REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: AS INCONSISTÊNCIAS DA SÚMULA 231 DO STJ

Emy Hannah Ribeiro Mafra

emy_mafra@hotmail.com
Lattes: http://lattes.cnpq.br/8314203121369315
Acadêmica do 10º período do Curso de Direito do Cesupa
Membro do Grupo Cabano de Criminologia
Estagiária do Ministério Público Federal (PR.PA)
Membro da Clínica de Direitos Humanos do Cesupa (2012/2015)
Monitora de Direito Penal (2014)
Monitora de Sociologia Geral e do Direito (2012/2013)

REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: AS INCONSISTÊNCIAS DA SÚMULA 231 DO STJ

RESUMO: O estudo proposto analisa criticamente a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, desde uma breve abordagem sobre o contexto que ensejou a sua criação, até os contornos atuais, no que tange aos critérios legais do sistema trifásico da aplicação da pena, bem como aos princípios constitucionais e penais que impedem a sua incidência na segunda fase da dosimetria, face à existência de atenuantes que possam levar a pena para abaixo do mínimo legal. A partir de uma análise penal-constitucional, aborda-se, ainda, como a Corte Superior vem decidindo os recursos com pedidos que se esbarram na súmula por meio da análise de sua jurisprudência. Recorre-se às manifestações doutrinárias sobre o tema, perpassando pela problemática da discricionariedade judicial e, ao final, defendendo a indispensabilidade de parâmetros decisórios a fim de vincular as decisões e garantir a efetiva individualização da pena.

Palavras-chave: Dosimetria da pena. Súmula 231 do STJ. Individualização da pena. Discricionariedade judicial.

1 INTRODUÇÃO

Com frequência, tem-se observado decisões judiciais coerentes e adequadas com a realidade. Contudo, talvez em medida aproximada, tem sido possível observar a adoção, pelos magistrados, de critérios legais ou mesmo jurisprudenciais duvidosos que, visivelmente, não se coadunam com os avanços conquistados pela ampliação de direitos e garantias, principalmente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988.

Em relação ao direito penal, não tem sido diferente, principalmente porque considerável parte da legislação da seara é prévia à própria Carta Constitucional, o que a mantém ainda carregada de características ultrapassadas, as quais vêm sendo intensamente criticadas pelos grandes nomes da doutrina penal, bem como pelos profissionais do próprio cotidiano forense, perante a necessidade de superá-las.

Apesar de inúmeras críticas a essa problemática, Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 735) consideram que o capítulo do direito penal que se refere à quantificação da pena tem sido bastante descuidado pela doutrina nos últimos anos, que se tem ocupado com exagero no desenvolvimento da teoria do delito, relegando a um segundo plano as garantias individuais e aquelas relacionadas à segurança jurídica dos cidadãos. Apontam que um desenvolvimento deficiente da teoria do delito não consigna princípios claros, levando invariavelmente esse aspecto tão importante ao campo da arbitrariedade.

É nesse aspecto que se verifica a problemática da extrema amplitude da margem de atuação do juiz no momento de aplicação da pena, seja pelas omissões do legislador, seja pela ausência de critérios sólidos a serem adotados pela jurisprudência. Como consequência, tem-se a crescente obtenção de decisões desalinhadas para solucionar casos semelhantes.

Como se isso não bastasse, por conta das lacunas deixadas pelo legislador, os Tribunais Superiores têm se preocupado em estabelecer regras que passam a uniformizar todas as decisões do país e, por vezes, acabam por suprimir garantias, sobretudo no âmbito penal – que é um dos mais delicados, já que incide na própria liberdade dos cidadãos, um dos direitos mais caros ao ser humano - e, por isso, deve sofrer intervenções com extrema cautela.

É nesse contexto que a edição da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça – STJ teve seu nascedouro. E, apesar de aparentemente ter surgido como meio de suprir uma das supostas ausências legislativas da Parte Geral do Código Penal brasileiro – CP, tem se mostrado como verdadeira criação legislativa *contra legem* praticada pelo próprio Judiciário, em sentido contrário a preceitos caros à CRFB/1988 e ao próprio direito penal, como é o caso do princípio da legalidade e da individualização da pena.

A fim de solucionar esse impasse, algumas nuanças relevantes que permeiam as repercussões do verbete do STJ, aqui enfatizado, serão abordadas, a partir da análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação para que se busquem alternativas com a finalidade de solucionar o problema da discrepância da aplicação da pena ante a ausência de critérios legais objetivamente mensuráveis na dosimetria, mais especificamente em sua segunda fase do atual sistema trifásico adotado pela legislação penal.

2 O SISTEMA ADOTADO NO BRASIL PARA O CÁLCULO DA PENA

2.1 BREVE HISTÓRICO

É comum ver a afirmação de que a antiga parte geral do CP, datada de 1940, adotava um sistema bifásico para o cálculo da pena. Esse método consistia em, na primeira fase, considerar as circunstâncias[1] e, na segunda fase, as causas de aumento e diminuição.

Sucedeu a esse sistema o chamado método trifásico, que, permite-se afirmar, dividiu a primeira fase em duas, fazendo distinção entre as espécies de circunstâncias anteriormente

[1] Deve-se entender o termo "circunstâncias" de modo geral, sem especificações. Para melhor compreensão, numa comparação ao entendimento que vigora atualmente, aquelas circunstâncias se equivalem às atuais circunstâncias judiciais, e as circunstâncias legais, compreendendo-se nestas últimas as agravantes e atenuantes.

tratadas em uma única fase: com esse sistema, então, a primeira fase passou a trabalhar apenas com as circunstâncias judiciais, a segunda limita-se à análise das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes), enquanto a terceira fase restringe-se à aplicação das causas de aumento e diminuição – majorantes e minorantes, como parte da doutrina tem preferência em nomeá-las (CARVALHO, 2009, p. 26).

Contudo, é discutível se o sistema bifásico realmente existia na antiga Parte Geral do CP ou não. Há quem defenda que a definição do método trifásico só surgiu expressamente com a Lei nº 7.209, de 1984, que reformou a Parte Geral, ao introduzir a nova redação no artigo 68. Entendem que o CP de 1940 tratava das circunstâncias judiciais e legais em uma única fase, considerando-as conjuntamente para aplicar a pena-base. Deste modo, esta devia ser fixada dentro dos limites legais da pena *in abstrato*, enquanto as causas de aumento e diminuição eram consideradas na segunda fase e poderiam extrapolar os limites da pena *in abstrato*.

Todavia, a corrente que acredita que o CP de 1940 já trazia o método trifásico[2], indica que era possível inferir, da leitura do artigo 42[3], em seu segundo inciso, que ao remeter à ideia de "circunstâncias e consequências" fazia menção a uma próxima etapa intermediária, entre a consideração das circunstâncias judiciais e das causas de aumento. Entretanto, essa parece ser uma posição minoritária.

Portanto, entende-se que o método bifásico era o predominante, até a alteração da Parte Geral do CP pela Lei nº 7.209, de 1984, dado que esse era o sistema reconhecido e aplicado pela jurisprudência – e que ainda deixa resquícios nas atuais decisões, conforme se verá a seguir.

2.2 ATUAL TRATAMENTO CONFERIDO AO MÉTODO TRIFÁSICO

Com a alteração trazida pela Lei nº 7.209/84, não há mais a interpretação indistinta do termo "circunstâncias" do antigo artigo 42 do CP, pois hoje há a diferenciação entre as circunstâncias judiciais (tratadas pelo artigo 59) e as circunstâncias legais – agravantes (artigos 61 e 62) e atenuantes (artigos 65 e 66).

---

[2] O Código Penal de 1940 já trazia a aplicação da pena pelo sistema trifásico, conforme defendia à época o ministro Nelson Hungria (LEITE *apud* RIBEIRO, 2013, *online*).

[3] Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou gráu da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:
I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;
II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável. (BRASIL. CP/1940)

Por meio do artigo 68[4], foi inserido expressamente que a pena-base deve ser fixada em atenção ao critério do art. 59, depois são consideradas as agravantes e atenuantes e por último as causas de aumento e diminuição – eis o sistema trifásico.

Atualmente, portanto, tem-se que, na primeira fase, não é permitida a fixação da pena abaixo do mínimo, conforme têm se manifestado doutrina e jurisprudência, com certo consenso. Sem embargo, essas fontes, "[...] estabelece[m] critérios para fixação no mínimo (todas circunstâncias favoráveis) ou acima dele (quando houver cumulação de circunstâncias desfavoráveis)" (CARVALHO, 2009, p. 23). Referidos critérios também são discutíveis, e alvo de intensa divergência, tanto no âmbito jurisprudencial quanto doutrinário, porém não há espaço para essa discussão no presente trabalho.

Em relação à segunda fase, as agravantes e atenuantes são caracterizadas como circunstâncias legais pela exigência de estarem expressas em lei, como ocorre nos artigos 61 a 65 do CP. Por isso, têm como características: a taxatividade, em decorrência do princípio da legalidade dos crimes e das penas, previsto no artigo 1º do CP e no artigo 5º, inciso XXXIX da CRFB/1988; a generalidade, pois são aplicáveis a todos as infrações, exceto nas culposas; e a obrigatoriedade, porque não podem ser ignoradas pela sentença, exceto quando elementares ou qualificadoras do crime (BOSCHI, 2011, p. 198-200) [5].

Nesta fase, há o impedimento de redução da pena abaixo do mínimo legal por força da súmula 231[6] do STJ. Porém, por não ser um critério legalmente previsto, dentre outros motivos que serão analisados a seguir, de forma pormenorizada, há muitas divergências – doutrinárias e jurisprudenciais no atual cenário. Por conta disso, alguns tribunais têm deixado de aplicar a súmula. Todavia, como aponta Salo de Carvalho (2009, p. 25) em levantamento jurisprudencial realizado em estudo sobre os critérios de aplicação da pena no Brasil, todas as decisões que recusam a incidência da súmula são revogadas pelas Cortes Superiores.

Quanto à terceira fase, a aplicação das majorantes e minorantes implica em fatores fixos ou variáveis (BITENCOURT, 2013a, p. 777) e permitem a variação da pena independentemente dos marcos fixados pelo legislador, não havendo limites mínimos e

---

[4] 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (BRASIL. CP/1940).

[5] A esse respeito, como mais uma das características das circunstâncias legais, tem prevalecido na jurisprudência e na doutrina o entendimento de que o valor de cada uma das atenuantes e agravantes corresponde a 1/6 calculado sobre o valor da pena base. Detalhar-se-á a aplicação desse *quantum* mais à frente, a partir da análise de algumas decisões.

[6] **Circunstâncias Atenuantes - Redução da Pena - Mínimo Legal.** A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo (BRASIL. STJ, 1998, *online*).

máximos que delimitem a pena definitiva (CARVALHO, 2009, p. 26). Assim, nesta fase, há a permissão para aplicação da pena aquém do mínimo[7].

Em suma, na primeira fase, a fixação das circunstâncias judiciais está restrita aos marcos legais da pena cominada; na segunda fase, com a aplicação de atenuantes e agravantes não é permitido ultrapassar os limites mínimo e máximo, estando em relação ao mínimo impedida a redução por força da súmula 231 do STJ; já na terceira fase, é plenamente permitido ultrapassar o limite mínimo e máximo da pena *in abstrato*, posto que já taxativamente previstos os valores para cada causa de diminuição e de aumento.

3 O PROBLEMA DA DISCREPÂNCIA DA APLICAÇÃO DA PENA ANTE A AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS LEGAIS PARA A MENSURAÇÃO DAS ATENUANTES

O CP atual nada especifica quanto aos valores de cada atenuante e agravante. Além disso, não há qualquer garantia legal de que parâmetros semelhantes serão utilizados para casos semelhantes. Desse modo, espera-se que os magistrados pratiquem a valoração e mensuração prudente das circunstâncias legais, de acordo com a peculiaridade de cada caso concreto.

Entretanto, essa recomendada prudência, em grande medida, na realidade, não deixa de carregar consigo uma grande dose de subjetividade, o que tem sido discutido, sobretudo na doutrina, pelo fato de os valores ficarem sujeitos ao arbítrio judicial. Nesse sentido:

> Essas recomendações [sobre a atuação do juiz com prudência] são insatisfatórias, porque não propiciam condições às partes para o controle da atividade judicial. De fato, a aposta na prudência é temerária.
> Não queremos afirmar que os juízes são impudentes, senão que as pessoas podem chegar às mais diferentes conclusões, discutindo o mesmo tema, tudo dependendo da forma como o analisam e dos argumentos que empregam para convencer. (BOSCHI, 2011, p. 240).

Assim, a esperada identidade de valores que deveria permear a aplicação da pena, frequentemente fica a mercê de decisionismos, tendo como resultado, penas díspares. E, nesse contexto, dois eventos precisam ser combatidos: [1] penas díspares, como consequência do

---

[7] "[...] está o juiz limitado ao mínimo apenas nas duas primeiras etapas, conforme a Súmula 231 do STJ. Todavia, na terceira fase, se incidirem causas especiais de diminuição, há possibilidade de fixar a quantidade da sanção aquém do mínimo legal em inúmeras hipóteses, como, por exemplo, nos casos de tentativa (art. 14, Código Penal), arrependimento posterior (art. 17, Código Penal), erro sobre a ilicitude do fato (art. 21, Código Penal), semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, Código Penal), participação de menor importância (art. 29, § 1º, Código Penal), além das circunstâncias minorantes previstas na parte especial do Código Penal e na legislação extravagante" (CARVALHO, 2009, p. 22).

problema da ausência de parâmetros idênticos para fixar a segunda fase da dosimetria, aqui restritivamente enfrentado, o qual se insere no [2] problema mais amplo da necessidade de controle do poder discricionário, quando se trata de Estado Democrático de Direito[8].

Essa ausência de uma margem legal fixa, dentro da qual o magistrado possa graduar o valor das agravantes e atenuantes, acaba por não ter parâmetros que possam vincular a decisão. Logo, recai-se na fragilidade do positivismo, que é a discricionariedade judicial[9], definida como a possibilidade de haver diversas interpretações de uma norma desde que esteja dentro da "moldura" representada pela lei.

Como consequência dessa discricionariedade, o que se vê não é a tentativa de adequar a decisão ao que prevê a legislação, mas sim a maneirismos, isto é, ao que o próprio magistrado entende como adequado, submetendo a sentença à influência de alta carga de subjetividade, que pode ser suprimida ou mascarada pelos argumentos utilizados na decisão – isto é, quando eles são devidamente expostos, pois rotineiramente não se verifica justificativa na atribuição dos valores, mas simplesmente sua quantificação, desprovida de fundamentação.

É acerca desse aspecto que Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 736) afirmam que uma sentença com essas características seria nula, pois impossibilita a sua crítica ante o impedimento de reconhecer a fundamentação que levou à imposição de determinada pena, pois não é suscetível de comprovação da sua adequação ou inadequação às normas legais.

Acrescentam, ainda, os autores que durante a interpretação que faz o juiz dessas normas, é possível ampliá-las, somando-se à aplicação concreta realizada pelo juiz. Contudo, é imperioso que seja destacada quais foram as normas e quais os critérios utilizados. As frequentes omissões das sentenças e da própria legislação, neste aspecto, impedem esse destaque, o que faz incompreensível a individualização da pena efetivamente realizada.

Por conta desse contexto, a doutrina tem se encarregado de especificar critérios que possam influir na vinculação da decisão judicial, com a finalidade de impedir a utilização de critérios arbitrários ou extremamente subjetivos.

Acerca do *quantum* a ser atribuído às circunstâncias legais, José Antonio Paganella Boschi (2011, p. 238-239) destaca que o Código Penal de 1969, revogado ainda em *vacatio legis*, estabelecia, com vantagem, se comparado ao diploma atual, o aumento ou a diminuição pela incidência de agravantes e atenuantes no valor de um quinto a um terço da pena base para

---

[8] Sobre esse problema atual dos decisionismos, a Promotora de Justiça Ana Cláudia Pinho (2013, p. 22), em sua tese de doutorado, defende que "[...] a postura verdadeiramente democrática implica a busca de mecanismos de limitação e controle do poder de decisão do juiz. Discricionariedade, portanto, pelo viés teórico que for, aqui não cabe".

[9] Reconhecida como indispensável pelo grande nome do positivismo, Kelsen, no último capítulo de sua célebre Teoria Pura do Direito.

cada uma das circunstâncias. Entretanto, o autor adota o critério de um sexto como valor máximo de aumento e diminuição na segunda fase da dosimetria, entendimento comungado por outros autores, como Guilherme Nucci (2007, p. 209) e Cezar Bitencourt (2013a, p. 776) – este sustenta que "a variação dessas circunstâncias (atenuantes e agravantes) não deve chegar até o limite mínimo das majorantes e minorantes, que é fixado em um sexto", a fim de que o seu *quantum* não seja equiparado ao das causas de aumento e diminuição, visto que a incidência destas é mais relevante, ficando apenas atrás das qualificadoras e privilegiadoras. Sabe-se, porém, que esse entendimento não é vinculante. Assim, caberia à jurisprudência estabelecer um regramento com parâmetros a serem seguidos pelos juízes e tribunais.

Contudo, os Tribunais Superiores parecem não se terem esforçado em fazê-lo. Em análise da jurisprudência do STJ, do ano de 2011 até 2014, identificou-se que a partir de 2012 é frequente o valor de um sexto para cada agravante ou atenuante, independentemente de sua natureza. Foi o que ocorreu no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial – AgRg no AREsp nº 259.514/MG em relação à atenuante da confissão; no *habeas corpus* (HC) nº 169.128/SP em relação à agravante da reincidência; no HC nº 163.140/MG em relação às atenuantes da confissão e menoridade; e no HC nº 214.072/SP, de abril de 2012 em relação à agravante da reincidência. Vejam-se as considerações da Corte em relação a cada um deles:

No julgamento do AgRg no AREsp nº 259.514/MG, de agosto de 2013, que envolvia o delito de roubo, o recurso versava acerca da ampliação da redução pela incidência da atenuante da confissão. A redução havia sido realizada pelo tribunal de origem no valor de três meses, equivalente, no caso, à vigésima parte da pena-base. Por entender tratar-se de evidente questão de legalidade, a Corte concedeu, de ofício e à unanimidade, HC para ampliar ao patamar de um sexto a atenuante da confissão espontânea, ante a consideração de haver ilegalidade flagrante, tanto pela [1] desproporcionalidade, quanto pela [2] ausência de especificação do motivo que fundamentou a escolha do *quantum* afastado.

No julgamento do HC nº 169.128/SP, de novembro de 2012, tratando de acusação pelo crime de porte ilegal de arma, destaca-se o pleito da defesa, dentre outros requerimentos, para a redução do *quantum* atribuído à agravante da reincidência, fixada pelo tribunal de origem no patamar de um terço. O relator, apesar de reconhecer que frequentemente a doutrina e a jurisprudência apontam para o *quantum* de um sexto o valor atribuído às agravantes, argumentou que, ante a ausência de determinação quantitativa em lei, o magistrado tem "discricionariedade vinculada" e, por isso, deve observar a proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência da pena em relação à reprovação e prevenção do crime. Desse modo, à unanimidade, foi decidido que, por conta da gravidade do crime anteriormente

praticado, o valor de um terço deveria ser mantido, não se identificando ilegalidade flagrante na decisão do tribunal *a quo,* ante a evidenciada motivação.

Já no HC nº 163.140/MG, de março de 2012, que envolvia o delito de homicídio qualificado, no recurso, dentre outros pedidos referentes à primeira fase da aplicação da pena, requereu-se a redução da pena na segunda fase no patamar de um sexto para cada uma das duas atenuantes incidentes (confissão e menoridade), pois apesar de adotar este *quantum*, a decisão do tribunal de origem não efetuou a redução em sua totalidade por força da súmula 231 do STJ.

A turma, à unanimidade concedeu o HC de ofício apenas para afastar a valoração negativa de uma circunstância judicial (circunstâncias do crime), por se tratar de ilegalidade flagrante de *bis in idem*, já que os fatos considerados faziam parte do tipo qualificado. Assim, fixou-se a pena-base em 14 anos pela existência de outras duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (aumentou-se um ano para cada circunstância judicial desfavorável). Todavia, apesar de reconhecer a proporcionalidade do valor de um sexto para as atenuantes, a turma não conheceu do pedido para incidir a redução total referente às duas atenuantes (que seria de 2 anos e 4 meses para cada uma) devido ao obstáculo criado pela Súmula 231 do STJ. Manteve-se, então, o valor de um ano para cada uma delas, conforme fixado pelo juízo *a quo*.

Em julgamento anterior, HC nº 214.072/SP, de abril de 2012, envolvendo o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, contudo, houve o oposto. Apesar de não se encontrar entre os pedidos, o STJ reconheceu de ofício o acréscimo desproporcional à agravante da reincidência, quantificada em um terço. Assim, o *quantum* foi reduzido à unanimidade, levando em consideração o entendimento doutrinário que defende o limite de um sexto para as agravantes e atenuantes.

Em decisão exemplificativa um pouco mais remota, demonstra-se a ausência de preocupação com quantificação das circunstâncias legais. No julgamento do HC 112.789/MG, de 2011, no contexto do delito de roubo qualificado, dentre outros pedidos, a defesa argumentou que foram atribuídos valores ínfimos às atenuantes da confissão e menoridade, estabelecidas em um mês cada uma. O STJ, porém, mais uma vez invocando a proporcionalidade, a razoabilidade, a necessidade e a suficiência da pena, considerou razoável a redução no valor de um mês para cada atenuante à unanimidade, não chegando a mencionar o *quantum* de um sexto, o que só foi feito a partir de 2012, como dito anteriormente.

Apesar de não se visualizar um critério contínuo dentro de uma margem especificável na mensuração das circunstâncias legais, consideraremos as decisões mais recentes, do ano de

2012 em diante, tendo como pressuposto a atual prevalência do valor de um sexto, o qual se coaduna com a doutrina aqui destacada.

É preciso dar ênfase ao fato de que esse deveria ser o valor máximo a ser atribuído para cada circunstância legal[10] (máximo de aumento da pena quando há incidência de agravante e máximo de redução no caso de atenuante), o que se considera prático e útil para auxiliar na imposição de parâmetros aos magistrados, mas é ainda insuficiente, pois à medida que esse limite estabeleceria um teto, não se tem ainda a fixação de um piso, um limite mínimo. Além disso, não se tem estabelecido um modo de como deveriam ser quantificadas as agravantes e as atenuantes dentro desses limites inexistentes.

Por esse motivo, considera-se que nos casos em que a pena-base seja fixada no seu mínimo legal, ou próximo a ele, sugerindo baixa gravidade do crime, é coerente que a mensuração da agravante não deva ser intensa, enquanto a atenuante deve ser relevante, ou seja, tendendo ao máximo possível de redução (BOSCHI, 2011, p. 242).

Partindo dessa exegese, nas situações em que a pena-base seja fixada no mínimo legal ou em valor aproximado disso, havendo incidência de atenuante, esta deveria ser fixada em valor considerável, próximo ao limite de um sexto. Contudo, a incidência de atenuantes nessas situações esbarra na exigência da Súmula 231 do STJ, ficando mitigado o valor integral da redução ou impedida a sua incidência de forma integral.

4 A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ E SUAS REPERCUSSÕES

A Súmula 231 foi editada em 1998 pelo Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação ementada: "**Circunstâncias Atenuantes - Redução da Pena - Mínimo Legal. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo**" (BRASIL. STJ, 1998, *online*, grifo nosso).

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Repercussão Geral nº 597.270, que permite aos relatores denegarem, monocraticamente, os pedidos de redução da pena abaixo do mínimo legal por força de reconhecimento de atenuante. Assim, eximiu-se da análise colegiada toda matéria que tente ir contrariamente à súmula.

Ocorre que, mesmo após a alteração ocorrida em 1984, tanto o STF quanto o STJ continuaram pautando suas decisões em precedentes anteriores à mudança legislativa, que antes eram julgados baseados nos critérios próprios do método bifásico. Neste, na primeira

[10] Considera-se como "valor máximo" para as agravantes e atenuantes por conta da margem legal mínima das majorantes e minorantes ser equivalente a um sexto, conforme defende Bitencourt (2013a, p. 776).

fase, impedia-se que as circunstâncias fossem fixadas fora dos limites da pena *in abstrato*. Porém, essa vedação foi extinta do texto legal, pois ao se firmar expressamente o método trifásico, a primeira fase passou a considerar apenas uma espécie de circunstâncias, as judiciais, e somente para estas permaneceu a expressa exigência de respeito aos marcos da pena cominada, no próprio artigo 59 do CP. Não houve, portanto, qualquer menção da mesma vedação em relação à nova segunda fase, no que tange às circunstâncias legais.

Por conta disso, nos processos judiciais, a defesa passou a exigir a incidência de atenuantes para reduzir a pena abaixo do mínimo, o que majoritariamente era negado, sob o argumento de que era impossível efetuar redução nesta fase, mas apenas na terceira. Foi nesse contexto que a súmula foi criada.

Antes da edição do verbete, contudo, havia tímida divergência desse entendimento no próprio STJ, como se identifica no Recurso Especial nº 151.837/MG, datado de 1998. O julgamento foi resultado de empate entre os membros da Corte, e permaneceu o posicionamento que mais beneficiava o réu, fazendo-se reconhecer, mesmo com a fixação da pena no mínimo legal durante a primeira fase, a possibilidade de incidência da atenuante da confissão, em respeito ao princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI da CF), pois a sanção deve corresponder às características atinentes ao fato, ao agente e à vítima. Ressaltou-se que a pena cominada nada mais é do que o gênero, sendo impossível a lei ser redigida em cada um dos possíveis pormenores. Caberia, então, ao magistrado, trabalhar com a espécie no caso concreto, pois somente dessa forma se torna possível ter um direito dinâmico e sensível à realidade. Desse modo, não fazer repercutir a atenuante na sanção aplicada significaria desprezar a circunstância.

Contudo, ao que indica o atual cenário, a partir da edição da súmula 231, isso não mais ocorre naquela Corte Superior. Ainda assim, há magistrados que "se rebelam" contra esse entendimento, como já ocorreu com o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE).

No julgamento da Apelação Criminal nº 0366/2008, além dos aspectos tratados no mérito do recurso, atinentes ao crime de roubo qualificado, a defesa atacou a dosimetria penal pela desconsideração da atenuante da confissão na pena aplicada, visto que a primeira fase já havia sido fixada no mínimo. A Corte entendeu, à unanimidade, que é plenamente possível a redução da pena abaixo do mínimo, do contrário, estar-se-ia a ofender o princípio da individualização da pena e da legalidade estabelecido no artigo 59 do CP.

No mesmo sentido, no julgamento da Apelação Criminal nº 2011306330, o recurso versava sobre o mesmo crime e o pleito exigia o reconhecimento da atenuante da confissão e da menoridade, o que inevitavelmente levaria à fixação da pena para além do

mínimo legal na segunda fase da dosimetria, o que foi concedido. Porém, desta vez, não houve unanimidade. Destaque-se que, dentre os argumentos utilizados neste julgado, considerando que as súmulas têm como finalidade auxiliar os aplicadores do direito, conferindo ao ordenamento jurídico uma maior estabilidade, foi consignado que a súmula 231 do STJ está defasada, não refletindo a realidade da dinâmica processual penal.

Entretanto, a súmula em estudo não permite essa tranquilidade e, por não ter força vinculante, a relatora considerou que o magistrado não está obrigado a aplicá-la. Fazer incidir obrigatoriamente o conteúdo da súmula significaria "conferir tratamento igual a situações jurídicas desiguais, sabendo-se que o sentido da isonomia é impedir que a própria lei forje um nexo de causalidade inexistente". Por fim, foi ressaltado que a pena deveria refletir o grau de culpabilidade do agente e, aplicá-la sem essa consciência, significa colidir com o princípio da legalidade, pois a incidência de atenuantes é obrigatória, não havendo qualquer exceção na legislação em relação às situações em que a pena-base for fixada no mínimo. Assim, a lei penal só limita abstratamente à pena-base, e não à aplicada concretamente.

É a partir de entendimentos como esse, manifestados contra a súmula, que surgem os debates em volta da questão. Nesse contexto, alguns argumentos serão enfrentados para que se demonstre que a súmula 231 do STJ não se sustenta para suplantar a redução da pena abaixo do mínimo legal.

Atualmente, a partir do que se tem notícia, tem prevalecido na doutrina a possibilidade de redução abaixo do mínimo legal. Cezar Bitencourt (2013b, p. 780-783), Paulo Queiroz (2011, p. 380-381), Luiz Flávio Gomes (2002, *online*) e José Antonio Paganella Boschi (2011, p. 247-248) consideram a redução plenamente possível. Porém, em que pese esses posicionamentos, ainda há quem considere que a súmula 231 do STJ tem respaldo no próprio princípio da legalidade.

Há quem considere que existe agressão à norma estabelecida no preceito secundário do tipo penal (RIBEIRO, 2013, p. 44), pois os limites legais não devem ser desobedecidos. Todavia, esse argumento cai por terra frente à plena possibilidade de extrapolação desses limites na terceira fase da dosimetria.

Destaque-se que, se os limites do preceito secundário forem tomados como absolutos, não há razão para admitir que as causas de aumento e diminuição ultrapassem tais barreiras. Mesmo que taxativamente expresso o *quantum*, no que concerne à terceira fase, ainda assim, tanto nesta quanto na segunda fase não há qualquer disposição expressa que permita concluir em ambos os casos se deva ou não respeitar os limites *in abstrato* (RIBEIRO, 2013, p. 44).

Nesse contexto é que Nucci destaca que, pelo fato de as atenuantes não constituírem a estrutura típica do delito, não têm o mesmo efeito que as causas de aumento e diminuição. Assim, a possibilidade de redução ou aumento além dos limites em abstrato na terceira fase teria respaldo no *quantum* imposto pelo legislador às majorantes e minorantes, enquanto para as agravantes e atenuantes não há um quantificação legalmente estabelecida, obrigando o juiz a movimentar-se dentro dos limites das penas abstratamente previstos (NUCCI, 2010, p. 439).

Todavia, é ante essa ausência de regramento quantitativo e maiores especificações sobre a fase aqui destacada, que surge a questão: se a decisão do legislador fosse vedar a redução aquém do mínimo na segunda fase, não teria expressamente consignado no diploma legal essa escolha política? Além disso, não parece ser à toa que a redação do artigo 65 do CP, estabelece em seu *caput* que "São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena:" (BRASIL. CP/1940, sem grifos no original), para, em seguida, elencar as circunstâncias atenuantes – obrigatórias, diga-se de passagem.

É neste ponto que se faz possível afirmar que não há lei que proíba a redução aquém do mínimo pelo reconhecimento de atenuante, mas, pelo contrário, "há lei que determina (art. 65), peremptoriamente, a diminuição da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite" (BITENCOURT, 2013b, *online*). No mesmo sentido, em profunda análise jurisprudencial desenvolvida em projeto de pesquisa acerca do tema, uma das conclusões a que chegou Carvalho (2009, p. 107), foi que, na metodologia de aplicação de pena, há possibilidade de aplicação aquém do mínimo. As barreiras estabelecidas pela jurisprudência – e tão-somente pela jurisprudência, pois não há óbice legal algum – impedem a ultrapassagem do mínimo nas duas primeiras fases do sistema de quantificação de penas (art. 59, II c/c art. 68, do CP).

Ainda assim, há quem argumente que, ao se referir à limitação dentro do máximo e mínimo da pena cominada, o artigo 59, II do CP é o dispositivo que limita a mensuração da pena da segunda fase dentro dos marcos do preceito secundário da norma penal. Contudo, como sustentado desde o início deste trabalho, esse regramento era válido na vigência do sistema bifásico, pela redação do antigo artigo 42 do CP, sendo concernente atualmente apenas às circunstâncias judiciais, previstas no *caput* do artigo 59 do CP.

Desse modo, a norma não se estende às circunstâncias legais (agravantes e atenuantes), já que isso não foi especificado pelo legislador nos dispositivos em que as atenuantes foram tratadas. Da mesma forma, tal análise não é admissível considerando a impossibilidade de analogia *in malam partem* – que é o que ocorre com a aplicação dos

critérios exclusivamente previstos para a primeira fase (GOMES, 2004, online). É esse princípio jurídico-penal que também impede a aplicação analógica da previsão do artigo 73[11] do Código Penal Militar – CPM (RIBEIRO, 2013, p. 44[12]).

Queiroz (2011, p. 380-381) vai ainda mais longe ao afirmar que "mesmo não existindo circunstâncias atenuantes em favor do réu, o juiz pode fixar pena abaixo do mínimo legal". Para a dinâmica atual em que se encontra a jurisprudência, esse posicionamento ainda soa radical, mas o autor tem razão quando aponta seus fundamentos para essa afirmação: a fixação da pena abaixo do mínimo legal não implica violação ao princípio da legalidade; aplicar a pena do mínimo legal ou aquém dele não tem qualquer importância se ela for justa – esta é uma exigência de proporcionalidade. Por fim, sustenta que o compromisso do juiz não é com a pena mínima, mas com referida proporcionalidade.

Com curioso amparo no princípio da legalidade, há ainda o argumento de que o magistrado infringiria a previsão legal e, assim, criaria lei nova, em manifesta violação ao próprio fundamento da divisão dos Poderes da República (RIBEIRO, 2013, *online*). Contudo, é incompreensível estabelecer qual previsão legal se infringiria. Seria a regra do artigo 59, II do CP? Ou mesmo os limites da pena cominada? Como já destacado, não há qualquer menção às atenuantes na redação do primeiro dispositivo e, quanto aos marcos do preceito secundário, sabe-se que não são absolutos. Na verdade, o que se verifica é que a própria edição da súmula 231 cria regramento penal, o qual é de competência do Poder Legislativo – portanto, revela manifesta afronta ao princípio da legalidade e à divisão dos poderes consagrada pela CF/1988.

Acerca da necessidade de respeito à lei federal, cumpre acrescentar que:

> [...] respeitando as margens e fazendo coincidir a pena-base com o *quantum* indicado na lei penal como *margem mínima*, o juiz, na segunda fase do método trifásico não violará – mas, bem ao contrário, cumprirá a lei federal, haja vista o texto do art. 65 do CP – mesmo quando, em razão da atenuante, tiver que estabelecer a pena provisória em quantidade inferior àquela margem. (BOSCHI, 2011, p. 247-248).

Por força disso, entende-se que a real função da pena mínima, assim como da pena máxima, é apenas modular e auxiliar na aplicação da pena, funcionando como parâmetro a ser seguido pelo juiz, por meio da previsão de uma quantidade hipotética de pena, presumidamente adequada a uma conduta, mas que deve ser mensurada de acordo com a

---

[11] Art. 73. Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum* , deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um têrço, guardados os limites da pena cominada ao crime. (BRASIL. CPM/1969)

[12] Nota de rodapé nº 21 da p. 44.

peculiaridade de cada caso concreto. Desse modo, impõe-se a redução para além do mínimo como procedimento intrínseco à própria funcionalidade do sistema trifásico.

Outro princípio frequentemente invocado para defender a relevância da súmula 231 do STJ é o da segurança jurídica, se é que ele efetivamente existe – considerando a ampla subjetividade permitida ao magistrado ante a problemática aqui exposta. Há quem afirme que a concessão ao juiz de avançar ou recuar além dos limites do preceito secundário resultaria em arbítrio judicial que, inclusive, incluiria a possibilidade de se chegar à pena zero (RIBEIRO, 2013, p. 46).

Neste ponto, entende-se que, na medida em que se faça concreta a ideal discricionariedade vinculada a parâmetros que permitissem uma modulação, não haveria arbítrio judicial, pois, conforme já acontece, o juiz pode fixar atenuantes e agravantes de forma discricionária. Assim, a discricionariedade não deve ser confundida com arbitrariedade, já que, é imperativa a necessidade de fundamentar o *quantum* estabelecido e, quando isso não ocorre, então há arbitrariedade. Demais disso, estabelecendo-se um parâmetro a ser seguido, com um possível intervalo, semelhante ao que já ocorre com as causas de aumento e diminuição, porém em patamar inferior, ficaria impedida a redução à pena zero.

O conteúdo da súmula 231 do STJ também atinge flagrantemente o princípio da individualização da pena, previsto constitucionalmente (artigo 5º, XLVI da CF). Esta garantia está relacionada à pessoalidade e à reprovabilidade da conduta do agente, a fim de afastar também a responsabilidade penal objetiva, não admitida pelo direito penal. Funciona, então, tanto como orientação ao legislador para estabelecer os fatos puníveis e a respectiva cominação das sanções, com limites e critérios para a fixação da pena, bem como, posteriormente, ao juiz, que, no caso concreto, deve individualizar a pena proporcionalmente (BITENCOURT, 2013a, p. 767).

Com efeito, a CRFB tem como garantia a pena justa e proporcional, a ser individualizada no caso concreto e não *in abstrato*, na medida da culpabilidade do agente. Apesar de se ter ressalvas em relação à ideia de "medida da culpabilidade do agente", prefere-se interpretar tal expressão como "gravidade da conduta efetivamente praticada pelo agente". Ou seja, a pena deve ser proporcional ao que o agente efetivamente praticou no caso concreto.

Nesse sentido, a individualização da pena é considerada norma cogente no direito penal, por ser norma de ordem pública, advinda de força constitucional. Assim, as circunstâncias atenuantes sempre atenuam a pena, independentemente da pena já se encontrar no seu mínimo legal (BITENCOURT, 2013b, *online*).

Sobre o tema, Bitencourt se posiciona:

> [...] deixar de aplicar a atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado a pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza-se inconstitucionalidade manifesta. [...] por outro lado, reconhecê-la [a atenuante] na decisão condenatória (sentença ou acórdão), somente para evitar nulidade, mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal (…). Não é, convenhamos uma operação moralmente recomendável, beirando a falsidade ideológica. (BITENCOURT, 2013b, *online*).

É principalmente por conta dessa afronta à individualização da pena que inúmeros recursos chegam ao STJ sob o argumento da inconstitucionalidade, pleiteando a redução para aquém do mínimo quando as atenuantes são desconsideradas pelos tribunais de origem, o que invariavelmente, de pronto, é afastado pela Corte.

Sendo assim, compromete-se a aplicação de pena justa simplesmente por uma imposição judicial, que vai contra a lei federal ao não ver expressa previsão legal para tal limitação, e, principalmente, opera contrariamente aos princípios constitucionais que regem o direito penal, sobretudo a indispensável individualização da pena que exige uma análise adequada do magistrado sobre o caso concreto. É o judiciário sendo o próprio violador do que se propôs a ser o guardião.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que a discrepância na aplicação judicial da pena é um problema que necessita ser sanado. E a permanente ausência de critérios objetivos que estabeleçam uma margem que forneça parâmetros ao juiz para fazer incidir as circunstâncias atenuantes e agravantes deve ser revertida.

Esse problema não foi solucionado pela edição da súmula 231 do STJ e nem o será com a edição de regra similar emanada pelo Poder Legislativo. Em relação à primeira, os tribunais superiores não têm a competência para estabelecer regras de direito penal. Essa função cabe à União, por força de disposição constitucional (art. 22, I, da CRFB). Quanto à segunda, semelhante regramento, ainda que emanado do poder competente, seria uma afronta ao princípio da legalidade e da individualização da pena – também com fundamento constitucional (art. 5º, XLVI, da CFRB). O problema, portanto, não se resume apenas a uma questão de legalidade.

Nessa senda, do mesmo modo que os limites da pena cominada são parâmetros abstratos para que o juiz tenha um norte na aplicação da pena, o ideal é que se estabeleça uma margem para a valoração das agravantes e atenuantes, dentro da qual o juiz possa exercer a sua discricionariedade – somente uma medida como essa a tornaria uma discricionariedade vinculada. Não há como se falar em vinculação para o ato decisório na atual conjuntura, posto que inexistentes parâmetros específicos que possam efetivamente vincular a decisão judicial no que tange às agravantes e às atenuantes.

Além disso, os Tribunais Superiores não podem decidir livremente sobre a criação de regras, sobretudo penais, para prejudicar o réu, principalmente quando o legislador nada estabeleceu nesse sentido. Desse modo, ausente a vedação legal de redução abaixo do mínimo, os magistrados podem – e devem, em respeito à imperiosa individualização da pena – reduzir a pena na segunda fase da dosimetria.

Se assim não for, continuará ocorrendo o que foi destacado nas decisões analisadas. E é possível que ocorra, por exemplo, em crimes envolvendo dois sujeitos, sob a égide do concurso de pessoas, com condutas comprovadamente semelhantes e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal para ambos, mas apenas um deles tenha confessado o delito ou tenha a favor de si a atenuante da menoridade, no atual contexto, este agente terá a sua pena aplicada no mesmo patamar que a do seu parceiro – que não possui qualquer atenuante em seu favor –, devido à vedação imposta pela Súmula.

Ao que parece, face aos argumentos questionáveis que defendem a manutenção da Súmula, que não possuem qualquer amparo legal, foi abarcado pelo projeto de lei do novo CP (BRASIL. PLS nº 236/2012) a imposição da vedação à redução ante a incidência de atenuante no novo artigo 84[13], ainda em manifesta contrariedade à garantia da individualização da pena. Como medida "paliativa", permite-se afirmar, quando da fixação da pena-base no mínimo legal, expressa referido dispositivo a possibilidade de retorno à segunda fase, mas somente quando incidente causa de aumento[14].

Tal proposta significa, num plano abstrato, considerar que crimes mais graves (com incidência de majorante) darão ao seu autor o direito à redução na segunda fase para além do mínimo, já que incidente majorante que elevará essa pena e, ao final, não poderá ficar

---

[13] Art. 84. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério das circunstâncias judiciais deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, observados os limites legais cominados; por último, as causas de diminuição e de aumento (BRASIL. PLS nº 236/2012).

[14] § 3º Quando a pena-base for fixada no mínimo cominado e sofrer acréscimo em consequência de exclusiva causa de aumento, o juiz poderá reconhecer atenuante até então desprezada, limitada a redução ao mínimo legalmente cominado (BRASIL. PLS nº 236/2012).

abaixo do mínimo, enquanto crimes mais brandos (sem incidência de majorante), não terão a mesma sorte e a atenuante continuará sendo desprezada.

Desse modo, não há como permitir que essa imposição do STJ torne a todos os juristas e profissionais do cotidiano jurídico conformados com a incidência da súmula 231 do STJ – e nem com a sua possível conversão em regra legal. Conformar-se com esse verbete equivaleria a concordar com pensamento explanado pelo STJ no AgRg em EREsp nº 279.889/AL, analisado criticamente por STRECK (2006, *online*), no qual o ministro relator consignou que:

> É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros [*omissis*] decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

Definitivamente, postura como essa é inadmissível. Ainda que o PLS 236 venha a ocupar o lugar do CP atual – o que não se espera –, mesmo assim, defende-se que seria possível a flexibilização da legalidade, em busca de uma interpretação material, condigna com o caso concreto e na direção da ampliação dos direitos do cidadão, tal qual defende Salo de Carvalho, numa visão crítico-minimalista (CARVALHO *apud* RIBEIRO, 2013, p. 60). Tudo isso pela necessidade de efetivar o princípio da individualização da pena – esse deve ser o principal parâmetro do julgador, caso haja a conversão da súmula em regra de lei federal.

Por fim, defende-se que os parâmetros da pena cominada estabelecidos pelo legislador devem permanecer como critérios abstratos, com a mera função de nortear o trabalho do julgador, devendo ser respeitados na primeira fase da dosimetria, tendo em vista exigência taxativamente consignada no art. 59, II do CP.

Porém, na segunda fase, assim como na terceira, faz-se plenamente possível a fixação abaixo do mínimo legal. Para isso, sugere-se a fixação de parâmetros legais que permitam a identidade de decisões (e não valores taxativos, como é o que vem fazendo a jurisprudência com a fração de um sexto) e vinculem a discricionariedade judicial para impedir decisionismos[15] em função da individualização da pena, que não deve ser utilizada como instrumento formal existente apenas no plano abstrato e na redação constitucional.

---

[15] Entenda-se o termo decisionismo no sentido definido por Carvalho (2010, p. 264), que, ao entender ser o sistema processual brasileiro fortemente marcado pelo inquisitorialismo, mantendo o império do julgador em detrimento das partes envolvidas no processo e obstaculizando o sistema acusatório delineado pela CFRB pela falta de controle dos atos decisórios. Tal termo também se coaduna com a definição de Pinho (2010, p. 82) ao considerarem a que decisões desprovidas de conhecimento, mas apenas de poder, representam gravíssimo risco ao processo penal acusatório.

É, portanto, totalmente inconsistente e inconcebível a invocação da súmula 231 do STJ, posto que totalmente contrária a um Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual deve ser expurgada do ordenamento jurídico e substituída por mecanismos de vinculação da decisão judicial, representados pela implantação de parâmetros legais de cálculo das agravantes e atenuantes.

REDUCTION OF THE SENTENCE BELOW THE LEGAL MINIMUM: THE INCONSISTENCIES OF THE STJ PRONOUNCEMENT 231

ABSTRACT: The proposed study examines critically the Pronouncement 231 of the Superior Court of Justice, since a brief approach about the context that led to its creation, until the current contours with regard to legal criteria of the three-phase system of applying the penalty as well as constitutional and penal principles that prevent their incidence in the second phase of dosimetry in the face of the existence of mitigating circumstances that may lead to penalty for below the legal minimum. From a criminal and constitutional analysis, discusses as the next Superior Court deciding the resources with requests that collide on the pronouncement through examination of its case-law. Refers to doctrinal manifestations about the topic, bypassing the problem of judicial discretion and, in the end, defending the indispensability of decision-making parameters in order to link the decisions and ensure the effective individualization of the sentence.

Key-words: Dosimetry of sentence. STJ pronouncement 231. Punishment individualization. Judicial discretion.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. 1.

_____. As atenuantes podem trazer a pena para aquém do mínimo legal: uma garantia constitucional. **Atualidades do direito**. Publicado em: 01 mar. 2013. Disponível em: <http://www.atualidadesdodireito.com.br>. Acesso em: 29 set. 2014.

BOSCHI, José. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2014.

BRASIL. **Código Penal Militar.** Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Senado Federal**. Projeto de lei do Senado nº 236, de 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>. Acesso em: 18 jul. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula n. 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Diário de Justiça da União, Brasília, 15 out. 1999, p. 76. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 12 ago. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no AREsp 259.514/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 20/08/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 112.789/MG, Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/09/2011, DJe 03/10/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 214.072/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 15/03/2012, DJe 25/04/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 169.128/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 20/11/2012, DJe 27/11/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC 163.140/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/03/2012, DJe 27/03/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RE 597270 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 26/03/2009, DJe 05/06/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 151.837/MG. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. 6ª turma. Julgado em 28/05/1998. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2014.

CARVALHO, Salo de (Coord.). Dos Critérios de Aplicação da Pena no Brasil: Análise Doutrinária e Jurisprudencial da Conveniência da Determinação da Pena Mínima. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. **Série Pensando o Direito - Pena Mínima**, n. 02, ano 2009. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br>. Acesso em: 29 mar. 2012.

_____. **O papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo** (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ESTADO DO SERGIPE. **Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe**. AC nº 0366/2008, origem: 4ª Vara Criminal, Rel. Des. Edson Ulisses De Melo, julgado em 9/9/2008. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br>. Acesso em: 27 out. 2014.

ESTADO DO SERGIPE. **Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe**. AC nº 2011306330, origem: 2ª vara criminal, Rel. Maria Angelica França e Souza, Juiz(a) Convocado(a), julgado em 21/06/2011. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br>. Acesso em: 27 out. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Circunstâncias atenuantes e pena aquém do mínimo legal: é possível? **Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.** Publicado em: 18 abr. 2004. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 20 out. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **Individualização da Pena.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal:** parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para Além do Garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. "Aplicação da pena e direito penal do autor: julgando para além das aparências". *In*: GOMES, Marcus Alan de Melo; PINHO, Ana Cláudia Bastos de (Org.). **Direito Penal e Democracia**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. A possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento de circunstâncias atenuantes: uma nova leitura da função dos marcos penais. **Tribunal Virtual**, ano 01, mar. 2013, disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br>. Acesso em: 15 out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Consultor Jurídico**. Publicado em: 05 jan. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/static/text/40803>. Acesso em 17 nov. 2014.