

**Aplicação da pena intermediária aquém do mínimo legal no direito brasileiro:
Interpretação à luz do princípio da proporcionalidade**

Renato Sigisfried Sigismund Schindler Filho¹

RESUMO

Atualmente, no movimento doutrinário, cresce a corrente do pensamento que defende a possibilidade da aplicação da pena intermediária aquém do mínimo legal. Apesar da existência de posicionamento pacificado por parte dos tribunais superiores no sentido de vedar a mencionada redução, muitos juízes e desembargadores assim o fazem. Nesse interim de divergência jurisprudencial, e de franco crescimento do pensamento doutrinário em defesa da mencionada redução, o presente artigo objetiva inserir na discussão a possibilidade da aplicação da proporcionalidade como base interpretativa das normas relativas à dosimetria da pena. Partiu-se do marco teórico inserido por Paulo Queiroz no que tange à aplicação da proporcionalidade na dosimetria da pena, em conjunto com a concepção de insignificância desenvolvida por Claus Roxin, com o fito de conformar a dosimetria e desenvolver uma nova forma de interpretar que possibilite a redução aquém do mínimo.

Descritores: Proporcionalidade. Insignificância. Mínimo legal.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar a influência que o princípio da proporcionalidade exerce na extração do sentido das regras do Código Penal, mais precisamente aquelas que tratam da dosimetria, com o fito de demonstrar a possibilidade de redução aquém do mínimo.

Para uma análise geral do assunto proposto, partiu-se de um ponto principiológico em direção aos institutos específicos da aplicação da pena.

Os Tribunais Superiores pacificaram o entendimento de que é vedada a redução da pena aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, tendo o Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editado o enunciado de sua jurisprudência dominante tombado sob nº 231.

Ocorre que a doutrina majoritária, muitos magistrados de 1º grau, e alguns desembargadores distribuídos pelo país entendem pela possibilidade da aplicação da pena aquém do mínimo, afastando, dessa forma, o entendimento dos tribunais superiores.

¹ Advogado Criminal. Pós-Graduado em Ciências Criminais (Faculdade Baiana de Direito). Pós-Graduado em Direito e Magistratura (Universidade Federal da Bahia em convênio com a Escola de Magistrados da Bahia).

Far-se-á, nos próximos tópicos, algumas considerações a respeito da importância de se fixar bases interpretativas sólidas para a construção do pensamento jurídico, do significado da proporcionalidade e da sua incidência imediata na dosimetria da pena a possibilitar a redução aquém do mínimo.

Considerando a abordagem que será realizada no presente trabalho, a metodologia utilizada será a de análise bibliográfica e documental, mais precisamente a verificação de livros, periódicos, leis e jurisprudência.

Dito exame bibliográfico e documental será realizado em um universo doutrinário e jurisprudencial pós-reforma penal de 1984; mais precisamente quanto à pesquisa doutrinária, o foco de análise será as produções de: Humberto Ávila, no que toca à teoria dos princípios; Robert Alexy, em relação à máxima da proporcionalidade; Claus Roxin, quanto ao funcionalismo teleológico; e Paulo Queiroz, no que diz respeito à aplicação da pena.

A coleta de dados será pautada, basicamente, em fontes de pesquisa primárias (legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais).

2 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS NA EXTRAÇÃO DO SENTIDO DAS REGRAS DO CÓDIGO PENAL

O trâmite de aplicação da pena no processo penal brasileiro obedece a princípios constitucionais que definem diretrizes e limites à atividade estatal.

Tais princípios consubstanciam, de um lado, um mecanismo de legitimação da atuação do Estado de sancionar as condutas desviantes, e por outro lado, um mecanismo limitador de sua própria atuação, configurando, portanto, um instrumento de proteção do cidadão que se submete à persecução penal.

Assim, os princípios conformam a produção das regras e, por consequência, conferem unidade a determinado ordenamento, vinculando, inclusive, a forma de se extrair o sentido das mesmas. O movimento interpretativo das regras do Código Penal, portanto, é vinculado pelos princípios constitucionais penais.

E assim o é, pois os princípios são normas que atribuem fundamento a outras normas, por meio dos fins indicados, sem, no entanto, prever mecanismos de realização; já as regras são normas imediatamente descritivas, sempre centradas nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes (ÁVILA, 2014, p. 102-155).

São os princípios, portanto, razões decisivas para várias regras, por isso possuem uma

importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico (ALEXY, 2006, p. 109).

Verifica-se, portanto, a importância do estudo dos princípios, pois com a compreensão destes - leia-se fixação de seu sentido - e partindo à interpretação das regras, de seus ditames, o interprete poderá dar conformidade constitucional ao dispositivo; e tornar sólido o alicerce do raciocínio jurídico é tornar sólida a aplicação do Direito, pois este nada mais é do que fruto da interpretação.

O Direito não existe materialmente, mas sim na relação do “dever ser” com o “ser”; “dever ser” este que se conforma à nossa interpretação dos textos legais, e interpretação esta, por sua vez, ligada intrinsecamente aos pontos de vistas, experiências e crenças.

Arthur Kaufmann (2004, p.219) - em sua obra “Filosofia do Direito” - assim leciona:

Só quando a norma e situação de vida, dever ser e ser, são postos em relação, em correspondência um com o outro, surge o direito real: o direito é a correspondência entre o dever e o ser. O direito é uma correspondência, não tem um caráter substancial, mas sim relacional, o direito no seu todo não é o complexo de artigos da lei, um conjunto de normas, mas sim um conjunto de relações.

Os conceitos jurídicos não passam de pontos de vistas que remontam outros pontos de vistas igualmente vazios. Conceitos que se sustentam em outros conceitos, que por assim serem não existem na substância.

São estes os passos trilhados por Paulo Queiroz (2012, p. 45):

Assim, supor que a lei é o próprio direito seria confundir o mapa com o território, o cardápio com a refeição; seria confundir, enfim, discurso e realidade, teoria e práxis, dever ser e ser, mesmo porque o direito constitui uma ideia, um conceito, que reenvia a outros tantos conceitos, que, à semelhança de compartimentos vazios, tem seus conteúdos preenchidos mais ou menos arbitrariamente pelas pessoas e autoridades que participam da sua construção social.

A interpretação, portanto, não pode ser considerada como ato de desvelamento de uma verdade essencial, como ato de descrição de um significado previamente dado, mas sim como ato de constituição do sentido, de construção (ÁVILA, 2014, p. 51). A interpretação cria a norma, não a descreve.

Daí a importância da fixação das bases interpretativas sólidas dos institutos, uma vez que eles não existem, pelo menos em uma análise substancial.

3 A PROPORCIONALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA

De início é necessário que se trace breves comentários a respeito da existência de diferenças entre o conceito da proporcionalidade e da razoabilidade e se estes são de fato princípios ou postulados.

Humberto Ávila (2014) - em seu livro “Teoria dos princípios” - aborda as diferenças, similitudes, critérios de aplicação, dentre outras análises, das normas, dividindo-as em regras, princípios e postulados.

Em virtude do fato de não ser objeto do presente trabalho a análise pormenorizada da mencionada obra, estabelecer-se-á um critério marcante diferenciador das espécies normativas, com o fito de viabilizar o desenvolvimento específico do tópico.

Pode-se estabelecer, como critério diferenciador das mencionadas espécies normativas, as suas respectivas dimensões de abordagem: as regras são imediatamente comportamentais, os princípios são finalísticos e os postulados são metódicos.

Em síntese, seria dizer: as regras descrevem e regulam imediatamente um comportamento, os princípios estabelecem fins e os postulados fixam métodos de aplicação/interpretação das outras espécies normativas (ÁVILA, 2014, p. 92).

Isso não quer dizer que essas características não possam ser encontradas nas espécies diversas das quais normalmente se estabelecem, uma vez que uma regra, por exemplo, pode ter, de forma mediata, um caráter finalístico. Entretanto, o ponto marcante é a distribuição das características tal qual fora demonstrada.

Seguindo essa linha de raciocínio, a proporcionalidade e a razoabilidade se aproximariam muito mais do que se entende por postulado do que princípio. De fato elas consubstanciam formas de interpretação/aplicação das regras ou princípios que se adequam ao caso em concreto.

Robert Alexy, por sua vez, se refere à proporcionalidade como uma máxima que decorreria logicamente da teoria dos princípios (ALEXY, 2006, p. 116) e que, suas subespécies, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, se enquadrariam na espécie normativa de regra (ALEXY, 2006, p.117), uma vez que não poderiam ser princípios por não admitirem procedência em alguns casos e em outros não, não poderiam ser sopesadas em relação a algo, bem como a inobservância de seus preceitos geraria uma ilegalidade.

Salienta-se que Alexy (2006) somente trabalha com as espécies normativas regras e princípios, não considerando, portanto, a existência dos postulados, conforme sustentado por Ávila (2014).

Muitos doutrinadores - como, por exemplo, Suzana de Toledo Barros (1996, p.57) - informam, como diferença principal entre a proporcionalidade e a razoabilidade, a sua origem histórica, sendo a primeira de origem alemã e a segunda de origem norteamericana, não reconhecendo, portanto, diferenças estruturais. Entretanto, existem doutrinadores que traçam diversas diferenças entre aquelas, citando-se como exemplo, Humberto Ávila (2014) e Virgílio Afonso da Silva (2002).

Na linha de raciocínio de Ávila (2014, p.195 e 203) o postulado da razoabilidade se coloca, primeiramente, como diretriz que determina a relação das normas de caráter geral com o caso individual, demonstrando de qual forma devam ser aplicadas (razoabilidade como equidade); posteriormente exige a análise de como a norma se relaciona com elementos externos (razoabilidade como congruência), e ao fim exige uma equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona (razoabilidade como equivalência).

A proporcionalidade, por sua vez, aplicar-se-ia nos casos em que estivesse presente uma relação de causalidade entre o meio e um fim, uma vez que a existência de vários fins legítimos implicaria na existência de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. Seria adequado o meio que viabilizasse o fim; seria necessário se fosse, dentre eles, o que menos restringe direito fundamental; e, por fim, seria proporcional em sentido estrito aquele que a vantagem de sua utilização superasse as desvantagens (ÁVILA, 2014, p. 227).

Marcelo Novelino (2013, p. 427), ao diferenciar os mencionados postulados define que na proporcionalidade existiria uma relação de causalidade entre meio e fim, onde se exigiria dos órgãos públicos a seleção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais para o alcance dos fins; já a razoabilidade determinaria que as condições pessoais dos sujeitos envolvidos fossem consideradas na decisão, aplicando-se nas situações em que fosse manifestado um conflito entre o geral e o individual, norma e realidade ou critério e medida.

Nota-se que, seguindo o raciocínio proposto por Ávila (2014), chega-se à conclusão de que existem diferenças significativas entre esses postulados, já tendo sido umas delas, inclusive, reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise da constitucionalidade das normas sob a ótica da razoabilidade/equivalência (ADC 29, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Luiz Fux, julgado em 29.06.2012).

Ocorre que no âmbito doutrinário penal não se encontra maiores discussões quanto à diferenciação destas normas, sendo elas, na maioria das vezes, tratadas como princípios, englobando, dentro da proporcionalidade, os conceitos de razoabilidade, como fazem, por exemplo, os manuais de Juarez Cirino dos Santos (2011) e Paulo Queiroz (2012).

Ávila (2014, p. 201) encaixa, por exemplo, na análise da fixação da pena, o postulado da razoabilidade como equivalência, em forma de mecanismo modulador da correspondência entre a culpabilidade e a reprimenda. Ocorre que, como adiantado acima, na maioria das vezes essa análise é tratada nos manuais de direito penal como fruto da incidência do princípio da proporcionalidade.

Portanto, feitas as ressalvas no que tange à diferença entre postulado e as outras normas, proporcionalidade e razoabilidade, bem como quanto à natureza destas, será adotado, a partir deste ponto, o termo “princípio da proporcionalidade” de forma genérica, uma vez que, pelo menos na seara penal, não se verificam maiores divergências no âmbito doutrinário.

Este princípio, sob a ótica do direito penal, mais precisamente no que tange à pena, exige uma congruência na fixação da reprimenda em abstrato por parte do legislador, e em concreto por parte do magistrado.

A preocupação quanto à proporcionalidade das sanções percorre séculos, sendo objeto de considerações por parte de Cessare Beccaria (1995, p.61):

O interesse geral não se funda apenas em que sejam praticados poucos crimes, porém ainda que os crimes mais prejudiciais à sociedade sejam os menos comuns. Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos.

Miguel Reale Junior (1999, p.415), traçando algumas considerações quanto à proporcionalidade e a função do legislador, assim defendeu:

O legislador, mormente no âmbito penal, não é nem pode ser onipotente, pois as incriminações que cria e as penas que comina devem guardar relação obrigatória com a defesa de interesses relevantes. Os fatos incriminados devem, pois, efetivamente ameaçar, colocar em risco ou lesar esses interesses relevantes.

Isto porque a ação do legislador penal está sujeita ao princípio constitucional da proporcionalidade, também dito princípio da razoabilidade e ao princípio da ofensividade.

O princípio da proporcionalidade representa uma medida que ao mesmo tempo orienta e limita a função legislativa. Orienta, pois o legislador deve utilizar a proporcionalidade para fixar a pena em abstrato; e limita, pois eventuais desproporções viabilizam o controle por parte do Poder Judiciário.

Importante esclarecimento concedido por Paulo Queiroz (2013, p. 82):

Em nome do princípio da proporcionalidade, urge que a pena, a ser cominada ou ser aplicada, guarde justa proporção com o grau de ofensividade da conduta delituosa, objetivando orientar a criminalização de comportamentos pelo legislador, bem como a sua individualização judicial, devendo a reação penal retratar o merecimento do autor da infração, de acordo com as circunstâncias jurídico-penalmente relevantes (CP, art. 59). Portanto, tal princípio rechaça o estabelecimento de cominações penais (proporcionalidade abstrata) e a imposição de penas (proporcionalidade concreta) que careçam de toda a relação valorativa com o fato, contemplado a globalidade de seus aspectos.

Verificam-se, na legislação penal, lesões diretas ao princípio da proporcionalidade, que eivam a norma do vício de inconstitucionalidade e permitem, como já demonstrado, o controle judicial.

Veja-se, a título de exemplo, a situação a seguir: no crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, tipificado no artigo 273 do Código Penal, a pena cominada é de 10 a 15 anos de reclusão e multa, estando sujeito à mesma pena aquele que “importa, vende, expõe, à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado”. Já no crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, a pena cominada é de 5 a 15 anos e pagamento de 500 a 1500 dias multa.

Por mera leitura, verifica-se uma desproporção entre as penas mínimas estabelecidas nos tipos, sem que haja justificativa plausível para tamanha diferenciação; no primeiro a pena mínima é de 5 anos, no segundo é de 10.

Como já dito, a lesão ao princípio da proporcionalidade eiva a norma do vício de inconstitucionalidade, abrindo espaço ao controle judicial. O magistrado, lançando mão da analogia *in bonam partem*, deve, com fulcro no princípio da proporcionalidade, aplicar a pena mínima estabelecida no crime paradigma.

Em uma situação hipotética, caso o indivíduo tivesse cometido o crime previsto no artigo 273 do Código Penal, na modalidade “venda”, ao invés de se aplicar a pena mínima do próprio tipo, 10 anos, aplicar-se-ia a pena mínima do crime tipificado no art. 33 da Lei 11.343, qual seja 5 anos, em atenção ao princípio da proporcionalidade. Nesta hipótese estar-se-ia aplicando a pena abaixo do mínimo previsto no artigo 273.

Nesse sentido se manifestou o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (apelação criminal, nº 5721, Segunda Turma Especializada, Tribunal Regional Federal da Segunda

Região, Relator: Messod Azulay Neto, julgado em: 04/11/2008):

PENAL - COMERCIALIZAÇÃO DE ANABOLIZANTES SEM REGISTRO NO ÓRGÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ART. 273, § 1º-B, I, DO CP - FIXAÇÃO DA PENA - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – REDUÇÃO – PARÂMETRO - DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (LEI 6.368/76).

Com este exemplo, fica clara a importância da incidência do princípio da proporcionalidade na aplicação da pena.

Nessa esteira de pensamento, verifica-se que o desprezo de uma circunstância, em razão da incidência do enunciado 231 do Superior Tribunal de Justiça, necessariamente, faz com que a sanção seja desproporcional ao delito, pois a proporcionalidade decorre, exatamente, do binômio medida da sanção/circunstâncias.

O compromisso do magistrado é com a pena adequada ao caso concreto, seja ela no mínimo, aquém ou além dele, e este compromisso decorre justamente da exigência constitucional da proporcionalidade. Nesta ótica, o que é realmente importante é a fixação de uma pena condizente com o delito e suas múltiplas variáveis, ainda que seja necessário aplicá-la aquém do mínimo (QUEIROZ, 2012, p. 428-429).

Não se trata, portanto, de uma faculdade, mas sim de uma determinação. É dizer: o magistrado está compelido a reduzir a pena aquém do mínimo quando da incidência da atenuante.

4 ABSOLUIÇÃO POR INSIGNIFICÂNCIA E REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – A MAIORI, AD MINUS

A lei penal deve se limitar a atingir condutas graves, que lesam significativamente o bem jurídico tutelado no tipo, excluindo-se de seu alcance ações que causam lesões ínfimas. Entretanto, dadas a generalidade e a abstração, características próprias da legislação, a lei pode acabar alcançando condutas que, a despeito de serem formalmente típicas, imprimem uma lesão insignificante ao bem jurídico tutelado.

A noção de tipicidade material acaba por ser desenvolvida por Claus Roxin (2000) em decorrência da adoção do funcionalismo teleológico, tipicidade esta que somente existe em virtude de uma lesão significativa ao bem jurídico.

Logo, além do direito penal somente proteger uma parte seleta de bens jurídicos – princípio da fragmentariedade – ele somente incide quando da ocorrência de uma lesão significativa a tais bens.

Todo o pensamento funcionalista teleológico é pautado na ideia de se interpretar, de se entender a teoria do delito a partir dos aspectos da política criminal.

Assim orientou Roxin (2000, p.82):

O direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo de vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas. Um divórcio entre construção dogmática e acertos político-criminais é de plano impossível, e também o tão querido procedimento de jogar o trabalho dogmático-penal e o criminológico um contra o outro perde seu sentido: pois transformar conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais, e estas em regras jurídicas, da *lex lata* ou *ferenda*, é um processo, em cada uma de suas etapas, necessário e importante para a obtenção do socialmente correto.

Entender a teoria do delito sem conectá-la com os aspectos da política criminal, para Roxin (2000, p.17), faria surgir “uma dupla medida, que faz com que possa ser dogmaticamente correto o que é político-criminalmente errado, e vice-versa”.

O ponto fraco dos sistemas abstratos não está, tão somente, no fato de se encontrarem em posição defensiva contra a política criminal, mas, em maior grau, no desprezo das peculiaridades do caso concreto, onde, em muitos casos, a segurança jurídica é salva às custas da justiça (ROXIN, 2000, p.85).

Em suma: a função do tipo penal, em última análise, seria evitar lesões significativas aos bens jurídicos por ele tutelado. E se não é função do tipo penal proteger lesões insignificantes, estas seriam atípicas, pois não alcançadas pelo espectro da tipicidade material, a despeito de alcançadas pela tipicidade formal.

A insignificância se conecta ainda com o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que sempre que a lesão ao bem jurídico é ínfima a sanção estabelecida no tipo penal é desproporcional.

O princípio da insignificância, portanto, seria um mecanismo através do qual o magistrado, em razão da patente desproporção entre o crime e a punição, reconheceria o caráter não criminoso de uma conduta, que embora alcançada pela tipicidade formal, não constituiria lesão digna de proteção penal. Adotar-se-ia, nessa esteira de raciocínio, um critério de interpretação restritivo, pautado na concepção material do tipo, através do qual poder-se-ia alcançar, por via judicial, a proposição político-criminal de descriminalização de condutas insignificantes. (QUEIROZ, 2012, p.85).

As lesões ínfimas ao bem jurídico tutelado pela norma não merecem agasalho da justiça penal, não querendo dizer, contudo, que o ato passe *in albis*, em razão da existência de outras instâncias de controle como, por exemplo, o juízo cível.

No âmbito jurisprudencial não há maiores divergências quanto à aplicação da insignificância, já tendo o Supremo Tribunal Federal manifestado seu entendimento, *in verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. MOEDA FALSA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDUTA ATÍPICA. ORDEM CONCEDIDA.

3. A apreensão de nota falsa com valor de cinco reais, em meio a outras notas verdadeiras, nas circunstâncias fáticas da presente impetração, não cria lesão considerável ao bem jurídico tutelado, de maneira que a conduta do paciente é atípica. 4. Habeas corpus deferido, para trancar a ação penal em que o paciente figura como réu. (HC, nº83526, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Joaquim Barbosa, julgado em: 16/03/2004).

Nota-se que o reconhecimento da insignificância torna o fato atípico, desaguando necessariamente na absolvição do réu; e se o magistrado pode absolver o réu por insignificância, pode reduzir a pena aquém do mínimo legal em situações limítrofes.

Esta é a hipótese em que o juiz entende que a lesão não é tão insignificante ao ponto de se aplicar o princípio analisado neste tópico, entretanto é insignificante ao ponto de a pena mínima ser considerada exacerbada.

É, portanto, uma situação limítrofe, onde a conduta do magistrado encontra guarida no princípio da proporcionalidade.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região possui um precedente, antigo, porém interessante, onde admite a aplicação da pena aquém do mínimo pela verificação da insignificância:

EMENTA: PENAL. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. Dada a excepcionalidade do caso e a insignificância da conduta criminosa, admite-se a fixação da pena abaixo do mínimo legal. (Apelação Criminal, nº 94.04.34103-7, 2ª Turma, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator: José Fernando Jardim de Camargo, julgado em: 28/02/1996).

Como este julgado é um tanto quanto antigo, só consta no site o Tribunal Regional a ementa, e pela sua análise isolada, verifica-se uma impropriedade técnica, pois, se havia insignificância, o réu deveria ser absolvido em razão da falta de tipicidade material, e não ter

sua pena reduzida aquém do mínimo.

É preciso diferenciar as situações. O que se sustenta é que em situações onde a conduta não seja insignificante ao ponto de admitir-se a aplicação do princípio da insignificância, que afastaria a tipicidade material, mas seja insignificante ao ponto de não justificar a pena mínima, deve o magistrado reduzi-la. Diferença sutil, mas existente.

Aqui a máxima do latim *a maiori, ad minus*, conhecida no Brasil através da expressão “quem pode o mais, pode o menos”, se aplicaria perfeitamente, uma vez que se o Estado-Juiz pode deixar de aplicar a pena, em razão do reconhecimento da atipicidade material, pode reduzi-la aquém do mínimo com atenção ao princípio da proporcionalidade.

Pena sem proporcionalidade, em última análise, equivale ao despotismo, à arbitrariedade, falta de racionalidade. É dizer: a pena é medida nos estreitos termos do caso concreto, de suas circunstâncias.

5 CONCLUSÃO

Em face de tudo quanto foi exposto, pode-se sintetizar que:

1. Os princípios são normas que orientam tanto a produção das regras, quanto a extração dos seus sentidos, e por esta razão concedem coerência e unidade ao ordenamento jurídico. Constituem mecanismo de fundamental importância para firmar bases sólidas para o desenvolvimento do discurso jurídico, uma vez que o direito considerado em si é meramente relacional, seguindo a concepção de Arthur Kaufmann;
2. A proporcionalidade, por sua vez, evita que existam lesões desproporcionais aos direitos fundamentais, conforma tensões existentes entre eles, bem como, mais especificamente no âmbito penal, exige uma gradação precisa entre a pena e o delito - leia-se pena em abstrato e pena em concreto.
3. Em razão de sua força normativa, o legislador deve atentar para seus preceitos ao fixar a pena em abstrato e o juiz ao fixar a pena em concreto. Lesões a este princípio eivam a norma do vício de inconstitucionalidade, viabilizando, dessa forma, o controle judicial.
4. A atenção à força normativa da proporcionalidade é de fundamental importância na dosimetria da pena, uma vez que ela poderá viabilizar a redução aquém do mínimo, seja por aplicação da pena mínima de crime paradigma, em uma análise relacional,

seja pelo fato da pena mínima do próprio tipo se mostrar desproporcional, em uma análise isolada das próprias circunstâncias do delito;

5. O princípio da insignificância, por sua vez, exclui do espectro criminal condutas que lesam de forma insignificante o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora, por falta de tipicidade material, cominando, por consequência, na absolvição do réu por atipicidade da conduta, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e do pensamento funcionalista teleológico de Claus Roxin;

6. Ele se conecta ao princípio da proporcionalidade, uma vez que se a conduta gera uma lesão insignificante ao bem jurídico tutelado, a pena mínima estabelecida para o tipo penal se torna exacerbada, desproporcional;

7. Consequência lógica, da análise conjunta dos princípios da proporcionalidade e da insignificância, portanto, é a de que se é possível o magistrado absolver o réu por atipicidade da conduta, em razão do reconhecimento da insignificância, é possível reduzir a pena aquém do mínimo legal em situações onde a lesão não seja tão insignificante ao ponto de gerar a atipicidade, mas seja insignificante ao ponto de tornar a pena mínima desproporcional, exacerbada.

8. Se o Estado-Juiz pode deixar de aplicar a pena, em razão da insignificância, quanto mais reduzi-la aquém do mínimo em situações limítrofes - *a maiori, ad minus*.

***APPLICATION OF INTERMEDIATE BELOW THE MINIMUM PEN IN
THE BRAZILIAN LEGAL RIGHT:
INTERPRETATION IN THE LIGHT OF THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE***

ABSTRACT

Presently, within doctrinaire circles, a line of thought is growing that defends the possibility of giving intermediate penalty below the legal minimum. Despite the Superior and Supreme Courts of Justice prohibiting the aforementioned reduction, numerous magistrates do apply it. Between this jurisprudential deviation and the real growth in doctrinaire thinking in defense of a reduction, the aim of this article is to introduce into the discussion the possibility of applying the proportionality as a necessary guideline for laws relating to sentencing. The article's point of departure is the theory of Paulo Queiroz which posits applying the proportionality to sentencing, alongside the concept of insignificance developed by Claus Roxin, with the aim of shaping sentencing and developing a new mode of interpreting that allows for sentencing below the legal minimum.

Keywords: *Proportionality. Insignificance. Legal minimum.*

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Paulo Bueno de. **Aplicação da pena abaixo do mínimo legal: a proporcionalidade do Direito Penal**. 2010. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/206>. Acesso em: 25 maio 2012.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2.ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11.ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 01 fev. 2012.

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

REALE JR., Miguel. A inconstitucionalidade da lei dos remédios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 763, 1999.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Rio de Janeiro: Renova, 2002.

RIBEIRO, Bruno Sales Pereira. **A possibilidade de redução da pena aquém do mínimo, pelo reconhecimento de circunstância atenuante: uma nova leitura da função dos marcos penais**. 2013. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/2-A-possibilidade-de-reducao-da-pena-aquem-do-minimo-legal-pelo-reconhecimento-de-circunstancias-atenuantes:-uma-nova-leitura-da-funcao-dos-marcos-penais>> Acesso em: 27 set. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. 2002. Disponível em:
<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>> Acesso em: 02
jul. 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de derecho penal: parte general*. 6.ed. Buenos Aires:
Ediar, 1991.