



UNICEPLAC

Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos - UNICEPLAC
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso

**A possibilidade de redução da pena-base aquém do mínimo legal
pelo reconhecimento das circunstâncias atenuantes**

Gama-DF
2020

JÉSSICA CASTRO DE CARVALHO

**A possibilidade de redução da pena-base aquém do mínimo legal
pelo reconhecimento das circunstâncias atenuantes**

Artigo apresentado como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pelo Centro Universitário do Planalto Central
Apparecido dos Santos – Uniceplac.

Orientador: Prof. Esp., Bruce Flávio de Jesus
Gomes

Gama-DF
2020

JÉSSICA CASTRO DE CARVALHO

A possibilidade de redução da pena-base aquém do mínimo legal pelo reconhecimento das circunstâncias atenuantes

Artigo apresentado como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.

Gama, 27 de junho de 2020.

Banca Examinadora

Prof. Bruce Flávio de Jesus Gomes
Orientador

Prof. Rodrigo Costa Ribeiro
Examinador

Prof. Sérgio Murillo Mirando Coelho
Examinador

A possibilidade de redução da pena-base aquém do mínimo legal pelo reconhecimento das circunstâncias atenuantes

Jéssica Castro de Carvalho¹

Resumo:

Esse trabalho tem por finalidade analisar excertos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre a possibilidade ou impossibilidade da pena ser reduzida, sendo assim, será analisado se, mesmo que a pena-base esteja estabelecida em seu mínimo legal, caso o julgador se depare com as circunstâncias atenuantes na segunda fase do cálculo da reprimenda penal, deverá ele considerá-las ou não para o encerramento da pena seguindo o critério trifásico e, se assim não fizer, nossa indagação será se ele estaria ou não violando os direitos constitucionais do réu. Esse trabalho foi desenvolvido em três capítulos, sendo os dois primeiros introdutórios para, no terceiro, analisar o tema propriamente dito. A metodologia abordada nessa pesquisa foi a exploratória com o objetivo de buscar fundamentos e conhecimentos jurídicos, através de levantamentos bibliográficos, análise dos excertos jurisprudenciais, análise doutrinária que terá como principais doutrinadores André Estefam, César Bitencourt, Cleber Masson, Guilherme Nucci, Rogério Greco, Victor Gonçalves e outros. Portanto, esse trabalho tem grande relevância social e jurídica, visto que, a pena eventualmente aplicada ao acusado condenado em ação penal, sem a observância dos princípios e garantias constitucionais aplicáveis à espécie pode implicar na excessiva fixação do *quantum* de pena no caso concreto e, via de consequência, no excesso do direito de punir do Estado.

Palavras-chave: Pena. Dosimetria. Mínimo Legal. Atenuantes. Individualização. Redução.

Abstract:

This work aims to analyze legal, doctrinal and jurisprudential excerpts on the possibility or impossibility of the penalty being reduced, therefore, it will be analyzed if, even if the base penalty is established in its legal minimum, if the judge faces the circumstances mitigating in the second phase of the calculation of the criminal reprimand, he should consider them or not for the end of the sentence following the three-phase criterion and, if he does not do so, our question will be whether or not he is violating the defendant's constitutional rights. This work was developed in three chapters, the first two being introductory to, in the third, analyzing the theme itself. The methodology addressed in this research was exploratory with the objective of searching for legal foundations and knowledge, through bibliographic surveys, analysis of jurisprudential excerpts, doctrinal analysis that will have André Estefam, César Bitencourt, Cleber Masson, Guilherme Nucci, Rogério Greco as main doctrinators, Victor Gonçalves and others. Therefore, this work has great social and legal relevance, since, the penalty eventually applied to the accused convicted in criminal action, without observing the constitutional principles and guarantees applicable to the species, may imply in the excessive setting of the amount of penalty in the specific case and, consequently, in excess of the State's right to punish.

Keywords: Feather. Dosimetry. Legal Minimum. Mitigating. Individualization. Reduction.

¹Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos – Uniceplac.
E-mail: jessicarvaalho@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto analisará se é possível ou não a pena-base ser reduzida abaixo do seu mínimo legal de acordo com o reconhecimento das circunstâncias atenuantes na segunda fase de dosimetria. Desse modo, analisaremos se o entendimento já fixado no Enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça fere ou não a Constituição Federal.

Antigamente, o sistema utilizado para calcular a pena era o sistema bifásico, porém, após a alteração do Código Penal surgiu o sistema trifásico estabelecido pelo artigo 68, segundo o qual: “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento”, portanto, o julgador deverá seguir essas três fases para fixar definitivamente a reprimenda.

Dessa forma, será analisado se atualmente existe ou não impedimento legal na definição da pena abaixo do seu mínimo legal, pois o tipo penal, ao prever a conduta delituosa, já estabelece também a pena mínima que deverá ser aplicada. Com a análise do artigo 65 do Código Penal, que define as circunstâncias atenuantes, a referida norma recomenda a redução nos casos que especifica. Diante disso, verificaremos se, no momento do cálculo da sanção penal, o mínimo legal previsto na norma incriminadora deverá se sobrepor ou não na aplicação das circunstâncias atenuantes na segunda fase da dosimetria.

Sendo assim, para que cheguemos à conclusão se é possível ou não a redução da pena que já está fixada em seu mínimo legal na segunda fase do seu cálculo, para isso, faz-se necessário entendermos alguns princípios e garantias constitucionais do indivíduo que está sendo acusado, bem como, quais são as espécies de pena existentes, quais são os regimes de cumprimento da pena, etc. e, finalmente, trataremos do tema observando-se o critério trifásico da dosimetria.

Ademais, a importância desse projeto não é apenas acadêmica – científica para analisar a possibilidade de redução da pena-base fixada no mínimo legal, pois, o tema também se reveste de relevância social, de modo a se observar os direitos constitucionais do indivíduo, verificando se a vedação contida no Enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça fere ou não os princípios constitucionais.

Por fim, a metodologia abordada é a exploratória com o objetivo de buscar fundamentos e conhecimentos jurídicos, através de levantamentos bibliográficos, análise doutrinária e análise de jurisprudenciais.

2 PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACUSADO

Os princípios e garantias constitucionais na esfera penal, servem como guia para que haja um claro entendimento e a correta aplicação de suas normas, aplicando assim, a justiça de modo absoluto, limitando o poder punitivo do Estado através das garantias que são asseguradas na Constituição (CAPEZ, 2018; NUCCI, 2019).

É importante ressaltar que não existe um confronto entre os princípios e as garantias constitucionais, pelo contrário, eles se combinam entre si, ou seja, um complementa o outro, pois, em regra os princípios asseguram os direitos, bem como, ordena as garantias essenciais do indivíduo (CAPEZ, 2018; NUCCI, 2019).

Desse modo, esse capítulo fará menção aos principais princípios e garantias constitucionais referentes ao acusado, para que seja demonstrado que todas as normas e direitos deverão ser observadas com a finalidade de garantir um processo justo, seguido de ampla defesa, contraditório etc.

2.1 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena, como o próprio nome diz, refere-se a garantia que o indivíduo tem de receber a correta individualização de sua pena. Está expressamente previsto na Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XLVI, que dispõe o seguinte: “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) prestação social alternativa; d) suspensão ou interdição de direitos” (BRASIL, 1988. MASSON, 2019).

As modalidades expressas na Constituição como a pena de privação ou restrição da liberdade refere-se ao direito de liberdade do indivíduo, definindo assim, a redução de sua locomoção por um determinado período e, a perda de bens é a reparação feita para o indivíduo que foi prejudicado em decorrência do crime (MOTTA, 2013; ESTEFAM, GONÇALVES, 2016).

A multa é uma prestação pecuniária, ou seja, é o pagamento em dinheiro a ser fixado pelo julgador como forma de ressarcimento pelo crime cometido; a prestação social alternativa é a pena que não restringe o direito de locomoção do apenado, pode ser, por exemplo, prestação de serviços para a comunidade. Por fim, a pena de suspensão ou interdição de direitos, refere-se à impossibilidade do apenado em exercer alguma atividade ou função por um tempo determinado (MOTTA, 2013; ESTEFAM, GONÇALVES, 2016).

Ressalte-se que o rol estabelecido no referido artigo consiste em um rol exemplificativo, ou seja, podem existir outros tipos de penas, conforme lecionam Paulo e Alexandrino (2018, p.173): “A enumeração das penas constitucionalmente admitidas não é exaustiva. Destarte, a lei poderá adotar outras modalidades de pena, desde que não incida nas proibições expressas do art. 5º, XLVII, da Constituição Federal [...]”.

Desse modo, esse princípio constitucional configura-se cláusula pétrea e assegura ao agente a individualização de sua pena, ainda que tenha praticado o crime em concurso de pessoas, pois, cada indivíduo possui seus motivos e suas particularidades que deverão ser analisadas para que cada um receba a punição que lhe é devida, conforme explica Nucci (2019, p. 172): “[...] Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos”.

O termo individualização expressa no dicionário jurídico de Plácido e Silva (2016, p. 1945): “[...] o que se mostra singular e é indivisível, tem na linguagem jurídica o mesmo sentido de *demonstração, caracterização, definição*, em virtude do que as coisas ou as pessoas são *descritas* com os sinais característicos ou peculiares, que as tornam distintas umas das outras”, assim, o mesmo entendimento de individualização acarreta-se para individualização.

Existem três modalidades de individualização da pena que deverão ser observadas: individualização legislativa (cominação), judiciária (aplicação) e executória (execução). Assim, a individualização legislativa, é aquela que o legislador estabelece os tipos penais existentes, os objetos de proteção e as penas que deverão ser aplicadas para cada infração cometida. Já a individualização judiciária é a aplicação da lei feita pelo magistrado seguindo os critérios do sistema trifásico e a individualização executória é a classificação do apenado conforme as circunstâncias analisadas (GRECO, 2017; NUCCI, 2019).

Conforme leciona Bitencourt (2019, p. 828): “Mas o que nos interessa neste momento é a *individualização judicial*, isto é, a aplicação da pena cominada”, logo, a pena deverá ser aplicada mediante a observância das características pessoais do indivíduo, a análise das circunstâncias que o crime fora praticado, para que ao final, o indivíduo tenha a aplicação de uma pena justa, seguindo assim, o sistema trifásico da pena estabelecido no artigo 68 do Código Penal.

Ainda, conforme Paulo e Alexandrino (2018, p. 117): “o princípio da igualdade determina que seja dado tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades [...]”, assim, o princípio da individualização da pena tem relação direta com o princípio da igualdade, pois, estabelecem a aplicabilidade de uma pena correta sem ferir os direitos do acusado.

Portanto, a individualização da pena estabelece que a pena seja aplicada e definida de forma individual, assim, a análise das características pessoais do indivíduo deverão ser levadas em consideração quando a pena for cominada, aplicada e executada, pois, a devida aplicação da pena não deve ser aplicada de forma universal e igual para todos os indivíduos e, se assim o for, haverá também uma afronta ao que trata o princípio da igualdade.

2.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade demonstra que nenhum indivíduo deverá ser punido por um ato praticado que não era considerado crime ao tempo de sua ação, conforme redação expressa na Carta Magna e no Código Penal Brasileiro. Assim, por esse princípio ser uma garantia constitucional, ele é considerado uma cláusula pétrea (MASSON, 2019).

O artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal aduz que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, bem como redação expressa no artigo 1º do Código Penal que também disciplina o princípio da legalidade ao estabelecer que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Como afirma Greco, esse princípio é um dos mais valiosos da esfera penal, pois, não se deve falar em crime quando não há legislação expressa que defina o crime (BRASIL, 1940; BRASIL, 1988; GRECO, 2017).

O princípio da legalidade se divide em reserva legal ou legalidade estrita e anterioridade da lei penal. A reserva legal constitui no poder que somente a lei tem de disciplinar o próprio direito penal, já, acerca da anterioridade da lei penal, ela afirma que não deve se falar em crime sem que exista prévia cominação legal (NUCCI, 2019).

A função garantidora do princípio da legalidade veda que haja retroatividade da lei, que sejam criados crimes e formas de punir com base em costumes, usar de semelhança para indicar os crimes, motivar ou agravar penas e veda ainda, acusações que sejam vagas e sem determinações, logo, o princípio da legalidade, se materializa em lei escrita, estrita, certa e prévia (GRECO, 2017).

Sendo assim, a lei escrita serve para vedar os costumes; a lei estrita serve para vedar a analogia maléfica, ou seja, veda a interpretação que venha a prejudicar o réu; a lei certa se traduz pela vedação de leis abrangentes demais, ou seja, a lei deve ser o mais restrita possível; e a lei prévia veda a retroatividade, ou seja, a lei não pode retroagir se for para prejudicar o réu (GRECO, 2017).

Por fim, se a definição do princípio da legalidade é que ninguém será

responsabilizado por algo que não era tido como crime anteriormente, o julgador, ao analisar uma conduta que atualmente é definida como crime, não deve ignorar a existência de algo que traria benefício ao réu, pois, conforme o artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal, só haverá retrocesso da lei se for em benefício do agente infrator, então, se a lei pode retroagir para beneficiar o réu, não há nada que impeça que, neste momento, o juiz deixe de aplicar o benefício, pois, estamos tratando de uma lei e, ela é impositiva, portanto, nenhum de seus termos são aplicados em vão (BRASIL, 1988; GRECO, 2017).

Portanto, o princípio da reserva legal ou legalidade estrita estabelecem o verdadeiro controle do poder punitivo do estado e tem direta ligação com o princípio da anterioridade, sendo assim, toda norma da esfera penal deverá ser estrita, escrita, certa e prévia. Desse modo, é notável sua ampla influência na esfera de aplicabilidade da pena e, devemos nos lembrar que o princípio da legalidade sempre atuará nos direitos e garantias do indivíduo, buscando sempre, um direito penal libertário e jamais buscará o acréscimo do modelo punitivo, visto que, a lei deverá ser interpretada de forma que se atenda melhor ao interesse do réu.

2.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade refere-se ao equilíbrio entre o delito cometido e a pena, pois, o legislador estabelecerá o mínimo e máximo da pena e, o julgador estabelecerá a pena e a tornará concreta, ou seja, esse princípio é uma forma de controle das normas, afirmando se uma norma é ou não constitucional, logo, uma norma que não é proporcional se torna inconstitucional. O dever do princípio da proporcionalidade é impor um obstáculo ao criador da lei para que não atue de forma exorbitante na vida de todas as pessoas, pois, a lei penal deve assegurar o bem jurídico e, se assim não o for, essa lei se tornará ineficiente (CAPEZ, 2018; MASSON, 2019; NUCCI, 2019).

Desse modo, se fora constituído um novo tipo penal e não houver benefício para a coletividade, haverá a lesão desse princípio e assim, esse tipo penal deverá ser retirado por se tratar de uma norma inconstitucional, pois, é necessário que a pena seja proporcional ao prejuízo causado a coletividade (CAPEZ, 2018).

Masson explica que a proporcionalidade tem três esferas: abstrata (legislativa), concreta (judicial) e executória (administrativa). A proporcionalidade abstrata refere-se ao instante em que o legislador define as penas de forma adequada para cada infração penal. A proporcionalidade concreta refere-se à condução do juiz na aplicabilidade da sentença penal para que seja definida a individualização da pena adequada. A proporcionalidade executória é

o momento em que incidem as regras na execução da pena (MASSON, 2019).

O princípio da proporcionalidade se subdivide em proibição do excesso e proibição de proteção deficiente. A proibição de excesso assegura ao cidadão, o seu direito de liberdade, limitando os excessos estatais e a proibição de proteção deficiente assegura que não seja implementada medidas mínimas que venham a desamparar os direitos e as garantias fundamentais (GRECO, 2017; NUCCI, 2019).

Portanto, o princípio da proporcionalidade garante ao indivíduo que seja aplicada uma pena proporcional para cada infração penal praticada, impondo limites ao legislador para não haver excessos na criação do tipo penal, bem como, orienta o magistrado na fixação da pena definitiva, garantindo assim, a correta aplicação dos direitos e garantias individuais.

2.4 Princípio do contraditório e ampla defesa

O princípio do contraditório e ampla defesa refere-se à oportunidade de as partes se manifestarem acerca de tudo no processo, assim, sempre que uma das partes produz uma prova, a outra parte tem direito de se defender acerca dessa prova. Seu amparo legal está na Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, inciso LV que diz: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, sendo, portanto, um princípio constitucional explícito. Assim, o contraditório e a ampla defesa são a base de todo o processo, assegurando ao acusado um processo correto (BRASIL, 1988; PACELLI, 2018).

Noutro passo, enquanto o princípio do contraditório assegura todas as partes do processo, o princípio da ampla defesa assegura apenas o réu, assim, a ampla defesa se subdivide em defesa técnica e autodefesa. A defesa técnica é obrigatória, pois, ela é realizada por um profissional habilitado (advogado/defensor); já a autodefesa não é obrigatória e, é feita pelo indivíduo que está respondendo ao processo (TÁVORA, ALENCAR, 2017).

Ademais, além da ampla defesa assegurar a defesa técnica e a autodefesa, conforme o artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, também é assegurado que o Estado forneça ao indivíduo que está sendo processado e, se achando em estado de pobreza nos termos da lei, deverá ter o direito a um defensor para que este preste a assistência total (BRASIL, 1988; TÁVORA, ALENCAR, 2017).

O princípio do contraditório é o mais poderoso em relação as provas, pois, ele institui a validação de todo o processo e se não houver o correto cumprimento haverá danos ao réu, podendo, inclusive, ocorrer a nulidade absoluta do processo, portanto, o princípio do

contraditório e o da ampla defesa amparam o indivíduo durante toda a persecução penal. Além do princípio do contraditório tratar da segurança que as partes tem em se manifestarem, ele também traz o entendimento da ação penal, pois, toda a estrutura que se expõe no processo (por exemplo, os argumentos das partes) auxiliam o magistrado no posicionamento de sua decisão (PACELLI, 2018).

Portanto, o princípio do contraditório e o da ampla defesa se harmonizam entre si, bem como, entende-se como contraditório o direito que o indivíduo possui para contraditar o que a outra parte demonstra no processo ou vice-versa, garantindo assim, a igualdade entre as partes no processo. Já a ampla defesa, de forma geral, garante ao indivíduo o direito de trazer todas as provas para o processo com o intuito de demonstrar a verdade.

2.5 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal refere-se a garantia do indivíduo em ter um processo justo e efetivo no qual o julgador irá deferir a decisão devidamente fundamentada, seguindo todas as fases estabelecidas em lei, bem como, assegura a aplicação de todos os princípios constitucionais. Encontra-se estabelecido de forma explícita na Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, inciso LIV, que aduz: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Desse modo, se alguém tiver praticado um crime, deverá ser punido pelo Estado e para isso, o Estado através do judiciário processa o agente infrator (BRASIL, 1988; MOTTA, 2013).

Dessa forma, o princípio do devido processo legal é o principal regedor do ordenamento jurídico penal e processual penal, além de dar total amparo ao princípio do contraditório e ampla defesa para que seja garantido um processo justo, ele define que a harmonia dos princípios, sejam de esfera penal ou processual penal é eficaz para que haja a correta aplicação do devido processo legal (TÁVORA, ALENCAR, 2017; NUCCI, 2019).

Sendo assim, existem dois aspectos que devem ser analisados no devido processo legal: o aspecto processual (formal) e o aspecto substantivo (material). O aspecto processual garante ao indivíduo a proteção dos seus direitos e, o aspecto substantivo é o controle das decisões do processo para que não haja excessos. Logo, deverá ser observado o aspecto formal para que haja a correta aplicação da lei e o aspecto substancial que estabelecerá um processo justo (TÁVORA, ALENCAR, 2017; NUCCI, 2019).

Ressalte-se que o princípio do devido processo legal deve ser sempre respeitado, pois, se assim não o for, tornará o processo nulo por ferir os direitos e garantias constitucionais

do acusado, conforme lecionam Távora e Alencar (2017, p. 1494): “[...] as nulidades processuais devem ser encaradas como sanções estabelecidas legalmente para o fim de assegurar as garantias fundamentais processuais penais dispostas na Constituição Federal”.

Logo, ao ferir os direitos e garantias do acusado, estabelecidos na Constituição Federal Brasileira, configurar-se-á nulidade absoluta do processo, pois, ela ocorre sempre que há essa violação, conforme Pacelli (2017, p. 391): “[...] Configuram, portanto, vícios passíveis de nulidades absolutas as violações aos princípios fundamentais do processo penal, tais como o do juiz natural, o do contraditório e da ampla defesa [...]”.

Por fim, o princípio do devido processo legal é o principal regedor de todo o ordenamento jurídico, pois, ele assegura a aplicação de todos os direitos e garantias constitucionais ao processo em que o indivíduo está se sucedendo, bem como, o seguimento de todas as normas estabelecidas.

Portanto, o Estado deve sempre garantir a não violação das normas constitucionais, pois, é algo passível de causa de nulidade absoluta pelo fato de ferir direitos de um indivíduo e, não há como se falar no devido processo legal, ignorando, por exemplo, o princípio do contraditório ou da ampla defesa.

2.6 Princípio do *favor rei* – *in dubio pro reo*

O princípio do *favor rei*, também conhecido por alguns doutrinadores, como *in dubio pro reo*, significa dizer que na dúvida de interpretação das normas (na dúvida entre o direito de punir do Estado x o princípio da presunção de inocência), a norma deverá ser interpretada de forma mais favorável para o réu, pois, quando há a dúvida por parte do Estado, o interesse do réu deverá prevalecer (TÁVORA, ALENCAR, 2017).

Existem divergências acerca desse princípio, alguns doutrinadores defendem a aplicação desse princípio somente no momento de avaliar a prova, já para outros doutrinadores, só se aplica se mesmo com a interpretação da norma não se obter uma definição, a conclusão será interpretar a norma de forma benéfica ao réu. Logo, entende-se que a lei deverá ser interpretada conforme a análise de todos os princípios, e havendo dúvidas que, de fato, não há solução, a lei deverá ser interpretada em favor do réu em decorrência desse princípio, pois, o réu não tem o dever de provar que não cometeu o crime (CAPEZ, 2018; LIMA, 2019).

Portanto, o princípio do *in dubio pro reo* orienta a interpretação das normas. Assim, havendo interpretações diferentes, deverá ser aplicada a melhor interpretação para que

a norma se torne mais favorável ao indivíduo, pois, havendo dúvidas, não cabe ao réu demonstrar se praticou ou não a conduta delituosa.

3 IMPLICAÇÕES DO *QUANTUM* DA PENA EM FACE DO ACUSADO

O critério trifásico que define as fases da pena, adotado pelo Código Penal em seu artigo 68, regulamenta o princípio da individualização da pena insculpido no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, estabelecendo que cada agente tenha sua pena individualizada. Essa individualização da pena observará suas três etapas, conforme tratada no tópico 2.1, que são: cominação, aplicação e execução. Assim, o ponto principal da individualização da pena ao definir o *quantum* é o momento da aplicação (BRASIL, 1988; BRASIL, 1940; BITENCOURT, 2019).

Portanto, o juiz, ao determinar o *quantum* da pena, ou seja, o tempo que o condenado deverá cumprir a sanção penal que lhe foi imposta, estabelecerá o regime de cumprimento de pena, observará a possibilidade de suspensão condicional da pena ou do processo, substituição da pena privativa de liberdade, além de aplicar aos casos que forem possíveis a prescrição punitiva.

3.1 Espécies de pena

A chamada pena é como uma forma de punição que é dada ao indivíduo que está sendo condenado pelo crime que praticou. As espécies de penas na seara criminal estão definidas no artigo 32 do Código Penal brasileiro, o qual estabelece três espécies de pena, quais sejam: 1 – penas privativas de liberdade; 2 – penas restritivas de direitos e 3 – pena de multa (BRASIL, 1940; NUCCI, 2019).

As penas privativas de liberdade, podem ser de reclusão, de detenção e de prisão simples, Nucci explica ainda que as penas de reclusão e de detenção constituem decorrência da prática de crimes e a pena de prisão simples é aplicada a contravenções penais (NUCCI, 2019).

Segundo o artigo 33 do Código Penal, a pena de reclusão se subdivide em três regimes: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. No regime fechado sua pena inicial é superior a 8 anos. No regime semiaberto sua pena é superior a 4 anos não excedendo o limite de 8 anos e no regime aberto sua pena é igual ou inferior a 4 anos (BRASIL, 1940).

A pena privativa de liberdade serve para restringir (através de prisão com tempo determinado) o direito de se locomover do agente que praticou o crime. A Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, inciso XLVII, parte "b", define a proibição de prisão perpétua.

Assim, a antiga redação do Código Penal de 1984, previa que o período de restrição das penas privativas de liberdade eram de até 30 anos, porém, com a nova redação através da Lei nº 13.964 de 2019, atualmente, essa restrição tem o período determinado de até 40 anos, conforme *caput* do artigo 75 do Código Penal: “O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos”. Nas contravenções penais, o período de cumprimento da pena de prisão simples não pode ser superior a 5 anos, conforme o artigo 10 da Lei de Contravenções Penais (BRASIL, 1940; BRASIL, 2019).

Logo, o agente infrator não poderá ficar mais de 40 anos detido. Havendo unificação das penas, o Enunciado 715 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, editado antes da nova redação dada ao art. 75 do Código Penal pela Lei nº 13.964, de 2019, afirma que “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”. Assim, se o agente obteve uma pena estabelecida em 100 anos, no caso de progressão de regime, o cálculo será sobre o total da pena que o agente obteve no momento da condenação, não no máximo da pena a ser cumprido (BRASIL, 1940; BRASIL, 2019).

As penas restritivas de direitos, previstas no artigo 43 do Código Penal, conforme leciona Estefam e Gonçalves, têm por escopo impedir que o indivíduo condenado cumpra pena em regime fechado em estabelecimento de custódia penal, substituindo-a por certas restrições, v.g. perda de bens, limitação de fim de semana, interdição de direitos, ou por obrigações, tais como prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade (ESTEFAM, GONÇALVES, 2016).

A perda de bens e valores, também expressa no artigo 45, §3º do Código Penal, consiste na retirada do patrimônio legal do condenado em benefício do Fundo Penitenciário Nacional, como forma de compensação dos prejuízos, tendo como teto a quantia do dano causado pelo condenado ou terceiro com a prática do crime, será determinado pelo que for maior (NUCCI, 2019).

A limitação do fim de semana é a permanência do condenado por horas fixas aos fins de semana em locais determinados, conforme entendimento de Nucci (2019, p. 971): “[...] refere-se ao estabelecimento da obrigação do condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em Casa do Albergado ou lugar adequado, a fim de participar de cursos e ouvir palestras, bem como desenvolver atividades educativas”.

A interdição de direitos é a proibição do condenado em exercer algumas atividades, conforme leciona Nucci (2019, p. 971): “[...] tem por finalidade impedir o exercício de

determinada função ou atividade por um período determinado, como forma de punir o agente de crime relacionado à referida função ou atividade proibida”.

A prestação pecuniária é o pagamento em dinheiro a ser fixado pelo julgador, observando o limite entre um salário mínimo até 360 salários mínimos, devendo ser pago para a vítima e às pessoas que dependem dela, ou pago a instituição de caráter público ou privado desde que tenha um fim social. Um dos propósitos da prestação pecuniária é adiantar a reparação do prejuízo causado pelo crime à vítima (NUCCI, 2019).

A prestação de serviços à comunidade refere-se a atividades a serem realizadas pelo condenado em prol da comunidade em órgãos públicos assistenciais, conforme Nucci (2019, p. 970): “[...] Trata-se, em nosso entender, da melhor sanção penal substitutiva da pena privativa de liberdade, pois, obriga o autor do crime a reparar o dano causado por meio do seu trabalho, reeducando-se, enquanto cumpre pena”.

Por fim, a pena de multa, tem o mesmo entendimento de prestação pecuniária, está prevista no artigo 49 ao 52 do Código Penal, conforme entendimento de Greco (2017, p. 701): “[...] a pena de multa atende às necessidades atuais de descarcerização, punindo o autor da infração penal com o pagamento de importância determinada pelo juiz, cujo valor deverá obedecer aos limites mínimo e máximo ditados pelo Código Penal”.

Portanto, o julgador, com base na infração penal cometida pelo agente, observando o sistema trifásico estabelecido pelo art. 68 do Código Penal, definirá a pena a ser cumprida, e com base no tempo de pena será definida a espécie, podendo ser pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos ou pena de multa.

3.2 Regimes de cumprimento de pena

Os regimes de cumprimento de pena estabelecidos no Código Penal em seu artigo 33, auxiliam o julgador na regulamentação das penas, assim, ele irá definir qual será o tipo de regime a ser cumprido, seguindo o critério trifásico de dosimetria da pena estabelecido no artigo 68 do Código Penal. Após o juiz estabelecer a pena, dirá qual será o regime de cumprimento da pena a ser cumprido. Existem três tipos de regimes: Regime fechado, regime semiaberto e regime aberto.

O regime fechado é cumprido dentro do presídio, podendo ser de segurança média ou segurança máxima. Conforme o artigo 33, §2º, alíneas “a” e “b”, esse regime é aplicado ao agente que tenha sua pena inicial superior a 8 anos (mesmo que o agente seja réu primário), ou se o agente for reincidente e tiver uma pena maior que 04 anos com até 08 anos (GRECO,

2017).

O condenado ao regime fechado, além de cumprir a pena em presídio, deverá trabalhar somente para o presídio, sendo observados suas experiências anteriores, porém, se um sexto da pena estiver cumprido, poderá exercer atividade externa, desde que, seja para o ente público. Ademais, não poderá também, praticar nenhum tipo de curso (BITENCOURT, 2019).

O regime semiaberto é cumprido em colônia agrícola, colônia industrial ou em estabelecimento semelhante. Conforme o artigo 33, alínea “b”, esse regime é aplicado ao condenado, desde que, seja réu primário, e tenha sua pena inicial superior a 4 anos não excedendo o limite de 8 anos. Se o agente for reincidente e a pena tiver até 04 anos ou for primário e a pena for maior que 04 anos com o limite de até 08 anos o regime de cumprimento de pena será o semiaberto (BRASIL, 1940).

Para cumprimento da pena do regime semiaberto, o condenado trabalhará durante o dia em colônia agrícola, industrial ou em algum estabelecimento semelhante. Poderá exercer cursos para crescimento profissional, cursos de ensino médio ou superior e ainda exercer o trabalho externo (BITENCOURT, 2019).

Já no regime aberto, a pena será cumprida dentro da própria cidade em casa de albergado ou em estabelecimento que seja apropriado, conforme artigo 33, §2º, alínea “c”. Esse regime será aplicado ao agente que for réu primário e a pena não ultrapassar o limite de 04 anos (BRASIL, 1940).

O cumprimento do regime aberto será durante a noite e nos dias em que estiver livre (sem nenhuma atividade autorizada para cumprir), devendo ser em casa de albergado ou em estabelecimento apropriado. É obrigatório que o condenado exerça trabalho externo, realize algum curso (conforme o disposto para o regime semiaberto) ou realize alguma atividade desde que seja permitida e não haja fiscalização sobre o condenado (BITENCOURT, 2019).

Ademais, o regime de cumprimento inicialmente determinado não será o mesmo até final, pois, existe a possibilidade de progressão de regime. A progressão de regime ocorre quando o réu cumpre um sexto da pena no regime mais severo, desde que comprovado o mérito, ele poderá progredir para um regime inferior, menos severo. Sobre o mérito para a progressão de regime, se o artigo 112 da Lei de Contravenções Penais for devidamente observado, para a comprovação do mérito seria apenas necessária uma declaração emitida pelo diretor do presídio acerca do comportamento do presidiário (NUCCI, 2019).

Logo, existem dois tipos de requisitos de progressão de regime que devem ser observados: objetivo e subjetivo. O requisito objetivo trata-se do cumprimento de um certo período da pena, e o requisito subjetivo trata-se da comprovação do comportamento do preso

(NUCCI, 2019).

Os requisitos objetivos são aplicáveis, conforme entendimento de Nucci (2019, p. 901): “[...] para crimes comuns, exige o cumprimento de 1/6 da pena no regime mais severo para que se possa progredir ao mais brando; para delitos hediondos e equiparados (tráfico de drogas, tortura e genocídio), demanda-se 2/5, para primários, e 3/5 para reincidentes”, logo, esses são os períodos que deverão ser cumpridos para que haja a progressão.

Antigamente, para os crimes hediondos e os semelhantes, não existia progressão de regime, o cumprimento de toda a pena era no regime fechado, porém, houve uma alteração estabelecida através da Lei 11.464/2007 que trouxe inovação ao artigo 2.º, §2.º, da Lei 8.072/90, definindo a progressão dos crimes hediondos e semelhantes que fossem praticados a partir de 29 de março de 2007 (NUCCI, 2019).

Assim, conforme Nucci (2019, p. 902): “O objetivo da pena, fundamentalmente, é reeducar a pessoa humana que, cedo ou tarde, voltará ao convívio social, de modo que a progressão é indicada para essa recuperação, dando ao preso perspectiva e esperança”.

Portanto, ao definir o regime de cumprimento de pena, o condenado não cumprirá a sua pena no mesmo regime até o dia de sua saída, pois, existe a possibilidade de progressão de regime (desde que sejam observados os requisitos) acarretando ao condenado a aplicação de um regime menos severo.

3.3 Suspensão condicional da pena

A suspensão condicional da pena, também conhecida como *sursis*, serve para evitar que o indivíduo que foi condenado a uma pena de curto período (até dois anos ou quatro anos se o agente tiver a partir de 70 anos de idade ou for doente) a cumpra no sistema carcerário. Para isso, o indivíduo deverá cumprir algumas condições que serão impostas pelo julgador, o cumprimento dessas condições deverá ser realizado no chamado período de prova (NUCCI, 2019).

O período de prova é o tempo que o julgador fixa na sentença para que o condenado cumpra as condições impostas. Conforme doutrina de Nucci (2019, 1196), o período de prova deverá observar o seguinte: “[...] a) de 2 a 4 anos para penas que não ultrapassem 2 anos; b) de 4 a 6 anos para penas superiores a 2 anos, que não ultrapassem 4 (*sursis* etário ou para enfermo); c) de 1 a 3 anos para penas provenientes de contravenções penais [...]”. Ainda, conforme o artigo 81, §2º do Código Penal, existe a possibilidade de se prorrogar o período de prova. Essa prorrogação será aplicada caso o indivíduo seja processado por outro crime ou contravenção,

O artigo 78 do Código Penal define duas espécies de suspensão condicional da pena: simples que se encontra no §1º, e a especial que se encontra no §2º, porém, a suspensão simples é mais rígida que a suspensão severa, conforme Nucci (2019, p. 1187): “O simples é mais severo do que o especial, de forma que somente se aplicará o primeiro caso se as condições pessoais do réu ou as circunstâncias do crime assim estejam a indicar”.

Apesar de Nucci definir apenas duas espécies de *sursis*, a maioria dos doutrinadores como Greco, Estefam, Gonçalves, Bitencourt e Masson, citam o *sursis* etário e humanitário, para fins de entendimento, o *sursis* etário tem a sua aplicabilidade a pessoas com mais de 70 anos de idade, desde que, a pena não seja maior que 04 anos. Já o *sursis* humanitário aplica-se aos indivíduos portadores de enfermidades, e a pena não poderá ser maior que 04 anos, Nucci (2019, p. 1187) afirma ainda que: “[...] Em verdade, há somente dois tipos, embora o chamado *sursis* etário seja apenas uma suspensão condicional da pena mais flexível. As condições a que se submete são as mesmas”.

Ademais, a suspensão condicional tem, também, dois requisitos que devem ser analisados: Requisito objetivo e subjetivo. O objetivo trata-se da própria pena, ou seja, só caberá a suspensão em penas privativas de liberdade, desde que, a pena tenha um curto período, conforme Nucci (2019, p. 1189): “[...] não superior a dois anos, podendo ser de reclusão, detenção ou prisão simples (no caso das contravenções penais). No caso de condenado com mais de 70 anos ou gravemente enfermo, pode a pena atingir quatro anos”, já o requisito subjetivo são os que estão presentes no artigo 77, incisos I e II do Código Penal.

Conforme Nucci (2019, p. 1191): “[...] É nitidamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência ser a pena restritiva de direitos mais favorável que a suspensão condicional, de modo que o juiz deve aplicá-la na medida do possível”, ou seja, só será permitida a suspensão se não couber a substituição pela pena restritiva de direitos, pois, a suspensão condicional da pena é aplicada de forma subsidiária.

A suspensão da pena será revogada se o indivíduo descumprir o que dispõe o artigo 81, § 1º do Código Penal: “A suspensão poderá ser revogada se o condenado descumpre qualquer outra condição imposta ou é irrecorrivelmente condenado, por crime culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos” e a sua consequência será o cumprimento total da pena privativa de liberdade no regime estabelecido pelo julgador no cálculo da pena (NUCCI, 2019).

Portanto, a suspensão condicional da pena é uma medida que pretende retirar o indivíduo do cárcere, evitando o aprisionamento daqueles indivíduos que foram condenados a penas de curta duração, sendo assim, é concedido ao indivíduo a suspensão condicional da pena

e, se o indivíduo, se assim desejar, se submeterá ao período de prova e após cumprir todas as condições determinadas pelo julgador, desde que, findo o período de prova sem revogação, haverá a extinção da pena do condenado.

3.4 Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo é uma medida que visa despenalizar o indivíduo e está prevista no artigo 89 da Lei 9.099 de 1995, difere da suspensão condicional da pena, uma vez que, a suspensão condicional do processo ocorre antes da formação da culpa, quando ainda não existe a condenação do réu (BRASIL, 1995; GRECO, 2017).

O *sursis* somente é aplicável em crimes cuja pena mínima não seja superior a 1 ano. A suspensão ocorrerá da seguinte forma: o Ministério Público, observando esse limite de pena, oferecerá a denúncia e assim, a suspensão condicional do processo podendo ser de 02 a 04 anos, mas, para isso, os requisitos expressos no artigo 77 da lei 9.099 de 1995, deverão ser preenchidos. Após a aceitação da suspensão condicional do processo pelo agente infrator e seu advogado, o juiz homologará o *sursis*, após, o agente passará para o período de prova, com o cumprimento de todas as determinações de forma correta, a punibilidade será extinta (BRASIL, 1995; ESTEFAM, GONÇALVES, 2016).

Ressalte-se que o período de prova, conforme Capez (2018, p. 715): “É o prazo em que a execução da pena privativa de liberdade imposta fica suspensa, mediante o cumprimento das condições estabelecidas”, assim, de acordo com os parágrafos 1º e 2º do artigo 89 da Lei 9.099 de 1995, com a aceitação da proposta, o indivíduo passará para o período de prova devendo cumprir as seguintes determinações estabelecidas nesta lei, além do cumprimento de outras condições que o julgador achar necessárias.

Ademais, se o indivíduo for processado por prática de algum ilícito penal ou contravenção penal, não cumprir com as medidas que lhe foram impostas ou não reparar o dano, sua suspensão condicional do processo será revogada, conforme o §3º do artigo 89. Assim, após a aceitação da suspensão condicional do processo e o seu cumprimento durante o período de prova o acusado não será considerado reincidente, pois, por não gerar uma condenação ao acusado ele não deixará de ser considerado réu primário, caso venha praticar algum delito e seja condenado por ele (BRASIL, 1995; CAPEZ, 2018).

Portanto, a suspensão condicional do processo é regulamentada pela lei 9.099 de 1.995 e, cabe em qualquer crime desde que sua pena mínima não seja superior a 1 ano, o indivíduo não pode ter nenhum processo anterior e não pode ter sido condenado por crime doloso, sendo assim, se o indivíduo preencher os requisitos, o Ministério Público ao receber a

denúncia irá propor a suspensão condicional do processo, o juiz irá impor determinadas condições por um período, chamado de período de prova, podendo ser de dois a quatro anos, então, durante esse período, o indivíduo deverá cumprir as condições impostas.

Desse modo, após o período de prova, o julgador verifica se as condições foram cumpridas e se assim forem, ele fará uma sentença de extinção de punibilidade, ou seja, antes de se iniciar o processo, esse processo terá uma sentença de extinção de punibilidade. Ressalte-se que a aceitação da suspensão condicional do processo pelo indivíduo não gera reincidência, maus antecedentes, tampouco, confissão de culpa, ou seja, o indivíduo é acusado e no momento da acusação o processo é suspenso e por um período o indivíduo vai cumprir as condições impostas pelo magistrado.

3.5 Substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos

O artigo 44 do Código Penal define os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Existem dois tipos de requisitos: objetivo e subjetivo. Assim, no momento da aplicação, se o agente preencher todas as condições expostas no artigo 44, incisos de I a III, o julgador não poderá recusar a aplicação da substituição (MASSON, 2019).

Os requisitos objetivos estão presentes nos incisos I e II, que tratam da espécie do crime, podendo ser doloso ou culposos e, do tempo estabelecido para cumprimento da pena. Os requisitos subjetivos estão presentes no inciso III que tratam da culpabilidade do agente, os antecedentes, a conduta social, entre outros (CAPEZ, 2018).

Se, após o julgador analisar os requisitos, não houver a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o condenado terá mais uma chance no momento do cumprimento da pena, desde que, sejam cumpridos os requisitos estabelecidos no artigo 180 da Lei de Execução Penal, que são: a pena privativa de liberdade com máximo de cumprimento de 02 anos; o regime de pena fixado no aberto; o cumprimento de no mínimo 1/4 da pena estabelecida; a análise dos antecedentes e personalidade do agente que deverão indicar ao julgador se há ou não a possibilidade do convertimento (NUCCI, 2019).

Após a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o agente deverá cumprir com todas as condições que lhe foram determinadas, pois, se assim não o for, haverá a reconversão, ou seja, o agente deverá cumprir a pena que lhe fora imposta inicialmente (NUCCI, 2019).

A substituição da pena, deverá obedecer ao que está estabelecido no artigo 44 do

Código Penal, § 2.º, primeira parte, que aduz: “na condenação igual ou inferior a 1 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos”, não importando se o crime praticado foi na modalidade culposa ou dolosa, e nos casos em que a pena for inferior a 06 meses, poderá ser aplicada pena de multa, conforme o artigo 60, §2º do Código Penal (MASSON, 2019).

Ademais, havendo uma condenação cuja pena seja entre 6 meses e 1 ano, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por pena de multa, pois, nesse caso, será aplicado o disposto no artigo 44, §2º que, no caso, é mais benéfico ao condenado. Se pena privativa de liberdade for maior que 1 ano, conforme artigo 44 em seu §2º, segunda parte, ela poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. Conforme o artigo 69, §2º do Código Penal, no caso de aplicação de duas penas restritivas de direito, o condenado cumprirá concomitantemente as penas que forem compatíveis (MASSON, 2019).

Portanto, nos casos em que for possível a aplicação da substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, o magistrado deverá fazê-la pois, trata-se de um direito do condenado prezando-se assim, pela não restrição da liberdade do indivíduo.

3.6 Prescrição da punitiva estatal

A prescrição punitiva gera, conforme o estabelecido no artigo 107 do Código Penal, a extinção da punibilidade, isto é, a eliminação de todos os efeitos do crime, como se nunca estivesse existido o crime praticado, conforme leciona o doutrinador Masson (2019, p. 1174): “A infração penal por ela atingida, portanto, permanece íntegra e inabalável. Desaparece tão somente a punibilidade, compreendida como consequência, e não como elemento de um crime ou de uma contravenção penal”.

Existem dois tipos de prescrição: prescrição da pretensão punitiva e pretensão executória. A prescrição punitiva, é a perda do direito do Estado, ou seja, o Estado perde o direito de processar e condenar o agente, já a pretensão executória é a perda do direito do Estado em executar a pena em tempo admissível (CAPEZ, 2018). Ressalte-se que existem três espécies de prescrição punitiva: prescrição propriamente dita, prescrição intercorrente e prescrição retroativa. Capez, menciona ainda, uma quarta espécie de prescrição que é a antecipada, porém, essa ainda não é acolhida.

A pretensão punitiva propriamente dita, estabelecida no artigo 109 do Código Penal, refere-se ao cálculo da pena máxima em abstrato, pois, não existe pena definida no caso

concreto. A pretensão punitiva intercorrente, afirma que o cálculo deverá ser feito de acordo com a pena estabelecida pelo magistrado no caso em concreto, a partir da sentença condenatória até o trânsito em julgado. A pretensão punitiva retroativa refere-se ao cálculo da pena que está fixada em sentença, mas, só se aplica de forma retroativa a partir da condenação (CAPEZ, 2018).

O artigo 111 do Código Penal, em seus incisos de I a V, estabelece o momento em que a prescrição punitiva começará a contar. Já o artigo 112 do Código Penal, apesar da primeira parte do inciso I referir-se a prescrição punitiva, o artigo estabelece também o momento da prescrição executória, sendo ele, após a sentença condenatória irrecorrível, logo, a prescrição punitiva ocorre antes da sentença transitado em julgado, e a prescrição executória ocorre após (GRECO, 2017).

Portanto, o objetivo da prescrição é estabelecer que o Estado tenha um tempo determinado para realizar a punição, e não sendo observado esse período, o agente deverá ter a sua punibilidade extinta, sendo observado o artigo 109 do Código Penal, acerca dos prazos prescricionais.

4 DA (IM)POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA

O tema tratado nesse trabalho encontra-se sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça e tem sido o entendimento majoritário adotado pelos nossos Tribunais Superiores. Ademais para demonstrar que ainda há divergência acerca desse tema, notadamente quanto a aplicação ao que estabelece o artigo 65 do Código Penal Brasileiro, com entendimento contrário ao firmado pelo Enunciado 231 do Superior Tribunal de Justiça, é de suma importância o comentário que o doutrinador Greco faz em relação a essa impossibilidade. Senão vejamos:

Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário. O mencionado artigo afirma, categoricamente, que *são circunstâncias que sempre atenuam a pena*. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio *sempre* se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo? GRECO (2017, p. 711)

Desse modo, com a observância do entendimento dos Tribunais Superiores e das doutrinas acerca do tema, será analisado o critério trifásico para cálculo da reprimenda penal à luz do princípio da individualização da pena, para que seja verificado se há ou não possibilidade de reduzir a pena-base abaixo de seu mínimo legal e se há ferimento de princípios e garantias

constitucionais.

4.1 Dosimetria da pena

A dosimetria da pena é feita através do critério trifásico adotado pelo Código Penal brasileiro, criado por Néelson Hungria, que está disposto no artigo 68 do referido dispositivo normativo legal, o qual estabelece que o julgador deverá fixar a pena observando as três fases distintas. Sendo assim, a dosimetria da pena refere-se ao cálculo da pena, fixando o *quantum* de reprimenda que será atribuída ao sentenciado em face da condenação em processo criminal, portanto, ao julgador determinar o *quantum* da pena na sentença, o princípio de individualização da pena, previsto na Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, inciso XLVI, deverá ser alcançado, visto que, sua atribuição é garantir ao indivíduo que a sua pena seja individualizada (BRASIL, 1940; CAPEZ, 2018).

Desse modo, deverão ser observadas as três modalidades de individualização da pena para que haja a sua correta definição, como já demonstrado com maior profundidade no subcapítulo 2.1, quais sejam: individualização legislativa, judiciária e executória, portanto, definida a pena pelo legislador, o julgador aplicará a lei seguindo os critérios do sistema trifásico de dosimetria da pena e assim, haverá a classificação do apenado conforme as circunstâncias analisadas, em estrita observância ao princípio da legalidade (GRECO, 2017; NUCCI, 2019).

Ressalte-se que o cálculo da dosimetria é feita pelo magistrado que preside e profere a sentença condenatória em ação penal, que deverá seguir os ditames do artigo 68, *caput*, do Código Penal, o qual estabelece, conforme mencionado, três fases para o cálculo da pena, nos seguintes termos: “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”. Sendo assim, no momento em que o magistrado proferir a sentença condenatória, julgando procedente a pretensão punitiva, deverá fixar o *quantum* da pena do acusado condenado em processo criminal (BRASIL, 1940).

Assim, na primeira fase de dosimetria da pena será feita a fixação da pena-base, considerando-se as circunstâncias judiciais que estão estabelecidas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, tomando como referência a pena simples ou a pena qualificada previstas no preceito secundário do tipo, a depender do crime praticado, cujos critérios para a fixação da pena-base serão explorados no próximo subcapítulo (BRASIL, 1940; CAPEZ, 2018)

Ademais, na segunda fase será feita a fixação da pena intermediária considerando-

se as circunstâncias atenuantes que estão previstas no artigo 65 do Código Penal e circunstâncias agravantes previstas nos artigos 61 e 62 do referido código, cujas circunstâncias serão abordadas no subcapítulo 4.1.2 (BRASIL, 1940).

Por fim, na terceira fase será feita a fixação da pena definitiva considerando-se as causas de diminuição (minorantes) e de aumento (majorantes) de pena, que sempre correspondem a uma fração de aumento e que normalmente estão previstas no parágrafo do artigo que está definido o crime, cujas causas de diminuição e de aumento serão tratadas no subcapítulo 4.1.3 (BRASIL 1940; CAPEZ, 2018).

Cabe mencionar que o magistrado, em todas as fases da dosimetria não pode utilizar fato próprio, fato que seja inerente, próprio do tipo penal, para elevar a pena, sob pena de *bis in idem*. Nesse sentido, Nucci (2019, p. 1053), leciona que: “O juiz, mormente na fase de eleição do *quantum* da pena, pode terminar, inconscientemente, aplicando duas vezes a mesma circunstância para majorar a pena, o que é indevido [...]”. Assim, o fato que já ensejou a condenação do acusado não poderá ser novamente utilizado nas fases da dosimetria para elevar a pena acima do mínimo legal, senão o juiz incorrerá em *bis in idem*.

Portanto, a dosimetria da pena refere-se ao cálculo que o magistrado realizará para fixar a pena do agente que praticou o crime, obedecendo assim, necessariamente, a ordem estabelecida no artigo 68 do Código Penal, à luz do princípio do devido processo legal e o princípio da individualização da pena, para que o agente tenha a pena individualizada mesmo se praticar em concurso de pessoas e, observando sempre, as circunstâncias que estão sendo aplicadas na dosimetria para que o julgador não cometa o *bis in idem*, ou seja, a aplicação de uma mesma condição duas vezes.

4.1.1 Pena-base

O artigo 68 do Código Penal estabelece as fases que deverão ser seguidas pelo magistrado, sendo, a primeira fase de dosimetria da pena fixada conforme as circunstâncias (estabelecidas no *caput* do artigo 59 do mesmo código) da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do indivíduo, além da observância dos motivos, circunstâncias e consequências acerca do crime, como também, o comportamento da vítima. Com base na análise dessas circunstâncias, a pena-base será fixada entre o mínimo ou máximo legal fixado pelo tipo penal incriminador (BRASIL, 1940; ESTEFAM, GONÇALVES, 2016).

Ressalte-se que o princípio da legalidade, que tem grande importância no momento da aplicação da pena, como já citado no tópico 2.2, está previsto na Carta Magna e no Código

Penal que estabelecem que não há pena sem prévia cominação legal, sendo a quantidade mínima e máxima de pena fixada pelo tipo penal. Assim, há o chamado preceito primário, que estabelece a conduta criminosa, e o preceito secundário, que fixa a pena mínima e a pena máxima para cada delito (BRASIL, 1940; BRASIL, 1988; NUCCI, 2019).

Sendo assim, a pena mínima prevista no preceito secundário do tipo penal serve de base, de piso, de orientação para o juiz iniciar a dosimetria da pena. O juiz deve partir de um ponto, de uma quantidade de pena para iniciar a dosimetria e a análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal. A pena-base prevista no tipo é a quantidade de pena mínima que o juiz deve computar para iniciar a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. A partir daí, o juiz irá individualizar a pena seguindo as circunstâncias aplicáveis ao caso concreto (BRASIL, 1940; NUCCI, 2019).

Assim, para definir a pena-base, o magistrado deverá analisar as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e, conforme leciona Greco (2017, p. 710): “Cada uma dessas circunstâncias judiciais deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica [...]”. Assim, todas as circunstâncias analisadas pelo magistrado devem ser fundamentadas.

Desse modo, dentre as circunstâncias judiciais, há circunstâncias objetivas e subjetivas. As circunstâncias subjetivas são as que se referem ao indivíduo em si e, as objetivas referem-se ao fato, ao crime (CAPEZ, 2018).

A circunstância da culpabilidade é subjetiva e, conforme leciona Sanches (2015, p. 405): “Deve ser alertado, desde logo, a circunstância judicial da "culpabilidade" nada tem a ver com a "culpabilidade" terceiro substrato do crime. Cuida-se, na verdade, do maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente [...]”, portanto, a culpabilidade é uma circunstância que se refere ao nível em que a conduta praticada pelo indivíduo deverá ser desaprovada.

Os antecedentes referem-se a todos os atos praticados pelo agente infrator durante sua vida, especialmente acerca de práticas delituosas, que ficam registrados na folha de antecedentes. Não se deve confundir, porém, reincidência com antecedentes, pois, a reincidência, conforme expressa no artigo 63 do Código Penal, ocorre quando o indivíduo está condenado por outro crime e realiza uma nova conduta criminosa (BRASIL, 1940; GRECO, 2017).

Pelo fato de a reincidência ser característica de circunstância agravante, conforme o Enunciado 241 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância

judicial”, pois, se o julgador aplicar duas vezes as mesmas circunstâncias, ele estará praticando o *bis in idem* (CAPEZ, 2018).

Masson leciona que, antigamente, as ações penais e os inquéritos eram considerados maus antecedentes, mas, atualmente, de acordo com o Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Assim, o juiz não pode basear os maus antecedentes firmados em inquérito ou ação penal que não tenha acabado, pois, não houve o trânsito em julgado. Os maus antecedentes só podem ser considerados se forem por condenações definitivas, transitadas em julgado após o cometimento do crime. (MASSON, 2019).

A conduta social é considerada circunstância subjetiva, por se tratar do agente e seu relacionamento em âmbito profissional, familiar e social. Busca definir como eram os modos em que o indivíduo se comportava para que haja a definição da pena (ESTEFAM, GONÇALVES, 2016; GRECO, 2017).

A personalidade do indivíduo é uma circunstância subjetiva que trata de sua índole, observando-se o perigo que pode trazer para a sociedade, conforme Estefam e Gonçalves (2019, p. 552-553): “[...] As menções mais comuns em sentença são aquelas em que o magistrado fixa a pena-base acima do mínimo por entender que o acusado possui personalidade violenta, por ter sido tal fato mencionado por testemunhas que o conhecem”.

Ressalte-se que acerca de como seria a aplicabilidade da circunstância judicial da personalidade, Greco leciona que essa circunstância não deve ser apontada, pois, ao seu ver, o julgador não possui qualificação para isso, caberia somente ao profissional da área da saúde realizar a análise da personalidade do indivíduo. Noutro passo, Nucci, afirma que o juiz deve sim analisar a personalidade do agente, buscando enxergar os defeitos e as qualidades como pessoa, bem como, ouvir depoimentos testemunhais sobre o réu, analisar como era o comportamento dele e assim, chegar à conclusão acerca da personalidade (GRECO, 2017; NUCCI, 2019).

Os motivos são considerados circunstâncias subjetivas e, de acordo com Capez (2018, p. 673): “são os precedentes psicológicos propulsores da conduta. A maior ou menor aceitação ética da motivação influi na dosagem da pena (praticar um crime por piedade é menos reprovável do que fazê-lo por cupidez) [...]”. Portanto, os motivos referem-se as justificações acerca do crime praticado pelo acusado.

As circunstâncias do crime, por se tratar de como o delito fora praticado, trata-se de circunstância objetiva. Capez (2018, p. 674), demonstra alguns exemplos de circunstâncias: “[...] à duração do tempo do delito, que pode demonstrar maior determinação do criminoso, ao

local do crime, que pode indicar a maior periculosidade do agente; à atitude de frieza, insensibilidade do agente durante ou após a prática [...]”. Já as consequências, como o próprio nome diz, trata da dimensão do resultado causado pelo crime, assim, é considerada também, circunstância objetiva.

Por fim, o comportamento da vítima é circunstância subjetiva e, diz respeito a sua forma de agir, ou seja, se colaborou com a prática delituosa, pois, conforme leciona Capez, existem estudos acerca da vítima que expõem a sua colaboração no delito (CAPEZ, 2018).

Conforme leciona Nucci (2019, p. 1050), a avaliação da aplicação de cada circunstância poderá ser feita através do sistema de pesos: “[...] em escala de pontuação forneceria o seguinte: personalidade = 2; antecedentes = 2; motivos = 2; conduta social = 1; circunstâncias do crime = 1; consequências do crime = 1; comportamento da vítima = 1. O total dos pontos é 10”, logo, as circunstâncias que tem mais pesos são a personalidade, antecedentes e os motivos que levaram o agente a praticar o crime. No entanto, a aplicação de critérios matemáticos previamente definidos não é aceito pela jurisprudência majoritária, pois acabaria por engessar a análise das circunstâncias judiciais no caso concreto e ensejaria ofensa ao princípio da individualização da pena.

Portanto, após o juiz concluir a análise de todas as circunstâncias judiciais subjetivas e objetivas que estão determinadas no artigo 59 do Código Penal, respeitando todos os princípios aplicáveis a pena, em especial ao princípio da legalidade e da individualização da pena, será fixada a pena-base e a partir dela, o julgador passará para as demais etapas da dosimetria da pena, seguindo sempre o critério do artigo 68 do Código Penal.

4.1.2 Circunstâncias atenuantes e agravantes

Após o magistrado fixar a pena-base, como já citado no tópico 4.1.1, ele passará para a segunda fase da dosimetria da pena pela qual deverá verificar as circunstâncias atenuantes e agravantes, conforme o critério trifásico definido no artigo 68 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, o magistrado deverá fundamentar todas as suas decisões nas fases de fixação da pena, pois, assim haverá a regularização do princípio da individualização da pena, garantindo também, o direito de ampla defesa do acusado, pois, conforme o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, se o juiz não fundamentar suas decisões, a sentença será passível de nulidade absoluta (BRASIL, 1988; MASSON, 2019).

Conforme leciona Bitencourt existem as circunstâncias agravantes e as atenuantes

genéricas que são consideradas circunstâncias legais por estarem definidas em lei, logo, as circunstâncias agravantes genéricas, são as que estão definidas nos artigos 61 e 62 do Código Penal de forma taxativa, ou seja, existem apenas estas circunstâncias, esse rol não pode ser alterado, não se podem ser inclusas mais circunstâncias. Já as circunstâncias atenuantes genéricas são as que estão definidas nos artigos 65 e 66 do Código Penal de forma exemplificativa, ou seja, podem ter outras atenuantes denominadas genéricas. Essas circunstâncias também podem estar previstas em legislação extravagante, sendo assim, não se excluem sua aplicação. Tanto as agravantes, quanto as atenuantes, são aplicadas para todas as infrações criminais (BITENCOURT, 2019; MASSON, 2019).

As circunstâncias agravantes e atenuantes, como o próprio nome diz, servem para agravar ou atenuar a pena em proporções que não foram estabelecidas anteriormente, ficando o *quantum* do acréscimo ou da atenuação a critério de cada magistrado, de acordo com as características de cada caso em concreto. Capez leciona ainda que o princípio da legalidade deve ser assegurado no momento que o magistrado define a pena, não devendo a pena ultrapassar o seu mínimo, nem o seu máximo estabelecido (BRASIL, 1940; CAPEZ 2018).

O artigo 61 do Código Penal refere-se as circunstâncias agravantes, elas deverão ser sempre observadas pelo juiz, pois, pelo fato do artigo trazer o termo “sempre”, o juiz não deve ignorá-las. Essas circunstâncias só serão aplicadas quando não se configurarem elementos do crime, portanto, são de reconhecimento obrigatório e de natureza subsidiária, conforme o Enunciado 241 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça que aduz: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial” (BRASIL, 1940; CAPEZ, 2018).

O inciso I do artigo 61 do Código Penal refere-se à reincidência; o inciso II estabelece os casos em que serão consideradas as agravantes e as causas do artigo 62 são aplicáveis quando há o concurso de pessoas. A agravante da reincidência refere-se ao indivíduo que foi condenado em processo penal e contra ele já constava outra condenação por crime com sentença penal irrecorrível. Durante o período de cinco anos após o indivíduo ter cumprido a pena, o indivíduo terá esse prazo para que não cometa outro crime, se o indivíduo praticar novo crime durante esse período, será considerado reincidente (CAPEZ, 2018; NUCCI, 2019).

Conforme o artigo 63 e 64 do Código Penal, o indivíduo é considerado reincidente, tanto no Brasil, quanto no exterior, quando pratica um novo crime após a sentença transitar em julgado. No entanto, o prazo da reincidência se encerra após cinco anos do cumprimento da pena e, caso o indivíduo esteja cumprindo o período do livramento condicional ou *sursis* penal, o prazo dos cinco anos será abatido. O inciso II do artigo 64 aduz: “não se consideram os crimes

militares próprios e políticos”, sendo assim, os crimes militares e políticos não geram reincidência no âmbito comum, somente em legislação específica (BRASIL, 1940; NUCCI, 2019).

Nucci leciona que, para a verificação do indivíduo reincidente deverá ser observado o seguinte: Se o indivíduo foi condenado, com sentença transitada em julgado por um crime e pratica um novo crime, ele será considerado reincidente; se condenado por um crime e praticou uma contravenção, ou, condenado por uma contravenção e pratica uma nova contravenção, ele será considerado reincidente, porém, no caso de ser condenado por uma contravenção e praticar um crime, o indivíduo não será considerado reincidente e, sim, primário, pois, não existe lei que defina (NUCCI, 2019).

As agravantes previstas no inciso II do artigo 61 são autoexplicativas, e demonstram os casos em que serão aplicadas. Desse modo, a primeira causa de agravante é se o indivíduo tiver praticado o crime por motivo fútil que é um motivo desproporcional ou torpe, que é repugnante.

A segunda agravante é aplicada quando o indivíduo pratica um crime e para esconder o crime, ele pratica um novo crime, sendo assim, pelo fato de querer ocultar o crime, gera agravante. Já a terceira agravante, ocorre no caso de o indivíduo praticar o crime mediante a traição que é uma relação de confiança na qual a vítima é traída e atraída para ser vítima do crime, ou se ele utilizou de meios que impossibilitou a defesa da vítima (BRASIL, 1940).

A quarta agravante do artigo 61 do Código Penal, refere-se ao indivíduo que realizou o crime com uso de algum tóxico, meio incendiioso, por meio de ciladas, engano, ou de alguma forma que o crime resultasse em um perigo comum.

A quinta agravante incide no fato do crime ser praticado contra os pais, avôs, filhos, netos, irmão ou cônjuge. A sexta agravante é aplicada nos casos em que há excesso de superioridade ou em relações de poder que existem em ambientes domésticos, onde o indivíduo acaba praticando o crime devido a ascendência que tem com as pessoas que estão convivendo com ele no mesmo ambiente, razão pelo qual tem uma maior penalização (BRASIL, 1940).

A sétima agravante exposta no artigo 61 trata-se dos crimes praticados em decorrência de excesso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão. A oitava agravante refere-se aos crimes praticados contra criança que são consideradas assim até os 12 anos de idade, contra pessoas com mais de 60 anos de idade, contra pessoas doentes, debilitados ou contra gestante.

A nona agravante é aplicada no caso em que o ofendido debaixo da proteção da autoridade, sendo assim, a autoridade terá agravante pois tinha o dever de proteger e não o fez

(BRASIL, 1940).

Por fim, a décima agravante é aplicada quando o indivíduo se aproveita dessas situações para praticar crimes que são: “em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido”. Já a última agravante exposta no Código Penal, refere-se ao indivíduo que se utiliza de drogas lícitas ou ilícitas para “criar” coragem para cometer crime. (BRASIL, 1940).

Existem também a aplicação de agravantes no caso de o indivíduo praticar o crime com outra ou outras pessoas, ou seja, é a prática do crime em concurso de pessoas, porém, Nucci (2019, p. 1088) afirma que: “A expressão *concurso de pessoas* não é exatamente precisa, pois há hipóteses de simples autoria mediata, quando não se vislumbra o autêntico concurso de agentes (art. 62, CP)”.

As agravantes presentes no artigo 62 do Código Penal serão aplicadas: 1- quando o indivíduo desenvolver, criar, ou estabelecer a participação ou guiar a atuação de cada um dos indivíduos; 2- quando impor ou motivar outro indivíduo a consumir o ato criminoso; 3- quando atizar ou ordenar que o outro indivíduo pratique o crime pelo fato de ser inferior a ele ou quando o indivíduo não puder ser punido devido algum fator pessoal; 4- quando praticar o ato criminoso ou contribuir em troca de alguma compensação ou pagamento (BRASIL, 1940).

Acerca das circunstâncias atenuantes, em seu *caput* também é notável a presença do termo “sempre”, sendo assim quando o acusado faz *jus* de alguma circunstância atenuante, o magistrado não pode simplesmente ignorá-la, contudo, o Enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça afirma que “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (existe divergência acerca dessa redução que será tratada mais à frente).

Essas circunstâncias atenuantes estão previstas nos artigos 65 e 66 do Código Penal brasileiro. O inciso I do artigo 65 da lei substantiva penal refere-se à idade do agente, ou seja, na data do ato criminoso, se o indivíduo tiver idade inferior a 21 anos, ou se na data da condenação tiver idade superior a 70 anos, a circunstância atenuante deverá ser aplicada na segunda fase da dosimetria da pena.

Nesse passo, ao comentar a circunstância atenuante prevista pelo inciso I do artigo 65 do Código Penal, o doutrinador Nucci (2019, p. 1093) leciona que: “Da mesma forma que o menor de 21 anos comete o delito colhido pela imaturidade, merecendo a atenuação da pena, o ser humano acima de 70 anos pode fazê-lo premido pelo abalo psíquico que a velhice pode trazer [...]”.

Já o inciso II do artigo 65 do Código Penal brasileiro refere-se ao fato do agente ser

desconhecedor da lei, porém, o artigo 21 do Código Penal, afirma que esse desconhecimento é indesculpável. Ademais, Nucci leciona que se o indivíduo não tinha conhecimento da ilicitude, tampouco, possibilidade de conhecer da lei, ocorrerá a sua absolvição; se o indivíduo não tinha conhecimento da ilicitude, contudo, tinha possibilidade de conhecer da lei, desde que, buscasse se cientificar, essa circunstância seria considerada para fins de causa minorante de pena; se o indivíduo não tinha conhecimento da ilicitude, todavia, mesmo com muita dificuldade tinha possibilidade de conhecer da lei, essa causa será considerada uma circunstância atenuante (BRASIL, 1940; NUCCI, 2019).

Por fim, o inciso III do artigo 65 do Código Penal brasileiro, define várias causas em que poderão ser consideradas como circunstâncias atenuantes: 1 - Se o indivíduo tiver praticado a infração penal por motivo de caráter coletivo, ou seja, refere-se ao que a sociedade pensa, ou de cunho pessoal; 2 - Se o indivíduo praticou o crime, mas, antes do julgamento ele tentou reparar a conduta criminosa praticada como forma de arrependimento, de forma espontânea; 3 - Se o indivíduo praticou um ato criminoso que no caso de coação, poderia ter resistido, cumpriu ordem de superior, mas, sabia que era uma ordem manifestamente ilegal, motivação viciada, ou quando foi provocado pela vítima e acabou cometendo o delito. 4 - Se o indivíduo tiver confessado ser o autor do ato criminoso de livre vontade diante do julgador ou da autoridade policial; 5 - Se o indivíduo agiu no calor da emoção (BRASIL 1940; NUCCI, 2019).

Ressalte-se que as circunstâncias atenuantes do artigo 65 do Código Penal brasileiro, são consideradas atenuantes nominadas e, conforme aduz Capez, as circunstâncias atenuantes inominadas são as que estão estabelecidas no artigo 66 do Código Penal brasileiro, ou seja, são as que não estão expressamente previstas na lei, assim, podem ser anterior ou posterior ao crime, se houver alguma atenuante que não estiver expressa, mas, o juiz a reconhecer, sua redução será obrigatória (BRASIL, 1940; CAPEZ, 2018).

Ademais, o artigo 67 do Código Penal brasileiro, define o que ocorrerá no caso de concurso entre circunstâncias: “No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”, logo, o julgador deverá observar cada caso seguindo essa ordem do artigo para então fazer a aplicação das circunstâncias, mesmo que o referido artigo não faça referência aos menores infratores de 21 anos de idade no dia da infração criminal, a jurisprudência entende que essa é também uma circunstância que se prepondera acerca das outras (BRASIL, 1940; ESTEFAM, GONÇALVES, 2016).

Portanto, após o julgador realizar a definição da segunda fase da pena com base na análise dos artigos 61 a 67 do Código Penal Brasileiro, seguindo o critério trifásico do artigo 68 do mesmo dispositivo normativo legal, observa-se as circunstâncias atenuantes e agravantes, fixando a pena provisória, o julgador passará para a terceira fase da pena, nesse momento o magistrado fixará a pena final.

4.1.3 Causas de diminuição e de aumento de pena

Após o magistrado fixar a pena da segunda fase, ele passará para a terceira fase de cálculo da pena que determina as causas de aumento e de diminuição, que são também chamadas de causas majorantes e minorantes. Encontram-se previstas por todo o Código Penal brasileiro na parte geral e especial indicando sempre um percentual estabelecido ou variável de aumento ou de diminuição de pena. Por exemplo, o artigo 133, §3º do Código Penal brasileiro, define que a pena deverá ser aumentada em um terço se o agente ao praticar o crime de abandono de incapaz incorre nas hipóteses dos incisos I, II e III do referido parágrafo (BRASIL, 1940; BITENCOURT, 2019; MASSON, 2019).

Ressalte-se que, para Masson, na primeira e na segunda fase de dosimetria da pena, não é possível ao magistrado fixar a pena aquém do mínimo, tampouco acima do máximo estabelecido, porém, na terceira fase, se houver causas majorantes ou minorantes é possível a pena ultrapassar seu limite legal (MASSON, 2019).

Assim como existem atenuantes e agravantes genéricas, também existem causas majorantes ou minorantes genéricas que se encontram estabelecidas na parte geral do Código Penal, sendo cabível em todos os crimes, e existem as específicas que se encontram na parte especial do Código Penal ou em legislação extravagante que são as leis esparsas que não estão presentes no Código Penal (MASSON, 2019).

No concurso de causas de majorantes ou minorantes, existindo duas ou mais causas previstas na parte geral do Código Penal, o juiz deverá aplicar uma sobre a outra. Ademais, se estiverem contidas somente na parte especial do código, mesmo que a aplicação seja obrigatória, o juiz deverá aplicar somente uma causa, seja de aumento ou diminuição, desde que se impere a causa que mais aumente ou que diminua a pena e, assim continuamente, pois é assim que dispõe o parágrafo único do artigo 68 do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940; BITENCOURT, 2019; MASSON, 2019). Havendo uma causa majorante e uma minorante, o julgador deverá aplicar a causa que aumenta primeiro e depois a causa que diminui a pena.

Ademais, havendo duas causas majorantes e uma causa já aumentou a pena, a segunda causa deverá aumentar a pena que foi estabelecida pela primeira causa, pois, conforme MASSON e outros doutrinadores, este é o chamado sistema juro sobre juro, do mesmo modo ocorrerá no caso de existirem duas causas minorante, contudo, se não existir nenhuma aplicação de atenuantes, agravantes, causas que aumentem ou diminuam a pena, a pena fixada na primeira fase da dosimetria se tornará a pena permanente (BITENCOURT, 2019; MASSON, 2019).

Portanto, a pena final, ou seja, a definitiva estabelecida na terceira fase não pode desprezar o sistema trifásico de dosimetria da pena, pois, se isso acontecer a sentença será nula, uma vez que estará ferindo o princípio da individualização da pena, previsto na Constituição Federal. Assim, após o magistrado definir o *quantum* da pena, ele determinará o regime de cumprimento inicial da pena, verificando também a hipótese de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou pena de multa, entre outros e, após, o agente irá iniciar a execução da pena estabelecida.

4.2 Da (im)possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria

Como já demonstrado nos capítulos anteriores, na segunda fase da dosimetria da pena é realizada a aplicação das circunstâncias atenuantes e agravantes. Nesse capítulo, faremos menção a possibilidade e a impossibilidade de a pena-base ser reduzida para patamar abaixo do mínimo legal previsto no preceito secundário do tipo ainda na segunda fase da dosimetria da pena, quando estiverem presentes no caso concreto circunstâncias atenuantes.

A impossibilidade de redução da pena tem sido o entendimento majoritário dos nossos Tribunais Superiores, com supedâneo no Enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que aduz: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Sendo assim, a jurisprudência majoritária, ancorada no entendimento esposado pelo já citado Enunciado 231 do Superior Tribunal de Justiça, entende que a redução da pena na segunda fase da dosimetria, mesmo que no caso concreto incidam circunstâncias atenuantes, não pode conduzir à fixação da reprimenda em patamar abaixo do mínimo legal previsto no tipo.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal tratou de uma repercussão geral acerca do tema e também se manifestou a respeito da questão ao julgar o Recurso Extraordinário n. 597.270, pelo qual entendeu inviável a redução da pena aquém do mínimo legal para a hipótese de reconhecimento de atenuante genérica, conforme demonstra a ementa a seguir colacionada:

“Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543 -B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (STF, RE 597.270, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe -104, p. 445 -458).

O Superior Tribunal de Justiça também já se decidiu acerca do tema, conforme jurisprudência abaixo transcrita:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PENA FIXADA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE. SÚMULA 231 DO STJ. PROVIMENTO.

1. **A pena-base fixada no mínimo legal não pode ser reduzida pela presença de atenuante, nos termos da Súmula 231 deste Sodalício.**

2. Recurso provido para reformar o acórdão recorrido, afastando a redução de pena decorrente de atenuante, restando a sanção definitiva em 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, por violação ao art. 157, § 2º, inciso II, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, mantidos os demais consectários da condenação. (REsp 1053179/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2008, DJe 06/10/2008) [grifou-se]

Sendo assim, doutrinadores como André Estefam, Victor Gonçalves e Cleber Masson defendem a impossibilidade de redução com o argumento de que mesmo que o artigo 65 do Código Penal brasileiro afirme que as circunstâncias atenuantes sempre atenuarão a pena, se ela já estiver definida no mínimo na primeira fase, as circunstâncias atenuantes serão inutilizadas na segunda fase do apuramento da pena em decorrência do que determina o Enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (ESTEFAM, GONÇALVES, 2016; MASSON, 2019).

Temos ainda, os doutrinadores Fernando Capez e Guilherme de Souza Nucci lecionam que, apesar da circunstância atenuante na segunda fase de dosimetria da pena ter caráter compulsório, as penas da primeira e segunda fase não deverão exceder o mínimo legal, tampouco o máximo (CAPEZ, 2018; NUCCI, 2019).

Uma das principais justificativas da doutrina majoritária para não se adotar a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal previsto no tipo penal incriminador é que se a pena da segunda fase puder ser fixada abaixo do mínimo se houver aplicação de circunstância atenuante, também se pode fixar além do máximo se houver circunstância agravante, sustentando que, havendo a fixação da pena além do máximo haveria o desrespeito ao que estabelece o princípio da legalidade e fixada aquém do mínimo faria com que a pena perdesse seu encargo intimidador (JUNQUEIRA, VERGOLIN, 2019).

Em sentido oposto à justificativa dada pela corrente majoritária, os doutrinadores Junqueira e Vergolin (2019) discordam, afirmando que não existe nenhuma exclusão legal do encargo intimidador da pena, e sim o oposto, podendo haver o cálculo indevido da pena e a punição excessiva ao ser desprezada a aplicação da circunstância atenuante a que faz *jus* o condenado.

Logo, temos o entendimento contrário, embora minoritário, que defende a possibilidade de redução da pena na segunda fase da dosimetria quando a pena-base tiver sido aplicada no mínimo. Assim, em que pese o tema ter sido sedimentado pelo Enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, há questões relevantes acerca da individualização da pena que merecem análise acurada.

Ressalte-se que atualmente não há impedimento legal para aplicação da pena aquém do seu mínimo legal, pois, ao analisar o artigo 65 do Código Penal brasileiro, verifica-se que o legislador deixou claro a possibilidade de redução, ao enfatizar que as circunstâncias atenuantes sempre deverão atenuar a pena.

Portanto, todo entendimento em sentido contrário ao que expressamente estabelece o artigo 65, *caput*, do Código Penal brasileiro estaria violando os princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade, da legalidade e do devido processo legal.

Sendo assim, conforme leciona a doutrina de César Roberto Bitencourt (2019, p. 839): “[...] previsão como essa contida nesse dispositivo do Código Penal assume a condição “normas complementares” (uma lei delegada *sui generis*), na medida em que cumpre a função de dar efetividade ao princípio *constitucional da individualização* da pena (art. 5º, XXXIX e XLVI)”.

Ademais, o professor Greco (2017, p. 733), defensor da possibilidade de redução da pena, leciona que: “[...] O art. 65 não faz sempre, essa ressalva, pelo contrário, determina expressamente, por intermédio do advérbio que a pena deverá ser diminuída caso exista alguma circunstância atenuante”. Ele afirma ainda que esse tema é um grande instrumento de discussão, uma vez que, o direito do indivíduo de ter uma pena fixada abaixo do mínimo é impossibilitado, pelo simples fato de a pena já estar no mínimo legal.

Nessa mesma toada, Luiz Regis Prado também defende a possibilidade de redução da pena, afirmando que no atual Código Penal brasileiro, que adotou o sistema trifásico de dosimetria da pena, criado por Nelson Hungria, não existe nenhuma norma estabelecida que impossibilite que a pena seja fixada aquém do mínimo (PRADO, 2019). Muito pelo contrário, o artigo 65 do Código Penal brasileiro prevê as circunstâncias atenuantes e ainda ressalta, de forma expressa, que elas sempre deverão atenuar a pena, e sempre significa em toda e qualquer

hipótese, sem exceção, portanto, o termo “sempre” presente no referido artigo é um advérbio, sendo assim, não pode ser alterado e a sua aplicação é obrigatória, pois, o legislador não incluiria esse advérbio se a pena não pudesse ser fixada abaixo do mínimo legal.

Nesse sentido, de acordo com o artigo 59 do Código Penal que estabelece a fixação da pena-base, ele define que a pena não poderá ultrapassar seus limites legais, porém, na segunda fase, não tem nada que proíba, nesse caso, podemos fazer, inclusive, uma interpretação sistemática com a lei 9.605 de 1998, que prevê os crimes ambientais e, no caso de circunstâncias atenuantes, no *caput* do artigo 14 estabelece: “São circunstâncias que atenuam a pena”

Acerca da possibilidade de redução, o próprio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar um *habeas corpus*, já reconheceu que é possível a fixação definitiva da pena abaixo do mínimo legal na hipótese em que a pena-base é fixada no mínimo e se reconhece a presença de circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria, conforme ementa a seguir colacionada:

PENAL. PENA. INDIVIDUALIZAÇÃO. PENA-BASE. GRAU MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. INCIDÊNCIA. REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. - **No processo trifásico de individualização da pena é possível a sua fixação definitiva abaixo do mínimo legal na hipótese em que a pena-base é fixada no mínimo e se reconhece a presença de circunstância atenuante, em face da regra imperativa do art. 65, do Código Penal, que se expressa no comando literal de que tais circunstâncias sempre atenuam a pena.** - Habeas-corpus concedido. (STJ - HC: 9719 SP 1999/0048425-8, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 30/06/1999, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.10.1999 p. 130) [grifo nosso]

Outro doutrinador que defende a possibilidade de fixação definitiva da pena abaixo do mínimo legal na hipótese em que a pena-base é fixada no mínimo e se reconhece a presença de circunstância atenuante é Cesar Roberto Bitencourt (2019, p. 846) trazendo o entendimento de que: “[...] a conclusão é inarredável, a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, *venia concessa*, carece de adequado fundamento jurídico, afrontando, inclusive, os princípios da individualização da pena e da legalidade estrita”.

Conforme já citado no tópico 2.1 sobre o princípio da individualização da pena, o significado do termo individualização expressa no dicionário jurídico de Plácido e Silva (2016, p. 1945): “[...] se mostra singular e é indivisível, tem na linguagem jurídica o mesmo sentido de *demonstração, caracterização, definição*, em virtude do que as coisas ou as pessoas são *descritas* com os sinais característicos ou peculiares, que as tornam distintas umas das outras”, assim, o mesmo entendimento de individualização acarreta-se para individualização.

Desse modo, é notável a grande influência do princípio da individualização da pena para que haja a aplicação de uma pena justa e individualizada ao indivíduo, pois, uma vez fixada

a pena-base no mínimo legal, se houver apenas circunstâncias atenuantes a serem aplicadas, estas não devem ser simplesmente ignoradas no cálculo da pena, pois, quando há a ausência dessa aplicação que traria benefícios ao acusado, há o grave ferimento do princípio constitucional da individualização da pena, da proporcionalidade, da legalidade e do devido processo legal.

Diante disso, quando há a possibilidade de uma aplicação de uma circunstância atenuante sob a pena-base e, o julgador deixa de aplicar o benefício que a lei reconhece como de direito potestativo do acusado, além de estar infringindo o princípio da individualização da pena, também está infringindo o princípio da legalidade e de devido processo legal, ignorando o termo “sempre” propositadamente incluído pelo legislador no artigo 65 do Código Penal brasileiro, segundo o qual: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena”[grifo nosso].

Ao estudar o tema, aduz Bitencourt (2019, p. 846) que: “Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado a pena justa [...]”.

Sendo assim, a negativa de fixação da pena abaixo do mínimo legal em razão da circunstância atenuante reconhecida na sentença encontra justificativa no Enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porém, deve-se destacar os novos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, notadamente, o adotado pelo Tribunal de Justiça do Paraná que reconheceu, ao decidir a ACR 0014573-03.2016.8.16.0021, que a referida súmula ofende o princípio constitucional da individualização da pena, conforme ementa abaixo transcrita:

EMENTA: I – JUÍZO DE CONFORMIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, RECONHECENDO A INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ E, CONSEQUENTEMENTE, PELA REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DE SEU MÍNIMO LEGAL. II – DECISÃO DO 1º VICE PRESIDENTE FAZENDO RETORNAR OS AUTOS PARA ESSA CÂMARA PARA EXERCÍCIO DE JUÍZO DE CONFORMIDADE ENTRE A DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL E O ACÓRDÃO RECORRIDO. III – ACÓRDÃO MANTIDO. APLICAÇÃO DA CABEÇA DO ART. 1041 DO NOVO CPC. SÚMULA 231 QUE OFENDE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PRECEDENTES. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA DAQUELA SÚMULA PELA SÚMULA 545 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IV – MANUTENÇÃO DO ACORDÃO POR MAIORIA DE VOTOS. (TJPR - 3ª C.Criminal - 0014573-03.2016.8.16.0021 - Cascavel - Rel.: Desembargador Jorge de Oliveira Vargas - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Desembargador Luís Carlos Xavier - J. 09.12.2019) [grifo nosso]

Sendo assim, a norma penal, por força do artigo 65 da lei substantiva penal, estabelece que a atenuante, quando for reconhecida nos autos, deve ser sempre aplicada, sob pena de nulidade da decisão, por negar vigência à norma infraconstitucional. Além disso, a não aplicação da atenuante em tais hipóteses vulnera o princípio da individualização da pena, da proporcionalidade, do devido processo legal e o da legalidade, uma vez que a lei é taxativa e configura direito potestativo do acusado.

Ressalte-se mais uma vez que, atualmente, não existe norma legal que proíba a aplicação de circunstância atenuante na segunda fase da dosimetria da pena, o que existe é norma que determina expressamente a sua aplicação, conforme o artigo 65 do Código Penal brasileiro (BITENCOURT, 2019).

Com efeito, o princípio da proporcionalidade também está sendo gravemente ferido, uma vez que, a Constituição Federal assegura ao indivíduo que sua pena será aplicada de forma proporcional ao delito, desse modo, nos resta o questionamento: é proporcional ignorar a aplicação da circunstância atenuante (prevista no artigo 65 do Código Penal) na segunda fase da dosimetria da pena apenas pelo fato da pena já estar fixada no mínimo? Por óbvio, não será aplicada uma pena proporcional ao indivíduo que faz *jus* ao direito, pelo contrário é ignorado a regra constitucional e o mandamento do próprio artigo penal, conforme jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

PENAL – LATROCÍNIO – CONDENAÇÃO – PENA-BASE FIXADA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – PRESENÇA DAS ATENUANTES DE MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – POSSIBILIDADE – NÃO ACOLHIMENTO DA SÚMULA 231, DO STJ.
 1 – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUANDO CONSAGRA O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL, O FAZ COMO GARANTIA INDIVIDUAL DO RÉU, DAÍ PORQUE A SUA SEGURANÇA SE ESTABELECE NA CERTEZA DE QUE PENA JAMAIS PODERÁ SER IMPOSTA ALÉM DO MÁXIMO, INEXISTINDO ÓBICE À SUA FIXAÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO.
 2 – SEM OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL, VALE A EXPRESSÃO CATEGÓRICA DO ARTIGO 65, DO CÓDIGO PENAL, VAZADA NO ADVÉRBIO TEMPORAL “SEMPRE”.
 3 – SÃO CIRCUNSTÂNCIAS QUE SEMPRE ATENUAM A PENA, V.G., A MENORIDADE DO RÉU E A SUA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.
 4 – RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA REDUZIR A PENA DEFINITIVA, FIXANDO-A UM POUCO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. (APELAÇÃO CRIMINAL 20010111199026APR DF. Acórdão nº 188464. 1ª Turma Criminal. Relator: EDSON ALFREDO SMANIOTTO. Julgamento em 24/04/2003; DJU: 22/04/2004) [grifo nosso]

Assim, o Enunciado 231 do Superior Tribunal de Justiça deveria ser revisto, pois, o entendimento doutrinário, bem como, a jurisprudência majoritária entende que a pena pode ser fixada abaixo do mínimo legal na terceira fase da dosimetria, quando presente uma causa

de diminuição, porém, de forma no mínimo incoerente, entende que não pode ser reduzida em face das circunstâncias atenuantes na segunda fase quando a pena-base tiver sido fixada no mínimo. Portanto, a expressão do termo “sempre” presente no artigo 65 do Código Penal, deve ser observado, sendo assim, não se pode haver exceção.

Ademais, de nada adiantaria, por exemplo, a realização de confissão espontânea pelo réu, quando a pena-base já estivesse fixada no mínimo legal, pois referida atenuante não importaria na redução de sua pena. Logo, nesse caso, seria melhor o acusado valer-se do princípio da não auto-incriminação, permanecendo em silêncio, já que a confissão não lhe traria qualquer benefício.

No mesmo sentido, se fossem dois indivíduos agindo em concurso de pessoas e a pena-base de um deles fosse fixada no mínimo legal, e ele não fizesse *jus* a nenhuma circunstância atenuante, enquanto o outro réu, menor de 21 anos, também com a pena-base fixada no mínimo legal, porém com a atenuante da menoridade a seu favor, os dois indivíduos teriam a mesma pena?

É notável a injustiça que a não aplicação do princípio da individualização da pena traz quando nos deparamos com a referida situação, pois, no cálculo da pena, uma vez aplicada a pena-base no mínimo legal, a circunstância atenuante é meramente ignorada e, os dois agentes terão suas penas iguais, tanto o favorecido pela atenuante, como o outro agente, situação essa que fere o princípio da individualização da pena, desaconselhando-se, por conseguinte, a interpretação literal do Código Penal brasileiro (GRECO, 2017).

Conclui-se que atualmente não há impedimento legal para redução da pena aquém do seu mínimo legal na segunda fase da dosimetria. Ao analisar o artigo 65 do Código Penal brasileiro, verifica-se que o legislador deixou claro que as circunstâncias atenuantes sempre devem atenuar a pena.

Portanto, todo entendimento em sentido contrário estaria violando os princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade, da legalidade e do devido processo legal, pois, entende-se que se na terceira fase a pena pode ser fixada aquém do mínimo, de maneira que na segunda fase não se pode ignorar a aplicação da atenuante mesmo que a pena-base esteja fixada no mínimo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, chegamos à conclusão de que é possível se reduzir a pena abaixo do seu mínimo legal, pois, caracteriza direito potestativo do acusado, de forma que o seu não reconhecimento afronta os mandamentos constitucionais estabelecidos na Carta Magna de 1988, em especial, o princípio da individualização da pena, da legalidade, do devido processo legal e da proporcionalidade, como fora demonstrado.

Sendo assim, mesmo que o entendimento afirmado por nossos Tribunais Superiores e doutrinas majoritárias adotem o posicionamento de não ser possível a redução da pena tendo como base o Enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, resta demonstrado que, essa posição não possui nenhuma justificativa nos dispositivos legais do Código Penal, notadamente no que dispõe o artigo 65, aliás, o que traz consigo é uma rigorosa ofensa aos princípios do Direito Penal consagrados pela Carta Magna, sobretudo, os princípios da individualização da pena, legalidade e proporcionalidade.

Dessa forma, entende-se que essa jurisprudência adotada por nossos Tribunais, é a única razão que bloqueia a aplicação das circunstâncias atenuantes, afrontando assim, o que estabelece a norma penal, bem como, afronta e ignora os princípios que são garantidos pela Constituição Federal.

Ademais, conforme tratado no presente trabalho, a aplicação das circunstâncias atenuantes e a consequente redução da pena não deve ser ignorada, mesmo que a pena-base seja fixada no mínimo legal, pois, se o indivíduo faz *jus* a elas e o julgador não as aplica, o acusado terá uma punição exacerbada, que interfere desde a espécie de pena que será definida, seu regime de cumprimento e até na prescrição punitiva ou executória.

Diante disso, ao analisar as três fases de aplicação da pena, não há nada que impõe que na segunda fase da aplicação da pena, o julgador ficará limitado ao mínimo fixado no tipo penal, pois, caso ocorra, o julgador estaria acatando o sistema bifásico e incidindo em clara inconstitucionalidade, por ferir os princípios da legalidade e da individualização da pena.

Por fim, determinados Tribunais de Justiça, em especial, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Tribunal de Justiça do Paraná, adotam essa tese e aplicam a redução da pena-base aquém do mínimo legal, garantindo ao indivíduo todos os seus direitos constitucionais e infraconstitucionais.

Portanto, verifica-se que não é ilícito reduzir a pena-base aquém do mínimo legal na segunda fase, pelo contrário, é um flagrante desrespeito ao que está expressamente determinado no artigo 65 do Código Penal brasileiro, pois ele objetiva, principalmente, a proteção do indivíduo, sendo assim, sua proibição afronta os mandamentos fundamentais do nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Declara Fernando Henrique Cardoso. **Brasília, 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 21 de mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1053179/RS.** Quinta turma. Relator: Min. Jorge Mussi. Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800868681&dt_publicacao=06/10/2008. Acesso em: 06 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 597.270 QO-RG/RS.** Relator: Min. Cezar Peluso. Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28597270%2ENUM%2E+OU+597270%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/yyvwzgm>. Acesso em: 04 maio 2020.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Declara Jair Messias Bolsonaro. **Brasília, 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 de mar. 2020.

_____. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Declara o Presidente da República Getúlio Vargas. **Brasília, 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. **HC: 9719 SP 1999/0048425-8.** Sexta turma. Relator: Min. Fernando Gonçalves. São Paulo, 1999. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900484258&dt_publicacao=25/10/1999. Acesso em: 06 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal. **20010111199026APR DF.** Acórdão nº 188464. Primeira Turma Criminal. Apelante: Vanderlei Ferreira de Paiva. Apelante: Anderson Leonardo da Silva. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Edson Alfredo Smaniotto. Julgamento em 24/04/2003; DJU: 22/04/2004. Brasília, 2003. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 27 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Criminal. **0014573-03.2016.8.16.0021.** Terceira Vara Criminal de Cascavel. Apelante(s): Valdinei Antunes Campos e Evellin Talita da Silva Vieira. Apelado(s): Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Desembargador Luís Carlos Xavier. Paraná, 2019. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000005349911/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0014573-03.2016.8.16.0021>. Acesso em: 05 maio 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral (arts. 1º ao 120). 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Declara a Assembléia Constituinte composta por 559 congressistas, sendo Ulysses Guimarães, o presidente da Assembléia. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Pena**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MOTA, Sylvio. **Direito Constitucional**: teoria, jurisprudência e questões. 24. ed. São Paulo: Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral arts. 1º ao 120. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**: parte geral (arts. 1º ao 120). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu Senhor Deus, por me dar o dom da vida, por me guiar com sabedoria e paciência nessa caminhada e, hoje, me possibilitar agradecer a todos.

Ao meu professor e orientador Bruce Flávio de Jesus Gomes que me ensinou bastante nos estágios obrigatórios realizados no Fórum do Gama e me acompanhou em todos os recursos que fiz, em especial, aos recursos que fiz acerca desse tema. Sou grata também, por toda a paciência, ensinamentos e incentivos durante a elaboração desse trabalho.

Ao Coordenador e Professor do Curso de Direito da UNICEPLAC, Luís Felipe Perdigão Castro que, no início do curso, quando eu estava totalmente perdida, me deu palavras de incentivo e acreditou na minha capacidade. Minha eterna gratidão.

Aos meus pais e irmãs pela paciência, incentivo, pelo o amor incondicional, enfim, por tudo que fizeram por mim durante essa longa caminhada, saibam que vocês foram o meu apoio, minha base para a conclusão desse curso.

Ao meu esposo Helder Cabral por estar comigo em todos os momentos e por toda a compreensão, carinho e apoio durante a elaboração desse trabalho.

Ao melhor professor de Direito Penal e Processual Penal, José Carlos Júnior (in memoriam) conhecido como Gaúcho, por lecionar de forma maravilhosa, sempre repleto de sabedoria e paciência, agradeço do fundo do meu coração.

Aos meus amigos Marcos Antônio e Leandro Rodrigues, meu eterno agradecimento por caminharem ao meu lado nessa nossa jornada acadêmica, por todo o conhecimento que adquirimos juntos, por aguentarem meus surtos em dias de provas, por todas as palavras de motivação e também os puxões de orelha. Agradeço em especial, aos nossos momentos de alegria, saibam que vocês fizeram toda a diferença, por isso, esse trabalho também é de vocês.

Por fim, meu eterno agradecimento à todas as pessoas que me incentivaram e estiveram ao meu lado e aos que não me incentivaram também, pois, de certa forma, me influenciaram a concluir mais uma etapa da minha vida!