

## SÚMULA Nº 231

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

Referência:

REsp 7.287-0-PR (6ª T, 16.04.1991 – DJ 06.05.1991)  
REsp 15.691-0-PR (6ª T, 01.12.1992 – DJ 03.05.1993)  
REsp 32.344-0-PR (6ª T, 06.04.1993 – DJ 17.05.1993)  
REsp 46.182-0-DF (5ª T, 04.05.1994 – DJ 16.05.1994)  
REsp 49.500-8-SP (5ª T, 29.06.1994 – DJ 15.08.1994)  
REsp 146.056-0-RS (5ª T, 07.10.1997 – DJ 10.11.1997)

Terceira Seção, em 22.09.1999.

DJ de 15.10.1999, p. 76.



**RECURSO ESPECIAL Nº 7.287 – PR**

(Registro nº 91.0000481-2)

Relator: Ministro William Patterson  
Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná  
Recorrido: Sebastião Marques Cano  
Advogado: Antônio Carlos Menegassi

**EMENTA:** Penal – Pena – Fixação – Critérios.

Se a redução da pena importou em fixá-la abaixo do mínimo legal, por força de equivocado critério na ordem de consideração de causa especial de aumento e de atenuante, merece reforma a decisão.

Recurso especial conhecido e provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento, para cassar o acórdão recorrido e, em consequência, restabelecer a sentença de 1ª grau no tocante à pena aplicada ao réu Sebastião Marques Cano, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite e Vicente Cernicchiaro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido. Custas, como de lei.

Brasília-DF, 16 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 06.05.1991.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON: Ao ser julgada pela egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná a Apelação nº 487/1989, seu eminente Relator, Desembargador Martins Ricci, expôs a matéria discutida nestes autos, nos seguintes termos:

“Valdeci Cruz Ramiro, Sebastião Marques Cano e Denir Barbosa de Oliveira foram denunciados pelo representante do Ministério Público como incurso, os primeiros, nas sanções dos arts. 155, § 4º, inc. IV, c.c. o art. 29, **caput**, do Código Penal, 171, **caput**, c.c. os arts. 29, **caput**, e 71, **caput**, do mesmo **Codex** e art. 1º da Lei nº 2.252, de 01.07.1954, observada a regra do art. 69, **caput**, do Código Penal; e o último, nas sanções do art. 171, **caput**, do Código Penal. Narra a denúncia que no dia 11 de junho de 1985, Sebastião e Valdeci subtraíram do interior de um veículo pertencente à vítima, Joaquim Francisco da Silva Pinto, um toca-fitas e um talonário de cheques do Banco Brasileiro de Descontos S/A. De posse do talonário preencheram as folhas com diversos valores, assinando-as apocrifamente e, juntamente com Denir e o menor Samoel Rodolfo Machado, passaram a descontá-los no comércio da região.

Concluída a instrução criminal e apresentadas as alegações finais, o Dr. Juiz **a quo** julgou parcialmente procedente a denúncia e, absolvendo Sebastião e Valdeci do crime de corrupção de menores, por insuficiência de provas, condenou os réus às seguintes penas:

a) Valdeci Cruz Ramiro: 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto e pagamento de 20 (vinte) dias-multa no valor mínimo a unidade, por infração aos arts. 155, § 4º, IV, e 171, **caput**, (sete vezes) c.c. os arts. 29 e 71, todos do Código Penal;

b) Sebastião Marques Cano: 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto e 20 (vinte) dias-multa, no valor mínimo a unidade, como incurso nas sanções dos arts. 155, § 4º, IV, e 171, **caput**, (três vezes) c.c. os arts. 29 e 71, todos do Código Penal;

c) Denir Barbosa de Oliveira: 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal a unidade, pela prática de estelionato, concedendo-se-lhe *sursis*.

Inconformados com a decisão, tempestivamente apelaram os réus através de defensor constituído, protestando por apresentarem as razões na superior instância, não o fazendo, contudo, quando lhes foi aberto prazo.

A douta Procuradoria Geral da Justiça, a exemplo do Dr. Promotor de Justiça, opinou, preliminarmente, pela declaração de extinção da punibilidade de Valdeci, pela prescrição retroativa e pelo improviamento do apelo dos demais réus.”

A decisão colegiada está resumida no acórdão prolatado, **verbis**:

“1) Apelação. Razões. Ausência. Recurso conhecido. Reexame dos pontos decididos.

2) Prescrição retroativa. Concurso material de infrações. CP, art. 11. Prazo para cada crime contado isoladamente. Menoridade. Redução do prazo. CP, art. 115, extinção da punibilidade decretada **ex officio**, CF. CP, arts. 107, IV, 109, V, 110, § 1º, 115 e 119, e CPP, art. 61, **caput**. Mérito do recurso prejudicado.

3) Confissão espontânea. Atenuante obrigatória. CP, art. 65, III, **d**. Redução **ex officio** da pena, ao mínimo legal.

4) Apelo provido, em parte, para esse fim.”

Os embargos declaratórios opostos pelo Ministério Público Estadual (fls. 256/257), não foram acolhidos, conforme decisão de fls. 262/265.

Com as razões de fls. 267/282, o Ministério Público interpôs recurso especial fundado nas letras **a** e **c** do dispositivo constitucional, “para o fim de ser reformada, pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, a prestação da tutela jurisdicional, consubstanciada nos vv. acórdãos increpados, restabelecendo-se **concessa venia**, o juízo de reprovabilidade fixado em 1º grau (cf. fl. 223) para o réu recorrido Sebastião Marques Cano”. Como reforço de seus argumentos cita lições doutrinárias e transcreve julgados divergentes da decisão recorrida.

Admitido o recurso pelo r. despacho de fls. 291/294, subiram os autos a esta Corte, onde o Ministério Público Federal, dignamente representado pela Subprocuradora-Geral da República, Dra. Márcia Dometila Lima de Carvalho, endossando o entendimento do MPE, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que se restabeleça a sentença monocrática (fls. 298/300).

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Relator): O recurso especial propugna pela reforma do aresto ao fundamento de que, ao ser reduzida a pena do réu Sebastião Marques Cano, pela Corte Estadual, importou isso em fixar sanções inferiores ao mínimo legal, o que não é possível,

por força do disposto nos arts. 65, IV, **d**, 67, 68 e 71, do Código Penal, além de contrariar a orientação jurisprudencial de outros tribunais, inclusive o Egrégio Supremo Tribunal Federal. O equívoco decorreu do critério de consideração de uma atenuante após a incidência de uma circunstância de aumento ou diminuição, conforme se extrai dessas explicações colocadas no petítório:

“Pois bem, no caso em tela, o réu-recorrido (Sebastião Marques Cano, vulgo “Tião”) fora condenado à pena mínima, tanto no furto qualificado como no estelionato (respectivamente, 2 anos e 1 ano de reclusão). A continuidade delitiva estabelecida em 1/3 (o mínimo seria 1/6). Portanto, a reprimenda restou fixada em 3 anos e 4 meses de reclusão (para ambos os delitos). O mínimo, em tese (alterada a continuidade) seria 3 anos e 2 meses de reclusão. No entanto, inatacada a fração da continuidade, fixadas as penas para os crimes no mínimo, a atenuante admitida estaria neutralizando a majorante e atuando sobre a circunstância genérica de aumento (majorante). Conseqüentemente, **in concreto**, a pena total e final não poderia ter sido reduzida mediante a incidência da atenuante estabelecida no art. 65, IV, letra **d**, do Código Penal.”

Demonstrou o recorrente que, em momento algum da nossa história legislativa foi permitido estabelecer-se pena inferior ou superior ao mínimo legal, em razão de sistemas de aplicabilidade. Ressaltou que tanto no regime bifásico como no trifásico, este último consagrado atualmente no Código, estava afastada a hipótese.

As lições doutrinárias trazidas à colação são expressivas desse entendimento, consoante se lê desses lances da brilhante peça recursal:

“Hoje, com a alteração oriunda da Lei nº 7.209/1984, o Código Penal (**ex vi** arts. 59 e seu inciso II, 67 e 68) impõe a observância do sistema trifásico do saudoso mestre **Hungria**. De uma forma ou de outra, seja na legislação de 40, seja na atual (Lei nº 7.209/1984), qualquer que seja o método (de **Lyra** ou de **Hungria**, este, agora, obrigatório), as agravantes e as atenuantes não poderiam, e não podem, levar a resposta penal **in concreto** para fora dos limites de mínimo e máximo estabelecidos para a infração criminal reconhecida.

No sentido supra, **Damásio E. de Jesus** (*in* Direito Penal, vol. 1, p. 506, 1985) ensina que: ‘Em face de uma circunstância agravante ou atenuante, nem sempre a aplicação de seu efeito é obrigatória. Isso

porque, tratando-se de circunstâncias legais genéricas, a pena não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo. Suponha-se que o juiz, atendendo ao art. 59, **caput**, fixe a pena no mínimo (pena-base). Na segunda operação, encontra uma atenuante. A pena não pode ser inferior ao mínimo legal'. Assim, também, **Heleno C. Fragoso** (in Lições de Direito Penal, PG, p. 355, 7ª ed., 1985): 'As circunstâncias legais atenuantes são de aplicação obrigatória. Elas atuam diminuindo a reprovabilidade da ação e, pois, da culpabilidade. Não pode, porém, a pena ser diminuída abaixo do mínimo da escala legal'. Por igual, tem-se a ensinança de **Juarez Cirino dos Santos** (in Direito Penal, 1985, Forense, p. 250), para quem 'as circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas (incluídas as do concurso de pessoas) não podem exceder os limites mínimo e máximo da pena cominada ao tipo legal'.

Em síntese, o critério do pranteado mestre **Hungria**, que já era utilizável na legislação anterior (cf. orientação do Pretório Excelso), está delineado na própria 'Exposição de Motivos' da Lei nº 7.209/1984: 'Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em segunda, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento' (item 51). Uma simples leitura, até despreziosa, dos arts. 59, inciso II, 67 e 68 do atual Código Penal (outrora, de forma implícita, nos artigos 42, 49, parágrafo único, e 50 do Código Penal), evidencia, historicamente, a preferência pelo sistema trifásico (evitando lapsos e abusos na aplicação da resposta penal)."

Outra não é a compreensão dada ao problema, de forma predominante, na jurisprudência indicada no recurso, **verbis**:

"Quanto à impossibilidade de se reduzir a sanção penal abaixo do mínimo com fulcro no reconhecimento de atenuante (genericamente), tem-se a ensinança contida no v. aresto do HC nº 63.707-SP, doutra Primeira Turma (Relator: Sr. Ministro Sidney Sanches), publicada na RTJ 118/928-929 (xerox em anexo).

Diz a ementa do v. aresto:

'Pena. Fixação. Menoridade.

Circunstância atenuante, que todavia, não pode implicar redução da pena fixada no mínimo legal. Precedentes.

**Habeas corpus** indeferido' (RTJ 118/928).

No corpo do v. julgado consta:

‘É da jurisprudência desta Corte o entendimento de que as circunstâncias atenuantes, como, por exemplo, a da menoridade, embora de aplicação obrigatória, não podem, entretanto, ao contrário das causas de diminuição, implicar redução de pena abaixo do mínimo legal, conforme os precedentes mencionados no voto do eminente Ministro Néri da Silveira quando do julgamento do HC nº 61.467, que ostenta a seguinte ementa, **verbis**:

‘.....

A circunstância de ser o réu menor de vinte e um anos, à data dos fatos delituosos, não conduz à imposição da pena abaixo do mínimo legal. **Habeas corpus** indeferido’ (in RTJ 114/1.027)’ (RTJ 118/929).

Ainda sobre o tema, a divergência se perfaz com o v. aresto no HC nº 61.467-SP, da douta Primeira Turma (Relator: Sr. Ministro Néri da Silveira), publicada na RTJ 114/1.027-1.031 (xerox em anexo). Neste v. julgado, o Pretório Excelso reitera o ensinamento superior no sentido de que as atenuantes não possuem as características de minorantes, não podendo, daí, fazer com que a pena privativa de liberdade possa ficar abaixo do mínimo estabelecido para o tipo penal.

Diz a ementa do v. aresto:

‘**Habeas corpus**. Roubo qualificado e extorsão, sendo o último sob forma continuada. Concurso material. Código de Processo Penal, art. 383. Não se trata de hipótese do art. 384, parágrafo único, do mesmo diploma legal. A circunstância de ser o réu menor de vinte e um anos, à data dos fatos delituosos, não conduz à imposição da pena abaixo do mínimo legal. **Habeas corpus** indeferido’ (RTJ 114/1.027).

Consta sobre o **punctum saliens**, o seguinte:

‘Quanto à co-ré, Maria Vanderlei dos Santos, bem demonstraram as informações que a pena imposta, de referência a ambos os delitos, circunscreveu-se ao mínimo legal. A circunstância de ser menor de vinte e um anos, à data dos fatos delituosos, não conduz à imposição da pena, abaixo do limite mínimo’ (RTJ 114/1.030).”

Como contribuição, para reforçar o elenco desses julgados, cito recentíssimo acórdão do Pretório Excelso onde a tese foi firmemente corroborada. É o que se extrai da ementa pertinente ao HC nº 68.339-8-DF, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves (DJ de 15.03.1991):

“**Habeas corpus.** Pena-base estabelecida no mínimo legal. Menoridade do réu.

Ainda que o magistrado tenha ignorado a menoridade do réu na data do fato, circunstância expressa de atenuação legal – artigo 65, I, CP –, todavia pôs a sanção no mínimo legal, de sorte que, mesmo reconhecida fosse tal atenuação, por não se confundir com causa especial de diminuição de pena, a pena-base não poderia estar aquém do mínimo legal.

**Habeas corpus indeferido.”**

É certo, no dizer de **Nelson Hungria**, que as causas especiais de aumento ou diminuição permitem resultado abaixo ou acima dos limites estabelecidos na lei, e, por isso mesmo, essas causas devem ser consideradas após a aplicação das agravantes ou atenuantes, que não têm aquele efeito. Tal critério não foi observado, no caso sob exame, ensejando, destarte, a reforma cogitada.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para cassar o v. acórdão recorrido e, em consequência, restabelecer a sentença de 1º grau, no tocante à pena aplicada ao réu Sebastião Marques Cano.

#### VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, acompanho as doulas considerações de V. Exa. A pena é cominada em lei, não podendo – até por garantia, tanto da acusação, como da defesa – ser alterada pelo juiz. Este poderá, segundo o critério de oportunidade e conveniência, em função do caso concreto, aumentá-la ou reduzi-la, dentro dos limites da cominação, que é a hipótese de agravante ou atenuante. Causa especial de diminuição de pena é redução feita em tese pela própria lei, o que mostra que a hipótese é diferente.

Quanto à agravante e atenuante, realmente os limites são rígidos. Não pode haver modificação, nem para favorecer nem para prejudicar.

**RECURSO ESPECIAL Nº 15.691 – PR**

(Registro nº 91.0021212-1)

Relator originário: Ministro Pedro Aciole  
Relator designado: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro  
Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná  
Recorridos: Roberto Carlos da Silva e outros  
Advogados: Júlio César Ferreira da Silva, Miguel Édio Giampietro, Osmair Ferreira, Maurício Souza Bochnia e Vergílio Alberto Trevisan

**EMENTA:** *REsp – Penal – Pena – Atenuante.*

O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A cominação (**in abstracto**) não se confunde com a aplicação (**in concreto**). A atenuante não se confunde com a causa especial de diminuição da pena. A primeira enseja o juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base. A redução, pois, não pode transpor o mínimo fixado na lei. A segunda, sim, conduz a grau menor porque o legislador afetou o **quantum** da cominação.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por maioria, vencido o Sr. Ministro-Relator, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília-DF, 1ª de dezembro de 1992 (data do julgamento).

Ministro JOSÉ CÂNDIDO, Presidente.

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Relator designado.

---

Publicado no DJ de 03.05.1993.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná em razão de decisão

proferida pela egrégia Terceira Câmara do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, nos seguintes termos – fl. 513:

“Roubo. Delito caracterizado.

Assalto contra uma fábrica de jóias, praticado por vários réus. Absolvição de uns e condenação de outros. Decisão absolutória mantida. Mantida, também, a condenação.

Apelações improvidas.”

Consta dos autos que o recorrido Roberto Carlos da Silva foi condenado à pena de quatro (4) anos de reclusão acrescida da multa-dia, dada a infringência do disposto no artigo 157, com a qualificadora do § 2º, incisos I e II, do CPB.

A decisão do Tribunal **a quo**, mantendo a sentença singular, motivou o Ministério Público Estadual a promover o presente recurso, sob a alegação de que existe a negativa de vigência aos artigos 65, I, 68 e 157, § 2º, II, do CPB. Acresça-se a tal argumentação a assertiva de divergência jurisprudencial sobre o tema, quando resumiu – fl. 539:

“O presente recurso especial tem como objeto a questão relativa ao alcance da incidência das atenuantes, ou seja: a atenuante não pode levar a fixação da pena abaixo do mínimo estabelecido no preceito secundário da norma penal, e sua consideração antecede, sempre, as causas de diminuição e de aumento.”

Nesta instância o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso, sob um ponto assim – fl. 576:

“O critério do cálculo da pena é estabelecido no artigo 68 do Código Penal devendo ‘ser feito em três fases, no também chamado método de **Nelson Hungria**’, como observa **Celso Delmanto** na obra citada, p. 121. Como essa questão não emerge cristalina no acórdão recorrido neste vulnerado o artigo 68 do Código Penal ao qual o decisório recorrido negou vigência. Isso não ocorreria se a forma e a resultante da operação fossem aquelas explicitadas pelo recorrente nas fls. 523 e 524.

No tocante ao artigo 157, § 2º, do Código Penal, constata-se negativa de vigência da disposição.

O recorrido praticou crime de roubo. Esse ato ocorreu mediante o uso de arma e em concurso com outras pessoas, os outros réus.”

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): O Ministério Público do Estado do Paraná recorreu, tão-somente, quanto à pena aplicada a Roberto Carlos da Silva, cuja sentença de fls. 409/410 disse:

“ .....

Roberto Carlos da Silva é primário, razão pela qual fixo a pena-base em quatro anos de reclusão, que aumento de um terço, dadas as qualificadoras acima verificadas, o que dá o total de cinco anos e quatro meses de reclusão; sendo menor de vinte e um anos de idade, diminuo um ano e quatro meses, totalizando quatro anos de reclusão, que torno definitiva.

.....

III – condenar Roberto Carlos da Silva como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, I e II, c.c. o artigo 65, I, todos do Código Penal, ao cumprimento de quatro anos de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, fixando-se o dia-multa em um salário mínimo regional.”

“ .....

Quanto a Roberto Carlos da Silva, concedo-lhe que cumpra sua pena sob as regras do regime aberto, previstas no artigo 36 e seus parágrafos, do Código Penal. Como, porém, o mesmo reside em São Paulo, onde diz ter emprego, aguardarei sua manifestação oferecendo garantias para o fiel cumprimento das condições previstas em lei e de outras que, então, irei impor. Este Juízo ficará no aguardo dessa manifestação, para, então, determinar a expedição de alvará de soltura.

.....”

O v. acórdão recorrido confirmou essa condenação nos seguintes termos – fls. 517/518:

“Irretocável se apresenta a sentença impugnada, merecendo esta,

portanto, integral confirmação, por seus fundamentos, que ora são adotados.

Tal como entendeu o ilustre julgador singular, está configurada a participação do réu-recorrente, Roberto Carlos da Silva, na prática criminosa descrita na denúncia, restando demonstrada essa sua participação até por meio do relato que fez por ocasião de seu interrogatório prestado em Juízo (fls. 280/281v.). Foi esse réu que, juntamente com outro, teve a função de ficar do lado de fora do estabelecimento assaltado, vigiando e observando o movimento externo, a fim de dar cobertura aos demais réus, que se encontravam dentro do mesmo estabelecimento. Também a pena que lhe foi imposta não merece reparo, pois, além de ser levado em conta o fato de ser ele primário e menor de vinte e um anos de idade, não houve qualquer erro no doseamento da mesma reprimenda, que não podia ser menor, nem maior, do que aquela fixada.

Quanto à pretensão do Ministério Público, no sentido de ver aumentada a pena do réu Roberto Carlos da Silva e condenados os demais réus, vale frisar que a mesma está abroquelada somente em elementos frágeis, razão pela qual desmerece acolhimento. Quanto à pena do réu Roberto, conforme já observado na ocasião em que foi negado provimento ao seu recurso, vale repetir que a mesma foi fixada corretamente, não devendo ser diminuída, nem aumentada.”

O recurso especial centra-se no argumento de que a pena aplicada ficou *abaixo do mínimo legal* cominado ao roubo qualificado.

Diz o Ministério Público Estadual que o especial “tem como objeto a questão relativa ao alcance da incidência das atenuantes, ou seja: *a atenuante não pode levar a fixação da pena abaixo do mínimo estabelecido no preceito secundário da norma penal, e sua consideração antecede, sempre, as causas de diminuição e de aumento,*” e que houve negativa de vigência ao art. 65, inciso I, ao art. 68, e ao art. 157, § 2º, incisos I e II, tudo do Código Penal.

Devo salientar que o recorrente não particularizou e nem sequer individuou esses dispositivos alegados de violados, o que seria razão e motivo a não comportar conhecimento o presente recurso – REsp nº 286-MS, Rel. Ministro Costa Leite, in DJ de 11.12.1989 – entretanto, a questão jurídica me pareceu clara, a permitir o exame dos dispositivos.

Como eu li acima, a fixação da pena do réu Roberto Carlos da Silva

foi da seguinte forma: "... é primário, razão pela qual fixo a pena-base em quatro anos de reclusão, que aumento de um terço, dadas as qualificadoras acima verificadas, o que dá o total de cinco anos e quatro meses de reclusão; sendo menor de vinte e um anos de idade, diminuo um ano e quatro meses, totalizando quatro anos de reclusão, que torno definitiva."

O recurso sustenta que a pena mínima cominada ao crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, é de 5 anos e 4 meses, ao argumento de que a "atenuante não pode levar a fixação da pena abaixo do mínimo estabelecido no preceito secundário da norma penal".

Fui ao texto da lei – art. 157 – cuja conduta prevista no **caput**, a pena cominada é de reclusão no *mínimo* de 4 anos e no *máximo* de 10 anos e multa.

Já, no caso, a conduta criminosa do réu Roberto Carlos da Silva é a *qualificada*, é a do preceito previsto no **caput** do artigo, cumulada com a do preceito estabelecido nos incisos I e II do § 2º, cuja pena cominada é a do mínimo de 4 anos acrescida de 1/3 (um terço), ou seja, mínima de 5 anos e 4 meses.

Portanto, resumindo a pena a ser aplicada à conduta típica prevista no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, é de 5 anos e 4 meses, a máxima 13 anos e 4 meses.

Daí, obedecendo ao mesmo parâmetro do Juízo **a quo**, fixando a pena-base ao mínimo legal do tipo, prevista no **caput** do art. 157, somado à majorante de 1/3 estabelecido no § 2º, incisos I e II, do CP, se chegará à pena de 5 anos e 4 meses e levando em consideração a circunstância atenuante – de aplicação obrigatória – no caso, a menoridade à data do fato, que deve preponderar sobre as demais circunstâncias – HC nº 66.605, in DJ de 21.04.1989; embora não possa reduzir a pena abaixo do mínimo legal previsto – RTJ, 118/928, RTJ, 104/736 – se chegará à cominação da pena definitiva de 4 anos de reclusão que é o *mínimo legal do tipo*, aplicando a causa atenuante de pena de 1/3 (um terço) – menoridade à data do fato.

Ora, *cada tipo penal* tem a pena mínima fixada expressamente no **caput** e para os crimes qualificados, a lei traz o mínimo legal fixado expressamente, como é o caso do art. 121, §§ 2º e 3º, art. 129, §§ 1º, 2º, 3º e 6º, art. 175, § 1º, art. 180, §§ 1º e 4º, tudo do Código Penal, além de outros.

Quando não previsto expressamente na lei um mínimo legal para as formas qualificadoras, é ela agravante da pena prevista no **caput** e não um mínimo dela.

No caso dos autos o *tipo penal* é roubo que tem a pena mínima de 4 anos, e na forma qualificada, § 2º, incisos I e II, é agravante do tipo, que no caso, o legislador não fixou expressamente para a figura do § 2º, incisos I e II, um mínimo legal fora do mínimo do tipo.

Por isso, não conheço do recurso, pela letra **a**.

No que toca ao fundamento da alínea **c**, dissídio jurisprudencial, o r. despacho de admissibilidade do especial disse o seguinte – fls. 567/568:

“O recorrente traz como paradigmas de divergência dois julgados do Supremo Tribunal Federal: o primeiro, da lavra do Sr. Ministro Cordeiro Guerra, publicado na RT, nº 541/472; o segundo, da lavra do Sr. Ministro Sidney Sanches, publicado na RTJ, nº 118/928-929. Em ambas as hipóteses, verifica-se similitude fática entre os casos confrontados e divergência sobre qual seja a melhor solução para a questão de direito. Está demonstrado o conflito jurisprudencial.

Dá-se, pois, seguimento ao presente recurso especial.”

Quanto ao primeiro paradigma – fl. 560 – do Ministro Cordeiro Guerra, a ementa do RE nº 90.974-5-PR é a seguinte:

“Pena. Fixação. Menoridade.

Circunstância atenuante, que todavia, não pode implicar redução da pena fixada no mínimo legal.”

Por si, da própria ementa do paradigma já se vê da sua coerência com o voto que profiro quanto à letra **a** do permissivo constitucional.

Já no respeitante ao segundo acórdão paradigma digo que está consentâneo com a decisão recorrida e a ele faço remissão no voto acima.

Portanto, também, não conheço do recurso pela letra **c**.

É como voto.

## VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, a Constituição consagra o princípio da individualização da pena, que se desenvolve em três etapas: cominação, feita pelo legislador; aplicação, promovida pelo juiz, dentre os limites da cominação; e, por fim, a execução, isto é, o cumprimento, regulada pela Lei nº 7.210/1984.

O princípio da individualização é garantia para o réu e limite para o poder de punir. A tripartição visa a disciplinar a pena, a mais severa das sanções jurídicas.

Em face dessas considerações, **data venia**, não é possível, em se aplicando uma atenuante, ultrapassar-se, para menos, os limites da cominação. Três são as circunstâncias que podem repercutir na pena: a qualificadora, a causa especial de aumento ou diminuição de pena; a agravante e a atenuante. Em se tratando de atenuante, o **quantum** da oscilação é relativa à pena-base, trabalho exclusivamente do magistrado, jungido, porém, aos limites da cominação legal. Não pode ultrapassar para mais ou beneficiar para menos.

A pena cominada ao roubo, com a causa especial de aumento de pena do § 2º, será de quatro anos mais 1/3, totalizando, portanto, cinco anos e quatro meses. A atenuante do art. 65, I, CP, menoridade entre 18 e 21 anos não tem **quantum** determinado. O juiz, então, repita-se, dentre os limites da cominação, pode, em atenção ao caso concreto, modificar à vontade, fundamento o raciocínio, escolhendo 1/3, metade, um dia, três dias.

Não lhe é, todavia, facultado, sob pena de afetar garantia constitucional, ultrapassar a barreira da cominação. Se fixar pena-base no mínimo legal, a título de atenuante, não pode reduzir nada mais. Senão, estaria transformando a atenuante em causa especial de diminuição de pena. Os dois institutos são inconfundíveis.

Em razão dessas considerações, rogando vênias ao eminente relator e, entendendo que o MM. Juiz, com o aval do egrégio Tribunal, ultrapassaram, para menor, os limites da cominação legal, conheço e dou provimento ao recurso, a fim de fixar no mínimo legal.

Acrescento. Se o cálculo da aplicação da pena houvesse obedecido o disposto no art. 68, CP, talvez, o inconveniente, a erronia, não ocorresse.

O roteiro que deveria ser obedecido, por definição legal, é este: 1ª etapa: pena-base (art. 59); 2ª etapa: atenuantes e agravantes; 3ª etapa: causa de diminuição e de aumento.

Ocorre, no entanto, que a inversão das etapas, no caso concreto, não é relevante para a conclusão.

Dou provimento, insisto, para fixar a pena, no mínimo legal.

## VOTO-VISTA

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Trata-se de pedido de vista. O Relator, eminente Min. Pedro Acioli, não conheceu do recurso quer pela alínea **a**, quer pela alínea **c** do art. 105, III, da Constituição.

Outro, porém, foi o entendimento do não menos eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, que, diferentemente, conheceu e deu provimento.

Para melhor situar e discutir a questão, tomo a liberdade de fazer uma síntese.

2. O juiz monocrático condenou Roberto Carlos da Silva, dentre outros co-réus, por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, a quatro anos de reclusão. Também o condenou em pena pecuniária.

O egrégio TAPR (Terceira Câmara Criminal) negou provimento aos apelos do condenado e do Ministério Público.

Em embargos declaratórios, o Ministério Público insistiu na violação do art. 68 do CP. O juiz – frisou – não se ateuve ao critério legal de quantificação da pena privativa de liberdade. Dessarte, após o encontro da pena-base (4 anos de reclusão), foram, em primeiro lugar, consideradas as causas de aumento para, depois, então, considerar-se a atenuante de menoridade. Assim, a pena de Roberto Carlos da Silva ficou muito aquém do mínimo legal para o delito de roubo qualificado, que é de cinco anos e quatro meses.

3. O Ministério Público interpôs recurso especial pelas alíneas **a** e **c**. Procurou demonstrar que, mesmo antes do advento da Lei nº 7.209/1984, a utilização tanto do denominado “método **Roberto Lyra**” quanto do “método **Nelson Hungria**” não podia levar à fixação da pena abaixo ou acima dos limites **in abstracto** fixados pela lei. No caso dos autos, o juiz singular – e com ele o TAPR – negou vigência aos arts. 65, I, 68 e 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

4. Sr. Presidente, após examinar a questão, peço vênias ao eminente Ministro-Relator para acompanhar a divergência.

No tocante à alínea **a**, o acórdão fustigado negou, na verdade, vigência aos artigos apontados pelo douto recorrente. Diz o **caput** do art. 68 do CP que “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”.

Como bem notou o Ministro Vicente Cernicchiaro, houve, até, infração a dispositivo constitucional: o inciso XLVI do art. 5<sup>o</sup>, que preconiza a “individualização da pena”.

O Código Penal, com a alteração feita pela Lei nº 7.209/1984, obriga o juiz a seguir, na hora da fixação da pena, três etapas ou fases. Foi o que se ouviu da leitura do **caput** do art. 68.

Para fixar a pena-base, o juiz tem de levar em conta as denominadas “circunstâncias judiciais” (art. 59). Depois, então, é que, já na segunda fase, passa a considerar as “circunstâncias legais”. Fixa, ainda que provisoriamente, um **quantum**. Por último, na terceira fase, é que leva em conta as “causas de diminuição e aumento” da pena. Obtém, então, a pena definitiva.

No caso concreto, como observou o recorrente, o juiz não se ateu ao preceito da lei infraconstitucional.

Diz a respeitável sentença, que foi confirmada pelo acórdão recorrido:

“Roberto Carlos da Silva é primário, razão pela qual fixo a pena-base em quatro anos de reclusão, que aumento de um terço, dadas as qualificadoras acima verificadas, o que dá o total de cinco anos e quatro meses de reclusão; sendo menor de vinte e um anos de idade, diminuo um ano e quatro meses, totalizando quatro anos de reclusão, que torno definitiva.”

Como se percebe, o juiz inverteu a seqüência das fases, preconizada pelo art. 68. Depois de achar a pena-base, de quatro anos, é que teria de levar em conta a circunstância legal, atenuante, da idade do réu (art. 65, I). O juiz não fez isso. Pulou para a terceira fase, aumentando a pena-base de um terço para, a seguir, diminuí-la de um terço.

Na verdade, o juiz deveria, após examinar as circunstâncias judiciais, todas favoráveis ao réu, ter fixado a pena-base em quatro anos, como fez. A seguir, na segunda fase, levar em conta as circunstâncias legais. Não poderia, nesse caso, reduzir a pena-base, que já se achava no mínimo (quatro anos). Feito isso, isto é, obtido os quatro anos na segunda fase, é que poderia passar a considerar a causa especial de aumento da pena (roubo qualificado, § 2<sup>o</sup> do art. 157).

Por tais motivos, conheço do recurso para dar-lhe provimento.

É o voto.

## VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO: **Data venia** do eminente Ministro-Relator Pedro Acioli, acompanhado o Sr. Ministro Vicente Cernicchiaro.

---

---

**RECURSO ESPECIAL Nº 32.344 – PR**  
(93.0004667-5)

Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro  
Recorrente: Reginaldo Nascimento da Silva (réu preso)  
Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná  
Advogado: Ronaldo Antônio Botelho

**EMENTA:** *REsp – Penal – Pena – Atenuante.*

O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A cominação (**in abstracto**) não se confunde com a aplicação (**in concreto**). A atenuante distingue-se da causa especial de diminuição da pena. A primeira enseja o juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base. A redução, pois, não pode transpor o mínimo fixado na lei. A segunda, sim, conduz a grau menor porque o legislador afetou o **quantum** da cominação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros Adhemar Maciel, Anselmo Santiago e Pedro Acioli. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro José Cândido.

Brasília-DF, 6 de abril de 1993 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 17.05.1993.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Recurso especial interposto por Reginaldo Nascimento da Silva, réu preso, com fulcro nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, no intuito de impugnar v. acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, que, manteve sua condenação imposta em 1º grau de jurisdição, deixando de aplicar-lhe a causa de diminuição de pena prevista no art. 19, parágrafo único, da Lei nº 6.388, de 21.10.1976.

Sustenta negativa de vigência ao dispositivo mencionado, que ostenta a seguinte redação:

“A pena pode ser reduzida de um terço a dois terços, se, por qualquer das circunstâncias previstas neste artigo, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Dois foram os fundamentos do aresto impugnado para o afastamento da pretendida diminuição de pena. Primeiro: ainda que provado o uso de drogas pelo recorrente, a concessão deste benefício não é obrigatória. Segundo: havendo condenação por crime de tráfico, não há que se falar nesta atenuante.

Registro, por relevante, a seguinte passagem extraída do v. aresto impugnado:

“Acertou o Magistrado de 1º grau. Em primeiro lugar porque a diminuição de pena é facultativa – depois, porque o benefício não tem aplicação quando se trata de traficante viciado, cuja dependência é somente quanto ao uso de droga (TJSC, AC, Relª. Desª. Thereza Tang, JC 36/428, do mesmo teor, JC 29/501). Como já se decidiu,

‘Comprovada a infração mais grave, consistente no comércio ilícito, não cabe o reconhecimento de semi-imputabilidade por eventual coexistência de vício. (TJSP, AC, Rel. Des. Prestes Barra, RJTSP 64/367)’.” (fl. 94).

O recorrente sustentou, outrossim, divergência jurisprudencial, trazendo à colação aresto do pretório excelso.

Despacho deferitório às fls. 116/119.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (Relator): A ementa do v. acórdão recorrido traduz, com fidelidade, o seu conteúdo:

“Tráfico de entorpecentes. Réu condenado. Apelo objetivando absolvição por falta de provas, outra pessoa ser a autora, ou desclassificação para o artigo 16 da Lei nº 6.368/1976, e benefício do artigo 19, parágrafo único da mesma lei. Prova idônea e satisfatória da materialidade e autoria do crime imputado ao Réu – entorpecente que não era destinado apenas para uso próprio. A minorante prevista no parágrafo único do artigo 19 da Lei nº 6.368/1976, é facultativa, e o benefício não tem aplicação quando se trata de traficante-viciado cuja dependência é somente quanto ao uso da droga. Recurso improvido.” (fl. 88).

O art. 19, parágrafo único, da Lei nº 6.368, de 21.10.1976 tem a seguinte redação:

“A pena pode ser reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se, por qualquer das circunstâncias previstas neste artigo, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

Registra, sem dúvida, causa especial de redução de pena. Não se confunde com a atenuante. Aquela afeta a cominação. A segunda repercute na aplicação. Em outras palavras, a primeira reduz a pena **in abstracto**. A última não tem esse efeito.

A matéria foi apreciada anteriormente por esta Turma. Aliás, para instruir o dissídio pretoriano, o recorrente realça o REsp nº 8.650-RS, de que fui Relator, publicado na RSTJ, nº 22/426-431.

Mais recentemente, o colegiado reeditou essa orientação, como se observa no REsp nº 15.691, de que fui Relator designado.

*“REsp. Penal. Pena. Atenuante.*

O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A cominação (**in abstracto**) não se confunde com a aplicação (**in concreto**). A atenuante não se confunde com a causa especial de diminuição da pena. A primeira enseja o juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base.

A redução, pois, não pode transpor o mínimo fixado na lei. A segunda, sim, conduz a grau menor porque o legislador afetou o **quantum** da cominação.”

Não há, pois, como confundir as duas espécies de minorantes: causa especial de diminuição da pena e circunstância atenuante.

O outro item do recurso também merece prosperar.

O art. 19 da Lei nº 6.368/1976 registra hipótese de inimputabilidade, acrescentando outra causa, comparativamente com o Código Penal. Menciona, agora, “substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica”, “qualquer que tenha sido a infração penal praticada”.

Interpretação lógica impõe concluir serem as infrações descritas na referida lei. Logo, compreende tanto a hipótese do art. 12, como do art. 16.

A distinção se explica pela orientação da Política Criminal, buscando conferir tratamento diferenciado para o inimputável (**caput**) e o semi-imputável (parágrafo único).

O v. acórdão prestigiou a r. sentença que reconheceu a semi-imputabilidade.

Em decorrência, por ser compulsória a diminuição da pena, quando se trata de causa especial de diminuição o v. aresto merece reparo. Aliás, com esteio também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ilustrada, exemplificativamente, pelo RHC nº 66.773-2, Relator Min. Octávio Gallotti:

“Mesmo em se tratando do crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/1976, faz-se necessária a indagação sobre a eventual dependência física ou psíquica, prevista no art. 22, § 5º, do mesmo diploma legal.

Recurso provido, em parte, para que o paciente seja submetido a novo interrogatório, antes do julgamento da apelação, mantida a prisão decorrente do flagrante.” (fl. 106).

Em sendo assim, conheço e dou provimento ao recurso, por ambos os fundamentos. Reduzo a pena aplicada de 1/3 (um terço).

Realço, Sr. Presidente, o zelo e a erudição do recurso, elaborado pelo escritório Modelo de Aplicação, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná que atuou em favor de réu carente para contratar advogado.

---

---

## RECURSO ESPECIAL Nº 46.182 – DF

(Registro nº 94.0008847-7)

Relator: Ministro Jesus Costa Lima  
Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios  
Recorrido: Reginaldo Monteiro da Silva  
Advogados: Clóvis José dos Santos e outro  
Recorrido: Marcelo Nery da Silva (réu preso)  
Advogado: Enok de Andrade Barros

**EMENTA:** Penal – Pena-base – Mínimo legal – Menoridade e causa de aumento – Fixação da pena – Critérios.

1. O sistema adotado pelo Código Penal impede que, estabelecida a pena-base consideradas as circunstâncias judiciais, existindo circunstância atenuante, o juiz diminua a pena abaixo do estabelecido em lei. Portanto, fixada a pena-base no mínimo legal, mesmo levando em conta a menoridade do réu, a pena não pode ser reduzida para quantidade inferior ao mínimo abstratamente considerado. É que as circunstâncias legais influem sobre o resultado a que se chega na primeira fase, cujos limites, mínimo e máximo, não podem ser ultrapassados. Apenas na terceira fase, quando incidem as causas de diminuição e de aumento, é que aqueles limites podem ser ultrapassados.

2. Precedentes.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Dantas e Edson Vidigal. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Assis Toledo.

Brasília-DF, 4 de maio de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente e Relator.

---

Publicado no DJ de 16.05.1994.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios interpõe recurso especial fincado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, irrisignado com o v. aresto de fls. 151/155, proferido pela Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que decidiu ser “admissível a incidência da circunstância atenuante da menoridade relativa, sobre a pena-base fixada no mínimo legal, se o **quantum** em definitivo concretizado resta superior ao mínimo abstratamente cominado para sancionar o delito, desde que suficiente para que se reeduque o agente e preserve o organismo social” (**ut**, fl. 151).

A r. sentença do juízo singular, mantida pelo acórdão recorrido, condenou os réus como infratores do art. 157, § 2º, II, do Código Penal. Fixou a pena-base no mínimo legal (4 anos de reclusão), diminuiu seis meses em virtude da menoridade dos infratores e acrescentou um terço devido à causa de aumento prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do Código Penal, tornando-a definitiva em quatro anos e oito meses de reclusão (fls. 91/95).

Alega o recorrente que há divergência com julgados do Pretório Excelso e que “viola o art. 68 do Código Penal o acórdão que, em conformidade com a sentença de 1º grau, mantém a reprimenda fixada aquém do mínimo abstratamente previsto ao tipo penal, em decorrência de circunstância legal atenuante. Grave equívoco, pois somente as causas de aumento e de diminuição permitem a fixação da pena aquém ou além dos limites previstos no tipo” (**ut**, fl. 158). Pleiteia a reforma do julgado para que sobre a pena-base fixada no mínimo legal, quatro anos de reclusão,

incida apenas o aumento previsto no inciso II, § 2º, do art. 157, do Código Penal, totalizando cinco anos e quatro meses de reclusão (fls. 157/173).

O Dr. Edinaldo de Holanda Borges, ilustrado Subprocurador-Geral da República, dá parecer pelo provimento do recurso, fazendo referência à jurisprudência dos Tribunais Superiores (fls. 188/189).

Relatei.

## VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA (Relator): Conheço do recurso, seja pela letra **a**, seja pela **c**, do permissivó constitucional, pois configurado o descumprimento do disposto no artigo 68 do Código Penal e a divergência, conforme se lê nas fls. 174/179.

Em hipótese semelhante à destes autos, o Supremo Tribunal Federal (RECr nº 114.928-1-PR, Lex, vol. 132, pp. 312/319) decidiu:

“... dou provimento para fixar em cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão, a pena privativa de liberdade pelo crime de roubo qualificado pelo uso de arma (art. 157, § 2º, I, do Código Penal)...”

Na dosimetria da pena, segundo a reforma penal de 1984, o juiz procede a diversas operações: a) fixa a pena-base apreciando as circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal); b) se houver circunstâncias legais – atenuantes e agravantes –, as sopesa e diminui ou agrava a pena sem extrapolar os limites legais, mínimo e máximo; c) havendo qualificadora, aumenta a pena na quantidade prevista na parte especial do Código Penal. Apenas nessa última etapa é que a pena pode ser fixada aquém ou além dos limites, abstratamente cominados.

Adverte **Júlio Fabbrini Mirabete** (Manual de Direito Penal, vol. 1, p. 303, da ed. de 1986, da Editora Atlas):

“Uma característica fundamental das circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, é a de que não pode servir para a transposição dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente considerada. Assim, a presença de atenuantes não pode levar a aplicação abaixo do mínimo, nem a de agravantes a acima do máximo.”

Esta Quinta Turma já teve ensejo de manifestar-se sobre o tema em acórdão da lavra do eminente Ministro Assis Toledo:

“Penal. Pena. Fixação.

No direito brasileiro, não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp nº 15.695-PR, DJU de 17.02.1992).

Tanto já o fez a Sexta Turma:

“Penal. Pena. Fixação. Critérios.

Se a redução da pena importou em fixá-la abaixo do mínimo legal, por força de equivocado critério na ordem de consideração de causa especial de aumento e de atenuante, merece reforma a decisão.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp nº 7.287-PR, Rel. Min. William Patterson, DJU de 06.05.1991, pp. 5.674).

“REsp. Penal. Pena. Atenuante. O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A cominação (**in abstracto**) não se confunde com a aplicação (**in concreto**). A atenuante distingue-se da causa especial de diminuição da pena. A primeira enseja o juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base. A redução, pois, não pode transpor o mínimo fixado na lei. A segunda, sim, conduz a grau menor porque o legislador afetou o **quantum** da cominação.” (REsp nº 32.344-PR, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJU de 17.05.1993).

No caso, fixada a pena-base em 4 (quatro) anos, a circunstância atenuante alusiva à menoridade do réu quando praticou o fato, não tem nenhuma influência para reduzir a reprimenda, pois se trata do mínimo estabelecido no **caput** do art. 157 do Código Penal. Onde, inexistindo circunstância agravante, mas considerada a causa de aumento do mesmo artigo, § 2º, II, no mínimo de um terço, tem-se: 48 mais 16 meses, igual a 54 meses, ou seja, 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, com cumprimento, inicialmente, no regime fechado.

Em suma, conhecendo do recurso, dou-lhe provimento para fixar a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida, de início, no regime fechado.

**RECURSO ESPECIAL Nº 49.500-8 – SP**

(Registro nº 94.0016622-2)

Relator: Ministro Assis Toledo  
Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo  
Recorrido: Luiz Carlos Bonfatti (réu preso)  
Advogado: Paulo Sérgio de Almeida

**EMENTA:** Penal – Pena – Fixação.

No Direito brasileiro não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante.

Recurso conhecido e provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para restabelecer a sentença, nos termos do voto do Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros Edson Vidigal, Jesus Costa Lima, José Dantas e Cid Flaquer Scartezzini.

Brasília-DF, 29 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente.

Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

---

Publicado no DJ de 15.08.1994.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Luiz Carlos Bonfatti foi denunciado e condenado à pena de três anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/1976.

Irresignado, apelou o réu, tendo a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo dado parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta, fixando-a em dois anos e seis meses de reclusão. O acórdão ficou assim ementado:

“Confissão espontânea. Delito de autoria conhecida. Irrelevância. Atenuante obrigatória. Inteligência do art. 65, III, **d**, do Código Penal.

A confissão espontânea perante a autoridade policial ou judiciária, ainda que não se trate de delito de autoria ignorada ou atribuída a outrem, configura a atenuante obrigatória prevista no art. 65, III, **d**, do Código Penal.

Pena. Fixação da pena básica. Incidência das agravantes e atenuantes obrigatórias. Inexistência de restrição pelos limites máximo e mínimo da cominação em abstrato. Exegese do art. 68 do Código Penal.

As circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61, 62 e 65, todos do Código Penal, sempre incidirão sobre as penas básicas, por força do disposto no art. 68 do mesmo diploma legal, ainda quando essas se encontrem já nos limites mínimo e máximo da cominação em abstrato.” (fl. 128).

Contra essa decisão, interpõe o Ministério Público Estadual recurso especial pela letra **c** do permissivo constitucional, sustentando que o acórdão recorrido divergiu do entendimento adotado por outros tribunais no tocante à impossibilidade da redução da pena abaixo do mínimo legal, pela incidência de circunstância atenuante.

Contra-arrazado (fls. 147/150), o recurso foi admitido (fls. 152/153).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer da lavra do Dr. Edinaldo de Holanda Borges, opina pelo provimento, **in verbis**:

“Propugna o diligente Ministério Público de São Paulo pela reforma de acórdão do egrégio Tribunal daquele Estado, que deu provimento a recurso da defesa, em matéria criminal, para reduzir a pena do réu aquém do mínimo legal.

Sobreleva o entendimento dominante nesta egrégia Quinta Turma de que, *no Direito brasileiro não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante* (REsp nº 15.695, Relator Min. Assis Toledo).

Pelo exposto, o alvitre é no sentido do provimento do recurso, face à concorrência dos requisitos a tanto.” (fl. 158).

É o relatório.

**VOTO**

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Demonstrada a divergência com acórdãos do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, exibidos às fls. 140/142, conheço do recurso.

O juiz, na sentença, estabeleceu a pena mínima possível aplicada à espécie, que é de três anos de reclusão.

Assim, não poderia o acórdão reduzir esse cálculo por aplicação de uma circunstância atenuante, a confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal).

É o que decidiu esta Turma, no REsp nº 15.695-PR, citado como paradigma:

“Penal. Pena. Fixação. No Direito brasileiro, não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, por incidência de mera circunstância atenuante. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp nº 15.695-PR, Quinta Turma do STJ, j. em 18.12.1991, Rel. Min. Assis Toledo, DJU de 17.02.1992, p. 1.381). (fl. 142).

Ante o exposto, conheço do recurso, pela letra c, e dou-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de 1ª grau.

É o voto.

---

---

**RECURSO ESPECIAL Nº 146.056 – RS**

(Registro nº 97.0060498-5)

Relator: Ministro Felix Fischer  
Recorrente: Siham Bowanani  
Recorrido: Ministério Público Federal  
Advogado: Manoel Gandara (curador)

**EMENTA:** Penal – Art. 12 da Lei nº 6.368/1976 – Consumação e tentativa – Aplicação da pena privativa de liberdade – Limite de incidência das atenuantes reconhecidas.

I – Se o agente, trazendo consigo ou transportando a droga, é detido quando pretendia exportá-la, o delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/1976 *está consumado*, sendo irrelevante, em sede de tipificação, a tentativa de exportação.

II – A majorante do art. 18, inciso I, da Lei de Tóxicos, alcança as hipóteses de “trazer consigo” ou do “transporte da droga” visto que se considerou demonstrado o “tráfico com o exterior”.

III – As atenuantes (no caso, as do art. 65, inciso I, e art. 65, inciso III, letra d, do Código Penal) nunca podem levar a pena privativa de liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, *até aí*, a reprovação mínima estabelecida no tipo legal.

Recurso conhecido e desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini e José Arnaldo.

Brasília-DF, 7 de outubro de 1997 (data do julgamento).

Ministro EDSON VIDIGAL, Presidente.

Ministro FELIX FISCHER, Relator.

---

Publicado no DJ de 10.11.1997.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, letra c, da Carta Magna, contra v. acórdão do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no qual se pleiteia: a) reconhecimento da **conatus** no art. 12 da Lei nº 6.368/1976; b) redução da pena **in concreto** abaixo do mínimo legal com base em atenuantes (menoridade relativa e confissão espontânea). A ré-recorrente acabou sendo condenada a *4 anos de reclusão* como incurso nas sanções do art. 12 c.c. o art. 18, inciso I, da Lei de Drogas.

A **quaestio** está delineada às fls. 265/266, **in verbis**: “Cuida-se de *recurso especial* interposto por Siham Bowanani (fls. 228/246), em face do v.

acórdão de fls. 198/209, do *Tribunal Regional Federal da 4ª Região* que, por unanimidade, deu provimento ao apelo apresentado pelo Ministério Público Federal (fls. 148/160), afastando a modalidade de delito tentado para a de crime consumado. O v. aresto restou assim ementado, **verbis**:

“Tóxico. As ações de transportar ou ter consigo, amplamente comprovados na instrução, autorizam condenação por crime consumado, mesmo que a ré tenha a intenção de exportar a cocaína que portava. Recurso provido para afastar a minorante” (fl. 209).

Narram os autos que a ora recorrente foi condenada, em 1º grau, à pena de 2 (dois) anos de reclusão e multa, por infração ao artigo 12, **caput** c.c. artigo 18, I, ambos da Lei nº 6.368/1976, na forma tentada, “porque, na data de 28 de junho de 1996, foi a acusada presa em flagrante, na Estação Rodoviária de Porto Alegre-RS, quando embarcava em ônibus com destino a Montevidéu, levando consigo uma maleta, em cujo forro escondia 3.006 gramas de substância entorpecente (cocaína)...” (fls. 131/146). Concluiu a MM. Juíza sentenciante que “se a acusada foi presa na rodoviária de Porto Alegre, não houve exportação, mas tentativa de exportação” (fl. 140).

Interposto recurso pelo MPF e uma vez reformada a r. sentença para, então, considerar o delito **sub judice** como tráfico de entorpecentes consumado em sua modalidade “transportar” ou “trazer consigo”, a outrora acusada, com fulcro na alínea **c** do permissivo constitucional, aduz divergência jurisprudencial quanto ao artigo 14, II, do Código Penal, buscando retornar à modalidade de crime tentado já considerado pela decisão monocrática. Traz à tona, também, dissídio quanto à possibilidade de redução da pena-base abaixo do mínimo legal, porquanto teriam a MM. Juíza Federal e o v. acórdão guerreado mantido a pena-base no mínimo legal, não obstante o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, mas o seu afastamento para a fixação da pena.

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FELIX FISCHER (Relator): O recurso apresenta

dois pedidos: a) o reconhecimento da **conatus** tal como ocorreu em 1ª grau; b) a incidência das *atenuantes* da confissão espontânea e da menoridade relativa, levando a pena definitiva a nível aquém do *mínimo legal*.

Em nenhum dos casos acima, a pretensão recursal pode ser acolhida.

*Inicialmente*, é bem de ver que o legislador, ao procurar proteger a *saúde pública* contra os malefícios causados pelas drogas, criou uma série de normas incriminadoras, em tutela quase cerrada em torno do referido bem jurídico. No afã de evitar a terrível propagação do uso e comércio de tóxicos, valeu-se, assim, também, dos denominados *tipos mistos alternativos* ou *tipos de conteúdo variado* (v.g., arts. 12 e 16 da Lei nº 6.368/1976), procurando impedir a existência ou a criação artificiosa de desnecessárias e indesejáveis lacunas. Pois bem, os tipos mistos alternativos, como se sabe, apresentam a característica da ocorrência, dentro de um mesmo contexto, da *fungibilidade* entre as modalidades alinhadas no modelo legal de conduta proibida. O tipo apresenta formas diferentes de transgressão da mesma proibição, todas com igual desvalor (v.g., **Damásio E. de Jesus**, in *Direito Penal*, vol. I, p. 210, 20ª ed., 1997, Saraiva; **H. C. Fragoso**, in *Lições de Direito Penal*, PG, Ed. Forense, 15ª ed., p. 158, nº 131; **Luzón Peña**, in *Curso de Derecho Penal*, PG, I, p. 311, Ed. Universitas S/A, Madrid, 1996; **R. Maurach/Zipf**, in *Derecho Penal*, PG, 1, p. 360, Ed. Astrea, 1994). Ora, no caso em tela, a **imputatio facti**, da qual a ré se defendeu, deixa claro que ela trazia consigo, na bagagem, a enorme quantidade de *três mil e seis gramas de cocaína*, quando, então, veio a ser oportunamente detida no aeroporto. Pretendia, é claro, exportar a droga. Não o conseguiu. Todavia, isto não caracteriza a **conatus**. O delito previsto no art. 12 (nas formas de trazer consigo, transportar) já estava, aí, *consumado*.

Sob outro prisma, não se pode olvidar que o tipo do art. 12, mormente nas formas *trazer consigo* ou *transportar*, é *congruente* (nas taxionomias de **R. Maurach/Zipf**, op. cit, pp. 354/356, de **Santiago Mir Puig** in *Derecho Penal*, PE, 4ª ed., PPU, 1996, p. 205, de **Günther Jakobs** in *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teorías de la Imputación*, **Marcial Pons**, 2ª ed., esp., 1997, p. 215) ou *congruente simétrico* (na sistematização de **E. R. Zaffaroni** in *Manual de Derecho Penal*, Ediar, 6ª ed., pp. 403/404 e in *Tra-tado de Derecho Penal*, vol. III, pp. 296/298, Ediar; tb. **E. R. Zaffaroni & J. H. Pierangeli** in *Manual de Direito Penal Brasileiro*, PG, RT, 1997, pp. 481/482) bastando o *dolo no tipo subjetivo* (ou dolo genérico na terminologia causal) e prescindindo de qualquer outro elemento subjetivo diverso do

dolo (v.g., **animus** de traficar, etc.). Tipo *incongruente* ou *congruente* assimétrico é o do art. 16 que, além do dolo, exige o especial fim de agir, consubstanciado no “*exclusivo uso próprio*”. Conseqüentemente, a ação pretendida de exportar, que acabou limitada aos seus atos de execução, sem atingir a **meta optata**, restou como mero **post factum, per se**, não punível. E, neste item, seria insustentável admitir-se que uma conduta delituosa mais grave (*trazer consigo*) pudesse ser absorvida por outra, concretamente, menos censurável (*tentativa de exportação*), ressaltando-se, por natural, a situação em que pudessem, contextualmente, formar uma figura típica... “privilegiada”. *Dessarte*, inaplicável, **in casu**, a **conatus**. E, no entanto, plenamente correta a incidência da majorante do art. 18, inciso I, da Lei de Drogas.

“Penal. Entorpecente. Tráfico internacional. Consumação.

Réus presos na zona de fiscalização aduaneira brasileira, transportando grande quantidade de tóxicos.

Crime de ação múltipla que já se havia consumado na forma de transportar e trazer consigo, pois a conduta em foco contém todos os elementos do tipo incriminador em exame (art. 14, I, do CP).

Recurso do Ministério Público conhecido e provido.” (REsp nº 41.180-PR, Quinta Turma-STJ, Relator Ministro Assis Toledo, DJU de 14.03.1994, p. 4.531).

“Tóxico. Apreensão em posto de fronteira. Núcleo do tipo.

Tratando-se de apreensão no posto de fronteira, tem-se a configuração do núcleo ‘transportar’. Exclui-se, por isso mesmo, a possibilidade de considerar outro dos dezoito mencionados no artigo 12 da Lei nº 6.368 e que desaguaria na tentativa – importar substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Tóxico. Agravante. Tráfico com o exterior. Alcance. A causa de aumento prevista no inciso I do artigo 18 da Lei nº 6.368/1976 alcança o transporte da droga, sendo que a referência a ‘tráfico com o exterior’ conduz à pertinência na hipótese em que ocorrida a apreensão em posto da fronteira.”

(HC nº 72.658-5-SP, Segunda Turma-STF, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ de 27.10.1995, p. 36.334).

Quanto à redução da *pena privativa de liberdade* aquém do mínimo legal, unicamente com supedâneo em atenuantes, o recurso carece, igualmente, de suporte jurídico válido.

A *individualização da pena*, evidentemente, não existe para deleite do magistrado. Ela é uma *obrigação funcional*, a ser exercida com critério jurídico pelo juiz e, simultaneamente, uma *garantia* do réu (v.g. art. 5<sup>ª</sup>, inciso XLVI, da Carta Magna e arts. 381 e 387 do CPP) e da *sociedade* (v.g. arts. 381 e 387 do CPP). Está, outrossim, vinculada ao princípio da reserva legal (art. 5<sup>ª</sup>, inciso XXXIX, da **Lex Maxima**). A nossa legislação fornece o *critério* mencionado na **Lex Fundamentalis** (“a lei regulará a individualização...”) que deve ser respeitado e aplicado com a indispensável fundamentação *concreta* (cf. princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento fundamentado, **ex vi** art. 93, inciso IX, 2<sup>a</sup> parte, da Lei Maior e arts. 157, 381, 387 e 617 do CPP). Ninguém, em nenhum grau de jurisdição, pode, mormente através de paralogismos ou de silogismos destituídos de conteúdo jurídico, realizar a aplicação da pena privativa de liberdade de forma diversa daquela prevista na sistemática legal. O argumento crítico, de carga exclusivamente subjetiva, pessoal, *ou*, então, o pretense exercício de “dikeologia” só acarretam, no fundo, neste tópico, imprevisibilidade, incerteza e injustiça. Uma coisa é exercer a função de aplicador do *Direito*, outra, *em postura mistificadora*, é querer identificar-se com ele (sobre o tema: **Soveral Martins**, in *Processo e Direito Processual*, 2<sup>a</sup> volume, pp. 180 e segs., Centelha, Coimbra, 1986).

Em assim sendo, desde a elaboração do Código Penal de 1940, passando pelas diversas alterações, até se atingir a modificação ampla realizada pela Lei n<sup>ª</sup> 7.209/1984, nunca predominou – nem sequer mereceu destaque – o entendimento de que as *agravantes e atenuantes* (ao contrário das *majorantes e minorantes*) pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isto, quer seja no sistema bifásico (de **Roberto Lyra**), quer seja no trifásico (de **Nelson Hungria**), agora imposto legalmente (v.g. as ensinanças de **Hungria**, **A. Bruno** e **M. Noronha**, por demais conhecidas).

Como se vê, repetindo, dos arts. 59, 67 e 68 do Código Penal, a Lei n<sup>ª</sup> 7.209/1984 impôs um critério de fixação da pena privativa de liberdade. Ele não pode, de forma alguma, ser negado sob pena de se tornarem, os referidos dispositivos, mero ornato do Código Penal. Trata-se de uma regulamentação genérica que não fere qualquer princípio ou norma superior e, portanto, inadmitte o **circumvenire legem**. Pela sistemática enfocada, a fixação da pena definitiva pode desdobrar-se em três etapas cuja seqüência

está evidenciada. A *pena-base* (e não ponto de partida) é obtida com as *circunstâncias judiciais* (art. 59 do CP). A seguir, em segunda operação, devem incidir as *agravantes* e as *atenuantes* (**ex vi** arts. 61 a 67 do Código Penal), surgindo, daí, a *pena provisória*. Esta só se torna *definitiva* ou *final* se não houver a aplicação das denominadas causas legais, genéricas ou específicas, de aumento ou diminuição da pena (*majorantes* ou *minorantes*, **ex vi** art. 68 do Código Penal). Como se vê, **primo ictu oculi**, até “à *vol d’oiseau*”, o critério é claro, a sua seqüência evidente e os limites, nas duas primeiras operações, decorrem não só dos textos mas até por uma questão de elementar lógica. Se assim não fosse, inexistindo os parâmetros apontados, teríamos um sistema de *ampla indeterminação* que é incompatível com o princípio da reserva legal e possibilita constantes tratamentos infundadamente diferenciados. Mas, o Código Penal, em seu art. 59, II, diz: “dos limites previstos”. No art. 67, assevera: “do limite indicado”. É, cumpre sublinhar, o sistema da *indeterminação relativa* (v.g.: **Jair Leonardo Lopes** in Curso de Direito Penal, PG, 2ª ed., RT, pp. 231 e segs.; **Damásio E. de Jesus** in Direito Penal, vol. 1, PG, p. 579, 20ª ed., Saraiva; **Heleno C. Fragoso** in Lições de Direito Penal, PG, Forense, 1995, 15ª ed., p. 339; **Álvaro Mayrink da Costa** in Direito Penal, PG, vol. I, tomo II, p. 539, Ed. Forense, 1991; **L. Régis Prado & Cezar Roberto Bitencurt** in Código Penal Anotado, RT, 1997, pp. 327 e 334; **Juarez Cirino dos Santos** in Direito Penal. A nova Parte Geral, p. 250, Ed. Forense, 1985; **Maurício Kuehne** in Teoria e Prática da Aplicação da Pena, Juruá, p. 99, 1995 e **Fernando Galvão** in Aplicação da Pena, p. 124, Ed. Del Rey, 1995).

A *quaestio* não pode merecer solução diversa daquela tradicionalmente adotada. *Primeiro*, qual seria a razão de ser do disposto nos arts. 59, 67 e 68 do Código Penal, mormente se o estatuto repressivo indica, ainda, um mínimo e um máximo de pena privativa de liberdade para cada delito? *Segundo*, admitindo-se, **ad argumentandum**, a redução almejada no recurso especial, qual seria o *limite*? A pena “zero”? Vale lembrar que não foi adotada, entre nós, a discutível concepção *unilateral* na relação culpabilidade/pena (v., comparativamente, **Nilo Batista** in Introdução Crítica ao Direito Penal e **H. H. Jescheck**, in *Tratado de Derecho*, 4ª ed., Granada, 1993, pp. 384/386, apresentando a polêmica na doutrina alienígena, em particular, envolvendo **Roxin, Jakobs, A. Kaufmann** e **Achenbach**). *Terceiro*, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, **data venia**, não é argumento decisivo. A

aplicação da pena não pode ser produto de “competição” entre réus ou delinquentes. Caso contrário, *na participação de somenos* (art. 29, § 1º, do Código Penal), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, “premiando” o co-réu que tivesse *menor participação* (o texto, todavia, só diz com a *participação ínfima*, cf. ensinanças de **René A. Dotti in** Reforma Penal Brasileira, Ed. Forense, 1988, pp. 98/99, e de **Jair Leonardo Lopes, op. cit.**, p. 183). *Por último*, a expressão “*sempre atenuam*” não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, *desde que a pena-base não esteja no mínimo*, diga-se, *até aí, reprovação mínima do tipo*. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as *agravantes* (“que sempre agravam a pena”) pudessem levar a pena acima do *limite máximo* (o outro lado da *ampla indeterminação*). E, isto, como preleciona **A. Silva Franco**, é incompatível com o *princípio da legalidade formal*.

“O entendimento de que o legislador de 1984 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que apenas, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos “segundos códigos” do magistrado. Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstâncias acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estes, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se linha divisória inaceitável entre as circunstâncias legais, sem limites punitivos, e as causas de aumento e de diminuição, com limites determinados, emprestando-se àquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do Código Penal, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas.” (**A. Silva Franco, in** Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 6ª ed., 1997, RT, p. 1.072).

*Enfim*, neste ponto, improcede, *igualmente*, a pretensão recursal que esbarra, *inclusive*, na orientação pacífica do colendo *Supremo Tribunal Federal* (v.g.: a) HC nº 71.051-4, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 09.09.1994, p. 23.442; b) HC nº 70.883-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24.06.1994, p. 16.636; c) RTJ 118/928, Rel. Min. Sidney Sanches; d) HC nº 69.342-3, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 21.08.1992, p. 12.784; e) HC nº 73.615-7, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 06.09.1996, p. 31.852). E, esta Turma tem precedentes na matéria, a saber: a) REsp nº 15.695-PR, Rel. Min. Assis Toledo, DJU de 17.02.1992, p. 1.381; b) REsp nº 46.182-DF, Rel. Min. Costa Lima, DJU de 16.05.1994, p. 11.779.

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.