

10. JURISPRUDÊNCIA

10.1.2

A FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL: COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS

PENA. Individualização. Atenuante. Fixação abaixo do mínimo legal.

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

REsp. 151.837/MG – 6.ª T. – STJ – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – j. 28.05.1998.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 6.ª Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, face ao empate, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Anselmo Santiago. Votou com o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro o Sr. Min. Vicente

Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

Brasília, 28 de maio de 1998 (data do julgamento) – Min. Anselmo Santiago, Presidente; Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Relator para Acórdão.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves: João Bosco de Carvalho foi condenado à pena de cinco anos e seis meses de reclusão e três meses de detenção, pela prática de homicídio tentado e lesão corporal, respectivamente, incidindo, quanto ao primeiro delito, a minorante da confissão espontânea.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decretou extinta pela prescrição a sanção aplicada às lesões corporais e reduziu a pena imposta à tentativa, fixando-a em três anos e onze meses de reclusão.

Dai o presente recurso especial, interposto com fulcro na alínea c do permissivo constitucional, no qual o Ministério Público aduz dissídio jurisprudencial no tocante à impossibilidade da circunstância atenuante reduzir a pena aquém do limite mínimo cominado ao crime em espécie.

Apresentadas as contra-razões e admitido na origem, ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO-VENCIDO – O Exmo. Sr. Min. Fernando Gonçalves (Relator): O recurso merece provimento.

Conquanto a aplicação da circunstância atenuante seja de caráter obrigatório, não deve importar em fixação em *quantum* aquém do mínimo legal cominado à pena privativa de liberdade.

Neste sentido, decidiu esta Corte, quando do julgamento do REsp. 146.056, da lavra do Min. Felix Fischer, in *DJU* 10.11.1997, *verbis*:

“Penal. Art. 12, da Lei 6.368/76. Consumação e tentativa. Aplicação da pena privativa de liberdade. Limite de incidência das atenuantes reconhecidas.

I. Se o agente, trazendo consigo ou transportando a droga, é detido quando pretendia exportá-la, o delito previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 está consumado, sendo irrelevante, em sede de tipificação, a tentativa de exportação.

II. A majorante do art. 18, inc. I, da Lei de tóxicos alcança as hipóteses de ‘trazer consigo’ ou do ‘transporte da droga’ visto que se considerou demonstrado o ‘tráfico com o exterior’.

III. As atenuantes (no caso, as do art. 65, inc. I e art. 65, inc. III, letra d, do CP) nunca podem levar a pena privativa de liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo legal. Recurso conhecido e desprovido.”

A propósito, vale transcrever, ainda, decisão proferida pelo Pretório Excelso, *litteris*: “Circunstância atenuante. Observância. Pena-base fixada no mínimo legal. Efeito. A ‘observância obrigatória de circunstância atenuante pressupõe a fixação da pena acima do mínimo previsto para o tipo’” (STF – HC 69.328-08 – Rel. Marco Aurélio – DJU, de 05.06.1992, p. 8430).

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia 6.^a Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro-relator conhecendo do recurso e lhe dando provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Min. Anselmo Santiago, pediu vista o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Aguarda o Sr. Min. Vicente Leal.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 03 de março de 1998.

VOTO-VISTA – O Exmo. Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (Relator): Debate-se nestes autos, a tese de aplicação da pena abaixo do mínimo legal.

Esta Turma aceitou a tese no REsp. 68.120/MG, cuja a ementa traduz o conteúdo do julgado:

“REsp. Penal. Pena. Individualização. Atenuante. Fixação abaixo do mínimo legal. O princípio da individualização da pena (Constituição, art. 5.^o, XLVI) materialmente, significa que a sanção deve

corresponder às características do fato, do agente e da vítima, enfim, considerar todas as circunstâncias do delito. A cominação, estabelecendo grau mínimo e grau máximo, visa a esse fim, conferindo ao juiz, conforme o critério do art. 68, CP, fixar a pena *in concreto*. A lei trabalha com o gênero. Da espécie, cuida o magistrado. Só assim, ter-se-á Direito dinâmico e sensível à realidade, impossível de, formalmente, ser descrita em todos os pormenores. Imposição ainda da justiça do caso concreto, buscando realizar o direito justo. Na espécie *sub judice*, a *pena-base* foi fixada no mínimo legal. Reconhecida, ainda, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, d). Todavia, desconsiderada porque não poderá ser reduzida. Essa conclusão 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 circunstâncias do crime.”

O v. acórdão, Relator o eminente Des. José Arthur, registra na fundamentação: “Motivos inexistiam para que a pena-base viesse a ser fixada em patamar elevado. O MM. Sentenciante estabeleceu para o crime de lesões corporais a pena mínima. As circunstâncias estão a indicar que o mesmo critério deveria pautar a apenação relacionada ao outro crime.” (f. 165).

E mais. “Cuidando-se do réu primário e sem antecedentes criminais, fixo-lhe a pena-base em seis (6) anos de reclusão que, diminuída em um terço (1/3) pela forma tentada, resulta em quatro (4) anos. O Júri aceitou como atenuante a confissão e, em respeito à sua soberania, desconto um mês, tomando a pena em concreto e definitiva em três (3) anos e onze (11) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto.” (f. 165/166).

Se assim não agisse o E. Tribunal ter-se-ia o desprezo da atuação, reconhecido pelo Júri.

Em face do caso *sub judice*, ajustando-se ao precedente desta Turma, *data venia*, não conheço do Recurso Especial.

Min. Luiz Vicente Cernicchiaro.

CERTIDÃO – Certifico que a Egrégia 6.^a Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Proseguindo no julgamento, o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro não conheceu do recurso, tendo sido acompanhado pelo Sr. Min. Vicente Leal. Face ao empate prevalece a decisão mais favorável ao recorrido. Assim, a Turma não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, que lavrara o

acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Relator e Anselmo Santiago.

Votou com o Sr. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro o Sr. Min. Vicente Leal.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Min. William Patterson.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 28 de maio de 1998.

COMENTÁRIOS

Trata o acórdão da possibilidade da fixação da pena abaixo do mínimo legal previsto para o crime. O Min. Vicente Cernicchiaro, fundamenta a admissibilidade na necessária análise de todas as circunstâncias do crime, como determina o art. 59 do CP. Anota que o desprezo de circunstância atenuante reconhecida implicaria em ofensa ao princípio da individualização da pena e do disposto no art. 59 do Código Penal.

De fato, o Código Penal de 1984 adota no art. 59 critério definido a ser utilizado pelo juiz ao determinar a medida da pena e segundo o qual cada pessoa tem o direito de ver na pena que lhe foi imposta a medida de sua culpabilidade.

O art. 59 do CP estabelece que a culpabilidade é a base da individualização da pena ao determinar que o juiz, atentando à culpabilidade, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação do crime, a pena aplicável, sua quantidade, bem como o regime inicial de cumprimento e a substituição.

Nessa declaração se reconhece o princípio da culpabilidade e se assinala que deverá haver proporcionalidade entre fato e culpabilidade individual.

Admite-se, ainda, a graduação da culpabilidade, avaliadas as circunstâncias judiciais – os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, a personalidade, antecedentes e conduta social do agente, bem como o comportamento da vítima. Deve o juiz, no ato individualizador – ao fazer seu juízo de valor – considerar também o provável efeito da pena na vida futura e na liberdade do réu.

Rechaçadas foram as teorias absolutas da pena que entendem a compensação da culpabilidade como um fim em si mesmo. Portanto, ao individualizar a pena, o juiz deve ter em mente a preocupação de que a sanção deverá, primordialmente, servir para não arrancar o condenado das condições sociais seguras, evitando ser fator de dessocialização. Cabe ao juiz evitar a aplicação da pena privativa de liberdade que favorece a reincidência e a estigmatização e, para os casos em que for inevitável sua imposição, aplicá-la no mínimo possível.

Dessa forma, quando o art. 59 do CP fala que para fixar a pena o juiz deverá atentar à personalidade e aos antecedentes do agente, está fazendo referência direta à necessidade da análise da culpabilidade individual. Ressalte-se que essa referência diz respeito à culpabilidade exteriorizada naquele fato concreto, pois no estado de direito o fato se resume a um fragmento estritamente delimitado da vida do autor e não pode implicar em uma liquidação geral de contas e a pena não poderá ser aumentada por razões que não dizem respeito à culpabilidade exteriorizada no fato¹ e, ao contrário disso, poderá ser diminuída aquém do mínimo legal em razão da culpabilidade individualizada.

⁽¹⁾ Daí afirmar Zaffaroni que “a culpabilidade do fato não pode explicar a agravação pela reincidência nem nenhuma outra que pretenda fundar-se em uma condenação anterior (...)” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La culpabilidad en el siglo XXI. Revista Debate Penal*. San Marcos, 1993, p. 38.).

Cabe ao juiz para individualizar adequadamente a pena analisar a culpabilidade, as circunstâncias legais e por último as causas de aumento e diminuição. A pena só estará corretamente individualizada se todas essas circunstâncias forem corretamente relevadas.

Observe-se, também, que ao individualizar a pena, o juiz, à parte a observação dos critérios estabelecidos no Código Penal, está vinculado aos princípios do estado de direito.

Por sua inegável carga garantística, o princípio da individualização da pena é irrenunciável. Dos princípios constitucionais resulta de forma imediata que toda e qualquer forma de exercício do poder deverá estar voltada para sua gradual efetivação e que toda forma de arbitrariedade e violência do poder é ilegítima.²

Para que as garantias constitucionais sejam efetivadas é necessário que tenham real operatividade e que cumpram a função de tutela da dignidade da pessoa humana. Assim não bastam bonitos discursos ou boas leis, é necessário que as decisões judiciais – quer de conhecimento, quer executórias – estendam esses princípios até as máximas possibilidades de realização. Os juízes estão vinculados aos princípios constitucionais e não podem contrariá-los através de suas decisões.

Sob essa ótica, a individualização da pena implica em atenta observação do art. 59 do CP, tendo em vista a livre realização da personalidade do sentenciado e sua não-dessocialização – evitando-se que a

pena, em razão de suas conseqüências danosas, acrescente um *plus* de castigo que ultrapassa a medida da culpabilidade pelo fato. Para tanto, ao se aplicar e ao se executar penas há que se ter presente que o crime tem suas origens em causas culturais, sociais e psicológicas e que os custos das penas devem ser inferiores às vantagens que proporcionam. Não se pode tampouco perder de vista que o sistema penal seleciona pessoas arbitrariamente – há muitas outras pessoas que fizeram o mesmo que o selecionado e não foram e nem serão criminalizadas.³

A culpabilidade pelo ato não pode prescindir de sua realidade fundamentadora: a pessoa. É através da análise da culpabilidade que o juiz estabelece o máximo de pena compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento de sua personalidade. Se os fins da pena, como teorias que indicam a missão que tem a pena pública, são um meio adequado para concretizar o juízo de culpabilidade, pois ao dar sentido à pena podem também dá-lo ao juízo de culpabilidade, ao estabelecer a medida da pena, o juiz deverá ter em consideração que em razão da seletividade do poder e dos fins de

(2) “Os discursos jurídicos penais mais perigosos (por genocidas) não são os que mostram e expressam uma antropologia aberrante, senão os que a ocultam sob disfarces humanistas; os primeiros são facilmente neutralizáveis, os segundos se amparam em sua nebulosidade e em sua permanente mudança de nível de discurso, que impede todo diálogo” (ZAFFARONI. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá : Temis, 1993, p. 174).

(3) ZAFFARONI. *En busca de las penas perdidas...*, op. cit., p. 203. Transcreva-se as palavras do próprio autor: “A seleção que leva a cabo o poder punitivo implica, em certa medida, o fracasso do autor na empresa em que a imensa maioria tem êxito, é dizer, em permanecer no anonimato do universo em que se acham todos os demais que cometem delitos”. Ainda a esse respeito, afirma Elias Neumann: “Todos, e não sempre os mesmos, deveríamos ir por um tempo à prisão. Ninguém está isento de culpa penal” e prossegue afirmando que os presos deveriam ser chamados de “tecnicamente delinquentes”, por serem, num sistema seletivo, os que caíram sob a égide da polícia, logo da justiça e da administração carcerária, “porque bem se sabe que nos presídios ‘não estão todos os que são’”. (*Prisión abierta*. Buenos Aires : Depalma, 1984, p. 20-21).

não dessocialização e de controle da violência interventiva estatal que tem a pena no direito penal de garantias, a medida da pena deverá ser a menor possível.

Considerada a pessoa individual, o princípio da legalidade é garantia de estabelecimento do limite máximo da pena e, como consequência, a aplicação de uma pena abaixo do mínimo não afeta o princípio da legalidade. “Nesse sentido, cremos que a culpabilidade do fato constitui um elemento utilíssimo para corrigir as tendências terroristas do legislador penal”.⁴

Assim, adotados os princípios da individualização da pena e da culpabilidade não se pode mais falar em impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo

legal – qualquer vedação nesse sentido é inconstitucional. Assim não fosse, e a aplicação da pena poderia seguir critérios exclusivamente matemáticos. No entanto, a análise do caso individual, em razão de sua complexidade e diversidade, obsta a culpabilidade vinculada a limites mínimos. Portanto, cabe ao juiz, relevando as circunstâncias do caso concreto: grau de exposição do agente à criminalidade,⁵ suas condições pessoais, a situação particular em que levou a cabo a prática delitiva, forma de execução e consequências do crime, comportamento da vítima, estabelecer a medida de pena compatível com a culpabilidade vista sob a ótica do direito penal mínimo.

(4) ZAFFARONI. La culpabilidad en el siglo XXI. Op. cit., p. 42. Também contra a previsão de limite mínimo para as penas, Ferrajoli assim se coloca: (...) “em meu entender, ao menos para as penas privativas de liberdade não está justificada a estipulação de um mínimo legal: seria oportuno, em outras palavras, confiar ao poder equitativo do juiz a seleção da pena abaixo do máximo estabelecido pela lei, sem vinculá-lo a um limite mínimo ou vinculando-o a um limite mínimo muito baixo”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibanés, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mahino, Juan Terradilhas Basaco, Racio Cantarero Bandrés. Madrid : Trotta, 1997, p. 400).

(5) Chamado por Zaffaroni de grau de vulnerabilidade, implica em menor pena quanto maior seja a situação de vulnerabilidade para o crime vivenciada pelo autor e isso porque quanto mais limitada se encontre a pessoa em razão de sua posição vulnerável, menor autonomia terá para a realização do injusto e, assim, o estado de maior vulnerabilidade deverá gerar um baixo nível de culpabilidade pela vulnerabilidade. Segundo Zaffaroni, a culpabilidade pela vulnerabilidade não implica em exclusão da análise dos demais elementos da culpabilidade, mas tem a vantagem de servir de limite máximo à violência tolerada da atividade judicial. (*En busca de las penas perdidas...*, op. cit., p. 217 et seq.).