. No Século XII, com o crescimento vertiginoso da Igreja Católica, as penas de execução cresceram junto com a Igreja, instituição esta que tinha como executor a chamada Santa Inquisição, que perseguia pessoas e as acusava de feitiçaria, heresia e traição, julgava-as e condenava a penas severas como enforcamento, decapitação e a morrer queimado em fogueiras, para que servisse de exemplo para os demais e demonstrasse o poder da Igreja Católica, sem dar aos mesmos nenhuma chance de defender-se. Sobre esse fato histórico, ARGOLLO (2008, pág. 03) expõe:

A Inquisição iniciou-se em uma época em que o poder religioso confundia-se com o poder real, esta instituição da Igreja Católica

Romana perseguiu, torturou e matou vários de seus inimigos acusando-os de hereges, por vários séculos. Em 1252, o Papa Inocêncio IV editou a bula Ad Extirpanda, a qual institucionalizou o Tribunal da Inquisição, autorizando o uso da tortura, não havendo limites de idade para o uso, crianças e velhos eram sujeitos a ela. As penas impostas pela Inquisição iam desde simples censuras (leves ou humilhantes), passando pela reclusão carcerária (temporária ou perpétua) e trabalhos forçados nas galeras, até a excomunhão do preso para que fosse entregue às autoridades seculares e levado à fogueira, havia igualmente a confiscação de bens em favor da Igreja, podendo ainda haver privação de herança até a terceira geração de descendentes do condenado.

Com o passar dos anos, desenvolveu-se o processo de humanização da pena, pois se passou a aceitar que ela não tivesse apenas a característica de punir, mas também o caráter ressocializador, ou seja, a pena tem o condão de punir e também reeducar o acusado pela prática criminosa, para que o mesmo, posteriormente, possa ser novamente inserido na sociedade e continue a viver da mesma forma que os outros cidadãos. Em decorrência dessa nova concepção, as penas de morte foram abolidas na maioria dos ordenamentos jurídicos, restando ainda em nações pouco desenvolvidas, ainda com caráter brutal, se dando por fuzilamento. São também aceitas em alguns estados dos Estados Unidos da América, embora com um tom mais humano, uma vez que as penas de morte são efetuadas através da aplicação de uma combinação de drogas na corrente sanguínea do condenado, o que faz com que a execução se dê sem nenhuma dor.

O ordenamento jurídico brasileiro não abarcou a possibilidade da pena capital, tendo em vista que a mais severa das penas admissíveis é a privativa de liberdade, existindo ainda penas mais brandas para certas condutas e casos concretos que podem oferecer ao condenado a possibilidade de não ter sua liberdade totalmente cerceada, fazendo com que ele possa ser reeducado sem ser retirado do convívio social.

### 3.1 ESPÉCIES DE PENA ADMITIDAS PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O Código Penal, em seu artigo 32, elenca os tipos de pena: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.

O artigo 33 do mesmo diploma legal descreve a pena privativa de liberdade, prevista em abstrato nos respectivos tipos penais. As penas privativas podem ser de

reclusão, quando a pena deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, como também de detenção, cumpridas em regime semiaberto ou aberto, e de prisão simples, cominada para os que cometem contravenções penais, que são infrações de menor potencial ofensivo. Os regimes citados anteriormente são disciplinados no artigo 33, §1º, alíneas a, b e c, onde é delimitado em qual regime o condenado iniciará o cumprimento da pena.

O Regime Fechado é imposto ao condenado a pena superior oito anos de reclusão, devendo a pena ser cumprida em estabelecimento prisional de segurança máxima ou média; ao não reincidente, condenado a pena entre quatro e oito anos é imposto o regime semiaberto inicialmente, onde o apenado cumpre a pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento prisional similar. Ao indivíduo que foi condenado a menos de quatro anos de reclusão, desde que não seja reincidente, inicialmente é o regime aberto que lhe é imposto, cumprindo a pena em casa de albergue ou estabelecimento adequado. Ainda nesta esteira, prevê o artigo 33, §2º do Código Penal que as penas privativas de liberdade devem ser executadas progressivamente, ou seja, o condenado passará de um regime mais severo para um mais brando de forma gradativa, conforme o preenchimento dos requisitos legais, que são o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, conforme artigo 112, *caput* da Lei de Execuções Penais:

Art. 112 - A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Por conseguinte, o artigo 43 do Código Penal elenca as penas restritivas de direitos, sendo elas penas alternativas, pois são aplicadas em substituição às penas privativas de liberdade, desde que atendidos os requisitos legais. Os incisos do art. 43 preveem como penas restritivas de direitos:

[...]  
I – prestação pecuniária;  
II – perda de bens e valores;

III – (VETADO)

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana.

O inciso I indica a prestação pecuniária, que nada mais é que o pagamento de um valor determinado pela sentença em favor da vítima, seus dependentes ou a uma entidade pública ou privada com destinação social. A perda de bens e valores, prevista no inciso II, consiste no confisco de bens e valores pertencentes ao condenado, revertido ao Fundo Penitenciário Nacional na quantia referente ao montante do prejuízo causado ou da vantagem financeira obtida em virtude da prática criminosa. O inciso III estabelece a pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, que ocorre quando é imposta ao condenado a realização de trabalho gratuito em entidades sociais como hospitais, asilos ou creches. Já a Interdição Temporária de Direitos, prevista no inciso V, é descrita pelo artigo 47 do Código Penal, que elenca outros quatro incisos que são justamente a consistência desta pena (proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; na proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; na suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; como também na proibição de frequentar determinados lugares). Por fim, o inciso VI estabelece a pena de limitação de fim de semana, que consiste na obrigação do condenado permanecer recolhido em estabelecimento prisional adequado, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias.

A terceira previsão de pena que faz o artigo 32, em seu inciso III, é justamente a de pena de multa, regulada ainda pelo artigo 49 do mesmo diploma legal:

Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

O cálculo dos dias-multa é feito de acordo com o estipulado pelo juiz, observando-se a culpabilidade do agente bem como sua situação econômica, não

podendo o valor do dia-multa ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente na época do fato, nem superior a cinco vezes este valor.

Atualmente há uma tendência de que se diminua cada vez mais a incidência de penas privativas de liberdade e se aplique cada vez mais as penas alternativas, justamente pela precariedade em que se encontra o sistema prisional brasileiro, cada vez mais lotado, sem estrutura, sem recursos e ineficiente no sentido de atender à finalidade ressocializadora da pena. Em verdade, condenados com diferentes penas são amontoados no mesmo local, bandidos de longas fichas criminais são misturados com apenados que praticaram apenas um delito de potencial ofensivo irrisório, o que faz com que surjam as chamadas “Escolas do Crime”, onde esses delinquentes pouco ofensivos são “treinados” pelos detentos que comandam o crime organizado dentro dos estabelecimentos prisionais e quando retornam ao convívio social já estão com a mentalidade de verdadeiros bandidos e passam a praticar delitos mais graves. Desta forma, prender um delinquente não é mais uma prioridade, caminha-se para penas mais brandas e mais educadoras, que objetivem reeducar o condenado ainda com ele convivendo em sociedade e o deixe longe das tentações do mundo do crime. FOUCAULT (1984, pág. 91) já esboçava ensinamentos que levam ao pensamento atual:

É uma mecânica dos sinais, dos interesses e da duração. Mas o culpado é apenas um dos alvos do castigo (...) o ideal seria que o condenado fosse considerado com uma espécie de propriedade rentável: um escravo posto a serviço de todos. Por que haveria a sociedade de suprir uma vida e um corpo de que ela poderia se aproveitar? (...)

### 3.2 APLICAÇÃO DA PENA

A partir do momento em que o agente atua em desacordo com o ordenamento jurídico, ele é submetido a todo um procedimento penal, que culmina, ou não, em sua condenação pela prática criminosa, sendo-lhe aplicada a sanção penal prevista em lei. Este é o momento da aplicação da pena. A lei penal, através do tipo penal, apenas expõe a pena e sua quantidade em abstrato, fazendo menção a alguns detalhes que possam vir a ocorrer e influenciar de forma a aumentar ou diminuir o *quantum* previsto no tipo penal, desta forma, cada caso concreto tem que

ser analisado sob a ótica de cada previsão legal, ou seja, das causas de aumento e diminuição, das agravantes e atenuantes, para que se possa chegar ao montante de pena que deve ser aplicada ao criminoso.

A forma de se quantificar a pena cominada ao crime que vigorava antes da reforma da Parte Geral do atual Código Penal era o chamado método bifásico, onde o juiz tinha dois momentos para fixar a pena. No primeiro momento ele analisava as circunstâncias judiciais juntamente com as atenuantes e agravantes e assim fixava uma pena provisória, para que no segundo momento aferisse as causas de aumento e de diminuição e chegasse à pena definitiva. Nesses moldes, conforme redação do atual inciso II do art. 59 vigente, o magistrado fica obrigado a se balizar pelo mínimo e máximo de pena previsto no tipo penal incriminador, pois este dispositivo prevê que a quantidade da pena é aplicável dentro dos limites previstos.

O método atualmente usado para aplicação da pena é o método trifásico. Conforme o art. 68 do Código Penal, os critérios do art. 59 do mesmo diploma legal servirão para se fixar a pena base, para que só então sejam feitas as considerações das circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61 e 65, e por último são computadas as causas de aumento e diminuição que são espalhadas por todo o Código Penal Brasileiro.

Desta forma, num primeiro momento o juiz deverá atentar “(...) à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima (...)”, para estipular o montante de pena, que obrigatoriamente deve estar entre o mínimo e o máximo previstos no tipo penal. Em seguida, após estipular a pena base, o magistrado passará a observar as circunstâncias agravantes e atenuantes, assim sendo, no segundo momento da aplicação, ou seja, na aferição das atenuantes e agravantes o magistrado analisará os artigos 61 e 65, que indicam que em qualquer momento que estas estejam presentes, devem influir na aferição da pena do caso concreto. Num terceiro momento incidirão as causas de aumento e diminuição, encontradas por todo o Código Penal, tais causas tem o condão de conduzir a pena além dos limites previstos no tipo penal, pois são causas especiais que, por exemplo, triplicam a pena, no caso do parágrafo único do artigo 135, que ocorre quando há o crime de omissão de socorro com resultado morte. Estas causas também preveem diminuição, como podemos perceber no caso do crime tentado,

que deve ter sua pena diminuída de um a dois terços, conforme parágrafo único, inciso II do artigo 14 do Código Penal.

Explicando a forma de individualização da pena, JORGE (200?, pág. 02) ensina:

O método está previsto no artigo 68 do Código Penal, o qual estabelece que inicialmente será fixada a pena base, 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. Portanto, adotou-se a individualização da pena, em três fases.

Na primeira fase, calcula-se a quantidade de pena-base, dentre as cominadas no tipo penal, levando-se em conta as circunstâncias judiciais. Na segunda fase, consideram-se as circunstâncias legais, atenuantes e agravantes. As circunstâncias existentes não podem ser desprezadas pelo juiz. São de aplicação obrigatória.

A necessidade e a suficiência da pena devem ser aferidas pelo julgador, com amparo nas circunstâncias judiciais (art. 59, CP). Portanto, não se trata de discricionariedade, mas de atividade vinculada ao parâmetro legal, o qual não pode ser desrespeitado, sob pena de nulidade do ato praticado, se acarretar prejuízo para o réu. O juiz tem o dever constitucional de fundamentar a sentença, revelando e especificando, destarte, o trânsito subjetivo da aplicação da pena. Existe apenas um caminho a ser seguido, não lhe restando outro alternativo.

As circunstâncias permitem certa flexibilidade ao julgador, mas não são suficientes para autorizá-lo à aplicação da sanção além ou aquém da prevista na moldura legal, preexistente ao ato delituoso. A pena deve ser justa correspondente à imoralidade do crime, sendo certo que o juiz pode atribuir importância e influência diferentes à mesma circunstância, segundo a fisionomia e o valor que a infração penal confere ao delinquente, segundo o meio e a época.

A grande discussão se estende pela segunda fase da aplicação da aplicação da pena, pois as demais fases gozam de unidade de pensamentos, a de que na primeira fase a pena deve ser fixada entre os limites, até porque o próprio Código Penal expressamente preconiza que deve assim ser procedido, e no tocante a terceira fase, entende-se que é possível extrapolar os limites na incidência das referidas causas. Portanto, o momento em que são aferidas as circunstâncias agravantes e atenuantes é onde repousam divergências, pois uma parte da doutrina aceita ser possível que nesta fase a pena ultrapasse o limite mínimo, pois o artigo 65 prega em seu texto, que são causas que sempre atuam na dosimetria da pena

quando fizerem parte do caso concreto: “Art. 65. São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena.” (grifo nosso).

Alguns doutrinadores e parte da jurisprudência rejeitam essa ideia não por discordarem dessa possibilidade, mas pelo motivo de que se for aceita, por analogia dever-se-á aceitar que, do mesmo modo que as circunstâncias reduzem a pena aquém do mínimo legal, também podem elevá-la além do máximo, em decorrência do artigo 61 do Código Penal que traz em sua composição o vocábulo “sempre”, de igual maneira ao artigo 65: “Art. 61 - São circunstâncias que **sempre** agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:” (grifo nosso).

Outra corrente, prestigiada por grande parte da doutrina, defende a impossibilidade de se proceder desta maneira tendo em vista a consagração dos princípios da legalidade, da separação dos poderes e da individualização da pena. Com base nisso, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 231, que versa sobre o tema: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

De certo que a legislação penal brasileira possui em seu corpo todo um sistema de normas que confere ao juiz certa liberdade na dosimetria penal, pois apesar de estar acorrentado a certos limites, a própria norma limitadora oferece ao magistrado um terreno onde ele pode fixar o montante de pena que deve ser aplicada ao criminoso condenado por aquele fato típico, ilícito e culpável. O que causa divergência entre os estudiosos do direito hoje não é o que a lei traz em seu conteúdo, mas sim o que dela se interpreta, ou mais especificamente, o que da lei se deixa de utilizar. É um tanto quanto ilógico criar normas que não são postas em prática, e pior é a edição de uma súmula contrariando o que uma lei ordinária preconiza.

A principal desconfiança gira em torno da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça que inviabiliza a incidência de uma atenuante quando a pena já for fixada no mínimo legal, ou seja, se o juiz der ao réu, um direito que a ele assiste que é de ter a pena fixada no piso previsto no tipo penal, outro direito seu, que seria de ter a pena minorada ainda mais em virtude de uma atenuante, será simplesmente desconsiderado. Se este mesmo réu não tivesse sua pena fixada no mínimo, a mesma atenuante incidiria normalmente e diminuiria a pena aplicada. Enfim, argui-se a inconstitucionalidade da referida súmula.

## 4 POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA AQUÉM DO LIMITE MÍNIMO

A dosimetria penal deve observar as leis vigentes como guia para se chegar ao montante de pena para cada caso concreto, atendendo, dessa forma, às finalidades da pena. Desprezar o que preconiza um artigo do Código Penal em detrimento do conteúdo de súmula emitida por um de nossos tribunais superiores, na ótica de parte da doutrina, mostra-se ilegal, ainda mais quando esse desprezo atinge também preceitos constitucionais, o que torna esse modo de atuação inconstitucional.

### 4.1 A FUNÇÃO DA PENA

NUNES (2011, pág 01), citando Roxin, dá a aplicação da pena um grande destaque no tocante a atuação do direito penal, demonstrando ser esta a apoteose da atuação do Estado em seu dever punitivo:

A aplicação da pena, ou dosimetria apenatória, com efeito, constitui-se de relevante importância no campo do direito penal e processual penal. Isto porque, é justamente nesse momento que o juiz de cognição, revestido em Estado-juiz, impõe a sanção ou reprovação estatal através da pena, previamente cominada no ordenamento, objetivando com isso, segundo nos afirma Claus Roxin, a prevenção do crime, a inocuidade do condenado e a sua correção. É por intermédio dela (pena) que o Estado, enquanto detentor do *jus puniendi*, exterioriza concretamente a reprovação do ato praticado pelo agente, bem como a reprovação do próprio autor do ilícito penal.

A pena deve ser o bastante para punir o agente pelo seu erro e ao mesmo tempo atender aos anseios da sociedade na busca pela pacificação, na ótica de LEAL (1998, p. 404):

Este dever de motivar a pena constitui uma garantia individual contra o arbítrio do juiz que, por sua vez, se vê protegido 'contra a suspeita de arbitrariedade ou imparcialidade'. Portanto, a pena efetivamente aplicada deve representar um verdadeiro ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo de segurança, que exige a repressão ao crime, e o interesse do delinquente, consistente no seu direito e garantia individual de ser punido segundo regras legais previamente estabelecidas.

## 4.2 QUANTIFICAÇÃO E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

É interessante que haja uma predisposição, mesmo que não abarque a totalidade dos pensamentos, que leve o magistrado a perceber a fixação da pena de uma forma equilibrada, de tal forma a não tratá-la de uma forma restrita ao que o texto legal preconiza, havendo uma interpretação extensiva, principalmente quando se observa o Princípio do Favor Rei. Isso significa dizer que, quando não for possível chegar a uma certeza acerca do que é mais justo para o caso, deve-se operar o direito em prol do réu, da pessoa que está figurando no polo passivo, para que esta não seja prejudicada sem que mereça tal punição, pois é muito mais temerário punir um inocente do que anistiar um culpado.

A impossibilidade de se fixar a pena abaixo do mínimo legal na segunda fase de aplicação é um grande obstáculo a uma aferição de pena justa, quando inviabiliza que todas as vertentes sejam analisadas e aplicadas integralmente ao caso concreto que mereça a atuação de cada dispositivo legal previsto para influenciar no caso em tela.

Ademais não é sábio continuar aceitando o desrespeito a princípios constitucionalmente previstos, como o Princípio da Isonomia, o qual aduz que todos devem ser tratados igualmente quando iguais e desigualmente quando desiguais, enfim, a uma pessoa que se encontra em situação semelhante a de outrem, diferenciado apenas por detalhes, não se podem deixar de influenciar na medida de seus cálculos devidos ao Estado aplicador da lei penal, como também ao Princípio da Individualização da Pena, quando deixa de aplicar uma pena menor merecida pelo réu e aplica uma maior, incorrendo num excesso que corresponde a uma pena sem culpa.

Deixar de aplicar ao caso uma circunstância é o mesmo que rasgar os textos legais, estes que disciplinam todo o processo penal e, claro, guiam o magistrado no momento da dosimetria penal. Se aquele condenado que teve sua pena fixada no piso legal tem, em seu favor, atenuantes que abrandam a pena, estas não deixarão de ser ponderadas somente pelo fato de a pena ter sido fixada no mínimo previsto, uma vez que o réu simplesmente perde um benefício a que tem direito segundo o próprio Código Penal, como citado anteriormente. Analisando esta vertente, o

Superior Tribunal de Justiça, antes de editar a Súmula nº 231, julgou da seguinte forma:

RESP - PENAL - PENA - INDIVIDUALIZAÇÃO - ATENUANTE - FIXAÇÃO ABAIXO DO MINIMO LEGAL - O PRINCIPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (CONSTITUIÇÃO, ART. 5º, XLVI) MATERIALMENTE, SIGNIFICA QUE A SANÇÃO DEVE CORRESPONDER AS CARACTERISTICAS DO FATOS, DO AGENTE E DA VITIMA, ENFIM, CONSIDERAR TODAS AS CIRCUNSTANCIAS DO DELITO. A COMINAÇÃO, ESTABELECEDO GRAU MINIMO E GRAU MAXIMO, VISA A ESSE FIM, CONFERINDO AO JUIZ, CONFORME O CRITERIO DO ART. 68, CP, FIXAR A PENA "IN CONCRETO". A LEI TRABALHA COM O GENERO. DA ESPECIE, CUIDA O MAGISTRADO. SO ASSIM, TER-SE-Á DIREITO DINAMICO E SENSIVEL A REALIDADE, IMPOSSIVEL DE, FORMALMENTE, SER DESCRITA EM TODOS OS PORMENORES. IMPOSIÇÃO AINDA DA JUSTIÇA DO CASO CONCRETO, BUSCANDO REALIZAR O DIREITO JUSTO. NA ESPECIE "SUB JUDICE", A "PENA BASE" FOI FIXADA NO MINIMO LEGAL. RECONHECIDA, AINDA, A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTANEA (CP, ART. 65, III, D). TODAVIA, DESCONSIDERADA PORQUE NÃO PODERA SER REDUZIDA. ESSA CONCLUSÃO SIGNIFICARIA DESPREZAR A CIRCUNSTÂNCIA. EM OUTROS TERMOS, NÃO REPERCUTIR NA SANÇÃO APLICADA. OFENSA AO PRINCÍPIO E AO DISPOSTO NO ART. 59, CP, QUE DETERMINA PONDERAR TODAS AS CIRCUNSTANCIAS DO CRIME. (*Resp. 151.837/MG. 6ª Turma. Rel.Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.dj. 28-05-1998*)

#### 4.3 POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

Sobre a questão em estudo, Ferreira (1998, p. 103-104) diz que o juiz:

[...] não pode diminuir a pena aquém do mínimo ou aumentá-la acima do máximo legal, porque com isto estaria burlando o princípio da legalidade. Mas pode ultrapassar esses limites em razão das causas especiais de aumento ou de diminuição porque em relação a estas, não há perigo de burla, tendo em vista que o aumento ou a diminuição já vêm previamente estabelecidos pelo legislador.

Seria complicado aceitar a ideia de que o legislador cria uma série de normas que na prática não são aplicadas, mesmo estando eternizadas nas páginas que compõem as diversas leis vigentes no Brasil.

O Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula 231, coaduna da premissa de que é impossível se fixar a pena, na segunda fase da aferição, em patamar inferior ao previsto no tipo penal: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”.

Em diversos julgados pôde-se observar a incidência da Súmula 231 do STJ, levando a uma forma de atuar que despreza circunstâncias existentes no caso que deveriam incidir na dosimetria da pena em virtude da vedação de minorar a pena ultrapassando o limite mínimo:

“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ATENUANTE DA MENORIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231. 1. A existência de circunstâncias atenuantes não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal. Inteligência da Súmula 231/STJ. 2. Ordem denegada.”(HC 170.996/DF, Rel. Min. Og Fernandes, dj. 17-06-2010).

“CRIMINAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. PREPONDERÂNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ARTIGO 67 DO CP. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.ATENUANTE.MENORIDADE. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. ÓBICE DA SÚMULA 231/STJ. ORDEM DENEGADA. II- A jurisprudência das Cortes Superiores está consolidada no sentido de que a incidência da atenuante referente à menoridade não pode reduzir a pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal. Inteligência da Súmula 231/STJ.” (HC 192.538/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, dj. 07-04-2011).

“PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. NULIDADE DA PERÍCIA. POTENCIALIDADE LESIVA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO EMPREGO DE ARMA. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTES. II - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula n.º 231 - STJ).”  
(REsp 789410/RS, RECURSO ESPECIAL 2005/0171528-5, Relator(a) Ministro FELIX FISCHER, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, dj. 06-04-2006)

“PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE 3 (TRÊS) AGENTES. CONDENAÇÃO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AOS AGENTES. PENA-BASE FIXADA POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. LEGALIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOZO. POSSIBILIDADE. DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO MESMO DIANTE DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA. 2. Mesmo diante da

existência de duas circunstâncias atenuantes, não há como reduzir a pena-base abaixo do mínimo legal (Súmula 231/STJ).”  
*(HC 45457/DF, HABEAS CORPUS 2005/0110638-9, Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, dj. 21-03-2006).*

BITTENCOURT (2002, p. 231) cita um julgado do Superior Tribunal de Justiça, onde se percebe a aplicação ao caso concreto do modo de pensar daqueles que compõem o Tribunal, quando se depararam com situação que requereu a diminuição da pena abaixo do mínimo legal: “perde sentido o exame de atenuantes não aplicadas na sentença, quando a pena já está no mínimo legal.”.

Seguindo tal raciocínio, diversos tribunais estaduais espalhados pelo nosso país compartilharam do mesmo raciocínio do Superior Tribunal de Justiça, operando da mesma forma que este, quando trataram de situações semelhantes. Assim se posicionou o Tribunal de Justiça do Pernambuco:

1. A pena na segunda fase não pode ser conduzida aquém do mínimo legal previsto em abstrato no tipo penal, e conseqüentemente, por interpretação extensiva, não pode igualmente ser levada acima do máximo previsto em abstrato.  
*(Habeas Corpus nº 21337-51.2010.8.17.0000. Quarta Câmara Criminal, Relator Des. Marco Antônio Cabral Maggi, DJU 25 de jan. 2011)*

Também no longínquo estado do Acre, o Tribunal de Justiça Estadual acordou da seguinte maneira:

O entendimento sumulado da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça impede que o juiz, na segunda fase da fixação da pena, opere redução para patamar inferior ao mínimo abstratamente previsto, em virtude do reconhecimento de circunstância atenuante.  
*(Acórdão nº 9.071. Câmara Criminal, Relator Des. Arquilau Melo, DJU 14 de jan. 2010)*

Demonstrando a preferência de que os magistrados atuem dentro dos limites previstos no tipo penal, salvo na terceira fase da aferição, onde o montante de aumento ou diminuição está expressamente previsto em lei, NUCCI (2003, p. 282) orienta:

(...) as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição.

Contrário a este pensamento, JESUS (2004, p. 238) ensina:

Assim, as atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal, porque após a reforma de 1984, se for afastada a incidência da atenuante, não se estará atendendo o princípio de sua aplicação obrigatória. Logo, tais circunstâncias devem ser observadas na segunda fase, não estando o juiz adstrito aos limites legais, podendo reduzir a pena aquém do mínimo legal.

FRANCO (1997, p. 1072), com riqueza de sabedoria aduz que:

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

#### 4.4 O PERIGO QUANTO A APLICAÇÃO DA ANALOGIA

Alguns estudiosos condenam a prática da impossibilidade da redução da

pena inferior ao mínimo legal na segunda fase de aplicação, alegando que se abriria um perigoso precedente para que os magistrados possam, por analogia, ter a faculdade de majorar a pena além do máximo nesta fase da aplicação. Um destes é SANTOS (2005, p. 140-141), quando escreve que:

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

Seria um tanto quanto arbitrário permitir que um juiz fixasse uma pena acima dos limites do tipo penal, mas ocorre que a Constituição Federal inviabilizaria essa possibilidade, não podendo o magistrado ferir de forma tão grave a ordem jurídica, pois neste caso estaria ele cominando uma pena a um criminoso que não estaria prevista legalmente. Por mais lógica que fosse a afirmação de que se aceitar o mínimo tem-se que aceitar o máximo, o princípio da legalidade veda a majoração acima do máximo previsto para não incorrer em pena sem prévia cominação legal, afastando assim o uso da analogia para liberar tal forma de dosimetria penal.

#### 4.5 INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Há quem defenda a inconstitucionalidade da Súmula 231, como VARGAS e MOTTA (2008, pág. 11), quando em seu estudo entenderam que a citada súmula, “é inconstitucional porque fere o princípio da individualização da pena, na proporção em que ao deixar de aplicar uma pena menor está impondo um excesso que corresponde a uma pena sem culpa”.

Há de se perceber, que os tribunais estaduais, liderados pelo Superior Tribunal de Justiça, em quase sua totalidade, compartilham da ideia da impossibilidade da fixação da pena fora dos limites do tipo penal na segunda fase da aplicação, o que, em se tratando de aumento além do máximo, é também aceito por quase todos, para não incorrer em injustiças. No entanto, faz-se necessário ressaltar a arguição de diversos estudiosos, se posicionando favoravelmente à possibilidade da pena ser fixada abaixo do mínimo, mesmo que não seja uma unanimidade. Esses

estudiosos lembram que na legislação brasileira não existe um dispositivo sequer que inviabilize essa forma de atuar, além, claro, da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que muitos consideram inconstitucional e ilegal. GONTIJO (2005, pág. 02) defende a revogação da citada súmula ressaltando:

Dessa forma, a Corte Superior foi construindo seus precedentes, sem observar que a interpretação a ser comaltada poderia distorcer a interpretação do princípio constitucional da individualização da pena, cujo reflexo se estende aos dispositivos do Código Penal Brasileiro, ferindo de morte o direito fundamental pertencente ao réu. Assim, faz-se necessário apresentar novos fundamentos, os quais ensejem a revisão, acerca da aplicação dos magistrados, e posterior revogação do Enunciado n. 231 pelo STJ.

Ainda contra a orientação da referida súmula, QUEIROZ (2002, pág. 02):

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

## 5 CONCLUSÃO

Por intermédio desta pesquisa observou-se que a grande questão levantada em torno da possibilidade da fixação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal na segunda fase de aplicação da pena é alimentada principalmente pela edição da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, pois esta corte superior padronizou a atuação dos magistrados com o dispositivo legal lançado.

Pelo material estudado, percebeu-se que os estudiosos do direito avançam com a ideia da inconstitucionalidade da referida súmula, justamente por ela ferir o princípio da individualização da pena, o que acarreta sérios danos ao réu quando este pode ver sendo aplicada contra si uma pena indevida, calculada excessivamente em virtude de uma súmula que impossibilita que seja dado ao réu um direito seu, que é de ter a atenuante a que faz direito contabilizada no montante da pena.

Examinando a legislação vigente intuiu-se que não há proibição expressa em nenhuma lei pátria que impossibilite a atuação da maneira proposta anteriormente. Essa proibição existe apenas no tocante à pena base, em face do que dispõe o artigo 59, inciso II, parte final do Código Penal; já na segunda fase, o único dispositivo legal que inviabiliza a minoração da pena abaixo do mínimo é a Súmula nº 231, editada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Entendeu-se que a citada súmula se perfaz num equívoco que acarreta grandes prejuízos àqueles atacados por ela, desrespeitando princípios e garantias constitucionais de cidadãos brasileiros que são passíveis da atuação punitiva do Estado. Quando o Juiz ignora atenuantes apenas porque a pena base foi fixada no mínimo legal, estará descumprindo preceitos constitucionais.

Pelo resultado das análises bibliográficas e documentais levou-se a alcançar o entendimento de que ao aceitar somente a minoração da pena aquém do mínimo previsto não se está incorrendo em nenhum abuso ou ingerência quanto à previsão legal de penas dos tipos penais, pois o princípio da proporcionalidade, que abarca os subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, exige que a pena seja necessária, adequada e compatível com o grau de ofensividade do delito cometido. Ademais, adotando também o princípio de individualização da pena, não se pode deixar de fixar a pena abaixo do mínimo legal, pois qualquer vedação nesse sentido é inconstitucional.

Por fim, concluiu-se que a matéria em estudo tem gerado celeuma na doutrina pátria e vai, ainda por algum tempo, oferecer margem a discussão. Entretanto, tem maior acolhimento a tese acima lançada por parte dos operadores do Direito, de que a aplicação concreta da atenuante sobre a pena-base fixada em grau mínimo não tem nenhum impedimento legal, ou seja, de que é sim possível que a pena seja fixada abaixo do limite mínimo na segunda fase da aplicação, pois dessa forma, existirá uma efetiva garantia do Estado de previsão legal em relação à cominação penal, bem como uma dosimetria realmente individualizada para cada criminoso em seu caso concreto.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGOLLO, Elaina. *A evolução das penas no Direito Penal*. 2008. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=760](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=760) – Acesso em 16.02.2013 – 10:48h. Pág. 03.

BECCARIA, Cesare Bonansa. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2004. p. 21

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 231.

BRASIL, *Código Penal*, 1940

BRASIL, *Constituição Federal*, 1988

BRASIL, *Lei de Execução Penal*, 1984.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 231* – Publicada 22/09/1999 - DJ 15.10.1999.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *REsp. 827031/PE*, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T. DJ 29/06/2007, p. 698. – Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19236254/recurso-especial-resp-827031-pe-2006-0038529-0-stj/inteiro-teor> – Acesso em 05/02/13 – 08:50h

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Resp. 151.837/MG. 6ª Turma. Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. j. 28-05-1998*.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Súmula 231*, 1999. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.txt](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt). Acesso em 03 de abr. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 170.966/SP. Rel. Min. Og Fernandes, j. 17-06-2010*. Disponível em: [http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/STJ/IT/HC\\_170966\\_DF\\_128134\\_2389148.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/STJ/IT/HC_170966_DF_128134_2389148.pdf) - Acesso em 30.03.12 – 08h20min

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 192.538/SP. Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07-04-2011*. Disponível em: [http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/STJ/IT/HC\\_192538\\_SP\\_130652\\_0395220.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/STJ/IT/HC_192538_SP_130652_0395220.pdf) - Acesso em 30.03.12 – 08h30min

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Processo REsp 789410/RS, RECURSO ESPECIAL 2005/0171528-5, Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109), Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 06-04-2006*. Disponível em <http://www.criminal.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=192> - Acesso em 18.03.13 – 16h10min

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Processo HC 45457/DF, HABEAS CORPUS 2005/0110638-9, Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128), Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, j. 21-03-2006*. Disponível em <http://www.criminal.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=192> - Acesso em 18.03.13 – 16h15min

BRASIL, Tribunal de Justiça do Acre. *Acórdão nº 9.071. Câmara Criminal, Relator Des. Arquilau Melo, DJU 14 de jan. 2010*. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7704840/apelacao-criminal-acr-1330-ac-2009001330-3-tjac/inteiro-teor>. Acesso em 30 de mar. 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Pernambuco. *Habeas Corpus nº 21337-51.2010.8.17.0000. Quarta Câmara Criminal, Relator Des. Marco Antônio Cabral Maggi, DJU 25 de jan. 2011*. Disponível em: [http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/TJPE/IT/HC\\_107341320108170001\\_PE\\_1307487926664.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/TJPE/IT/HC_107341320108170001_PE_1307487926664.pdf). Acesso em 30 de mar. 2012.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 13.ed. São Paulo: Atlas, 1999. Pág. 823.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 8ª Ed. São Paulo: Impetus. 2005. Vol. 1. p. 40

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 103-104.

FOUCAULT; Michel. Trad. VASSALO; Ligia M. Ponde. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Rio de Janeiro: Vozes, 1984. Pag. 88. Pag.91.

FRANCO, Alberto Silva. et. al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. Ed. Revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p. 24

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 p.1072.

GONTIJO, André Pires. *A revisão do enunciado nº 231 da Súmula do STJ: por uma máxima efetividade da força normativa do princípio da individualização da pena*. Jus Navigandi, Teresina, ano 09, nº 826, 07 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15468-15469-1-PB.pdf>. Acesso em 30 de mar. 2012. Pag. 02.

JESUS, Damásio Evangelhista de. *Código Penal Anotado*. 15. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 238.

JORGE, Mário Héltton. *Direito Penal: A quantificação da pena em face das circunstâncias*. Disponível em: <http://www.emap.com.br/site/emapcom/arquivos/artigos/A%20QUANTIFICAO%20DA%20PENNA%20EM%20FACE%20DAS%20%20CIRCUNSTNCIAS.pdf> – Acesso em 30.03.12 – 14:55h. pág. 02.

LEAL, João José. *Direito penal geral*. São Paulo: Editora Atlas, 1998. p. 404

LUIZ, Luisi, *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto alegre: Fabris Editor, 2002. pág. 52.

MARANHÃO, Douglas Bonaldi. *Princípios da Personalidade e da Individualização da Pena no Direito Penal Moderno*. Revista Jurídica da UniFil, Ano V – nº 5. p. 55. - Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf> – Acesso em 05/02/13 – 08:30h

MESQUITA JR., Sidio Rosa de, *Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 31.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral - 21ª edição* - Editora Atlas - 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4ª ed. São Paulo : RT, 2003, p.282.

NUNES, Plínio Leite. *A atenuante pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*. Disponível em <http://boabaid.com.br/site/2011/a-atenuante-pode-conduzir-a-reducao-da-pena-abaixo-do-minimo-legal/> - Acesso em 18.03.13 – 16h

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Carta das Nações Unidas*. 1945. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf> – Acesso em 05/02/13 – 08:40h

QUEIROZ, Paulo. *Pode o juiz fixar pena abaixo do mínimo legal?* Boletim IBCCRIM nº 112 março/2002. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim/132-112---Marco---2002/?ano\\_filtro=2002](http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim/132-112---Marco---2002/?ano_filtro=2002). pág. 02.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial*, Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005, págs. 140-141.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. Ed. Revisada e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. pág. 429.

VARGAS, Jorge de Oliveira; MOTTA, Felipe Heringer Roxo da; *A inconstitucionalidade e ilegalidade da Súmula 231 do STJ*. [2008?] Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16306-16307-1-PB.pdf> Acesso em 29 de mar. 2012. pág. 11.