



Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais
FAJS Curso de Direito

CYNTHIA COELHO CORTEZ

**A VALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA
PERMANÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

BRASÍLIA
2012

CYNTHIA COELHO CORTEZ

**A VALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA
PERMANÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso de Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais do Centro Universitário de Brasília –
UNICEUB.
Orientadora: Maria Elizabeth G. T. Rocha

BRASÍLIA
2012

CYNTHIA COELHO CORTEZ

**A VALIDADE DA SÚMULA 231 DO STJ E AS CONSEQUÊNCIAS DE SUA
PERMANÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho apresentado à Faculdade de Direito,
como requisito parcial para a obtenção ao
grau de Bacharel em Direito com habilitação
no Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Banca Examinadora

Prof. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Orientadora

Prof. Examinador

Prof. Examinador

BRASÍLIA

2012

Aos meus pais, por acreditarem em mim e me proporcionarem com amor e dedicação minha formação acadêmica, além da educação para a vida. A minha irmã pela força e companheirismo e aos meus familiares fonte de apoio e carinho constantes.

AGRADECIMENTOS

Obrigada a Deus, por ter me dado força, sabedoria e discernimento, para que eu pudesse concluir essa tão importante etapa da vida.

Obrigada aos meus pais, Luís e Sandra e a minha irmã, Amanda, por confiarem a mim a importante missão de completar a graduação de Direito e por me apoiarem, com amor e dedicação, na importante escolha do curso e em todas as fases que percorri até aqui. Agradeço também por me incentivarem a seguir estudando e a me ensinarem que nunca devemos desistir dos nossos sonhos.

Obrigada aos meus queridos familiares, em especial a Titia Maria da Paz, pelas orações, apoio, carinho e incentivo durante toda minha caminhada.

Obrigada aos professores da instituição, em especial a Ministra Maria Elizabeth pelo carinho, pela disponibilidade, por acreditar em mim e me proporcionar importantes oportunidades de aprimoramento acadêmico, serei eternamente grata.

Obrigada aos amigos do escritório FranceschiniOliveira Advogados e Associados pela compreensão, carinho e incentivo proporcionados em toda minha trajetória.

Obrigada aos meus queridos amigos, pela preocupação, incentivo e carinho com os quais sempre me acolheram.

RESUMO

A Súmula 231 editada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o ano de 1999, constitui motivo de importante debate acerca da função da pena, uma vez que essa disposição sumular limita o poder de atuação do magistrado no que tange ao momento de aplicação da sanção penal, violando de maneira nítida importantes princípios constitucionais, entre eles, o princípio do devido do processo legal, da individualização da pena e da legalidade. A permanência dessa súmula em um Estado Democrático de Direito fere a supremacia constitucional, bem como a importância da segurança jurídica conferida no Direito Penal, uma vez que se constitui em uma injustiça velada contra o réu no momento de cominação de sua pena, a qual deve ser, precipuamente, justa, suficiente, necessária e proporcional ao delito praticado. Diante da existência dessa súmula, exige-se uma postura proativa da atividade jurisdicional, que deixa de ter a função de mero aplicador da lei para ocupar a posição de criador do direito, cabendo a ele interpretar a norma da forma adequada ao caso em concreto. As mudanças e as consequências ocasionadas pelo advento da Súmula 231 do STJ são o objeto deste trabalho de pesquisa, tanto sob a perspectiva doutrinária como sob a ótica dos tribunais, mediante a análise de decisões judiciais – contra e a favor da súmula em questão – com o objetivo de identificar a evidente inconstitucionalidade e a injustiça contra o condenado, presentes em seu conteúdo ao negar a possibilidade de quebra da pena mínima.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula 231 do STJ. Função da pena. Quebra da pena mínima. Atuação do magistrado. Jurisprudência. Inconstitucionalidade.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
RESUMO	6
INTRODUÇÃO	8
1 A VIOLAÇÃO DA FUNÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
1.1 Finalidade da Pena	12
1.2 A Individualização da Pena	15
1.3 Finalidade da Execução Penal	25
2 A SÚMULA 231 DO STJ DIANTE DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	28
2.1 Dos argumentos favoráveis à permanência da Súmula 231 do STJ	31
2.2 Análise crítica de alguns dos julgados que deram ensejo à Súmula 231 do STJ e dos princípios constitucionais nitidamente violados	35
<i>2.2.1 Do Princípio da Legalidade e do Devido Processo Legal</i>	36
<i>2.2.2 Do Princípio da Individualização da Pena</i>	39
<i>2.2.3 Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade</i>	43
<i>2.2.4 Princípio da Culpabilidade e da Dignidade da Pessoa Humana</i>	45
<i>2.2.5 Princípio da Intervenção Mínima</i>	46
2.3 A pena aplicada abaixo do mínimo legal: análise de jurisprudências	47
3 O PAPEL DO MAGISTRADO	54
3.1 A importância e a responsabilidade do juiz no exercício da função jurisdicional	54
3.2 Discricionariedade versus Arbitrariedade	56
3.3. A atuação harmônica dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no Estado contemporâneo	59
3.4 Ativismo Judicial	64
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

A criação do enunciado da Súmula da Colenda Corte Superior de Justiça, a qual dispõe: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” – publicada no Diário de Justiça em 15 de outubro de 1999 – suscitou importantes questionamentos referentes, principalmente, à função da pena, a observância de princípios constitucionais que estão sendo violados, bem como o real papel do magistrado no ordenamento jurídico brasileiro.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é no sentido de que somente na terceira fase de aplicação da pena é que a pena-base – definida na primeira fase de aplicação da pena, por meio das circunstâncias judiciais descritas no artigo 59 do Código Penal – pode ser alterada, por meio das circunstâncias de aumento ou de diminuição. Entretanto, o vício torna-se evidente, pois as atenuantes, por serem inerentes ao acusado, devem ser aplicadas e desde o início, ou seja, já na segunda fase de aplicação da pena, quando são aplicadas as atenuantes, artigo 61 do Código Penal, e agravantes, artigos 65 e 66 do Código Penal, levando em consideração as exigências do art. 59 “caput” e artigo 68, primeira parte – ambos do mesmo diploma legal.

Portanto, apesar de existir, na teoria, um sistema trifásico de aplicação da pena, com a elaboração da Súmula 231 do STJ há, na realidade, um sistema bifásico, no qual é anulada a segunda fase quando na primeira foi aplicada a pena-base no mínimo legal. Ou seja, o artigo 68 do Código Penal deixa, tacitamente, de existir.

Vislumbra-se a importância da discussão visto que, ante o exposto, o Código Penal Brasileiro está sendo nitidamente violado, assim como a função da pena e as garantias constitucionais do acusado de que teria, no mínimo, segurança jurídica, por meio da legislação e respeito à Constituição, com a certeza de um julgamento, pelo menos, de acordo com o princípio da legalidade e do devido processo legal.

Ademais, o próprio papel do magistrado – único capaz de aferir, no caso concreto, a pena justa, adequada e proporcional ao delito – é questionado, uma vez que é obrigado a ficar inerte, frente a existência dessa súmula, como mero

aplicador da lei, quando se exige uma atividade jurisdicional proativa, na medida em que a atividade jurisdicional tem a função precípua de distribuir a justiça, ante as demandas judiciais que lhe são apresentadas.

Este trabalho tem como objeto a análise da Súmula 231 do STJ e as consequências de sua permanência no ordenamento jurídico, mediante o confronto desta disposição sumular com princípios constitucionais consagrados, principalmente no que tange a importância de aplicá-los no Direito Penal, além da análise de como vem sendo aplicados e interpretados os artigos 59, 65 e 68 do Código Penal – e outros dispositivos relacionados – pelos tribunais brasileiros nos casos concretos. Nesse diapasão, para abordar este tema de pesquisa, o trabalho foi dividido em três capítulos:

No primeiro, será abordado a função da pena, bem como o estudo de sua aplicação, com o escopo de elucidar a relevância de se cominar uma pena necessária e suficiente ao delito praticado, ratificando-se o caráter proporcional no qual deve ser aplicada, garantindo assim a segurança jurídica ao réu. Essa finalidade da sanção penal foi afetada com a edição da Súmula 231 do STJ, pois com a vedação da aplicação das atenuantes, quando a pena-base foi estipulada no mínimo legal previsto em abstrato, foi vedada a possibilidade de quebra da pena mínima, embora essa fosse a pena adequada, justa e adequada ao caso concreto.

O segundo capítulo inicia-se com a análise do confronto existente entre a permanência da Súmula 231 do STJ, em detrimento da supremacia constitucional, momento no qual serão abordados os princípios constitucionais clássicos, explícitos e implícitos – da legalidade, do devido processo legal, da individualização da pena, da proporcionalidade, da razoabilidade, da culpabilidade, da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima – que devem ser respeitados, principalmente na esfera penal, por tratar de bens indisponíveis como a vida, a liberdade e a honra.

Salienta-se que ainda no segundo capítulo, concomitante com a análise dos princípios acima citados, serão estudados alguns julgados selecionados que deram ensejo à criação da Súmula 231 do STJ, bem como outros que são favoráveis à aplicação dessa súmula, tendo como contraponto a análise da ínfima, mas existente jurisprudência, a qual aplica a pena abaixo do mínimo legal, indo, portanto, de encontro, com o que dispõe a súmula em questão e gerando uma

reflexão crítica acerca do tema proposto.

Finalmente, no terceiro capítulo, o papel do magistrado será debatido com o enfoque de ressaltar a postura proativa desse importante agente político Estatal, cuja função não é a de ser um mero aplicador do direito no caso concreto, uma vez que a atividade do juiz tem o condão de realizar a justiça, principalmente diante de enunciados, como o da súmula em debate, manifestamente inconstitucional.

A análise dessa atividade proativa do magistrado será feita por meio do estudo da relação harmônica que deve existir entre os Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – vigentes no Estado contemporâneo brasileiro, bem como a discricionariedade, e não arbitrariedade, exigida do aplicador do Direito ao se deparar com a causa “sub judice”, e, por fim, um estudo sobre a importância do ativismo judicial em um Estado Democrático de Direito.

Logo, a presente discussão torna-se necessária visto que em um processo decisório judicial é evidente a importância que as súmulas têm adquirido durante o processo. Apesar do Direito Brasileiro ter se filiado ao Direito Romano-Germânico conforme elucida o princípio da legalidade ilustrado no art. 5^o¹, inciso II, da CF/88, na prática, as súmulas têm adquirido esse poder de fundamentar decisões para dirimir os conflitos levados ao Poder Judiciário. Nesse sentido elucida Lênio Luiz Streck:

[...] tendo a precípua tarefa de trazer a última (e definitiva) palavra dos Tribunais Superiores a respeito da interpretação de qualquer ato normativo (normas constitucionais, infraconstitucionais, decretos, portaria etc.), é importante ressaltar que a Súmula não cumpre tão-somente um papel de uniformização formal da jurisprudência. Na realidade, a súmula tem a função de produzir um sentido ‘clausurado’ da norma com o que passa a ter um caráter de quase normatividade. [...] A súmula é, assim, a produção de definições explicativas, que tem força prescritiva na prática diária dos juristas, pela simples razão de que a força coercitiva do direito não emana somente da lei, senão das práticas do Judiciário. Ou seja, as fontes do Direito ultrapassam o âmbito da lei, criando desde zonas de intersecção até invasão de competências, o que provoca, inexoravelmente, a discussão acerca dos limites e do alcance dessas fontes.²

¹ “Art. 5^o [...] inciso II: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5^o., inciso II).

² STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 238.

A pesquisa aqui realizada tem natureza bibliográfica dogmática, cujo enfoque encontra-se na preservação do escopo do Direito Penal, por meio da função da pena e atuação do juiz no momento de individualização e cominação da pena, com o objetivo de preservar a Carta Constitucional, em detrimento da Súmula 231 do STJ que vai de encontro a tudo isso. Primou-se, portanto, pela visão principiológica estabelecida pela doutrina, assim como na jurisprudência acerca do tema, por meio da análise da aplicação dessa súmula pelos magistrados.

O escopo da pesquisa foi o de contribuir com uma análise teórica e jurisprudencial, diante do efeito normativo que as súmulas possuem e, assim, fazer uma crítica que apresente pontos de vista diferentes, a fim de chamar a atenção e ampliar a compreensão dos observadores a respeito dessa problemática acerca da Súmula 231 do STJ e as possíveis consequências de sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere à preservação da hierarquia Constitucional, do escopo do Direito Penal ao aplicar a pena e no tocante ao papel legitimado do magistrado, tendo em vista os prejuízos causados ao condenado, nitidamente injustiçado.

1 A VIOLAÇÃO DA FUNÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Finalidade da Pena

O Código Penal Brasileiro, por força de norma expressa prevista no artigo 59³, “caput”, evidencia as duas finalidades da sanção penal, quais sejam – pena necessária e pena suficiente – ratificando assim o caráter proporcional no qual a pena deve ser aplicada diante de um crime praticado. Essa proporcionalidade consubstancia-se na parte final do referido artigo ao dispor que a pena deve ser aplicada “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

A finalidade da pena, bem como a sua proporcionalidade e a importância de que deve ser necessária e suficiente ao delito praticado estão amparados na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal brasileiro que assim dispõe:

Da Aplicação da Pena

50. [...] A finalidade da individualização está esclarecida na parte final do preceito: importa em optar, dentre as penas cominadas, pela que for aplicável, com a respectiva quantidade, à vista de sua necessidade e eficácia para “reprovação e prevenção do crime”. Nesse conceito se define a Política Criminal preconizada no Projeto, da qual se deverão extrair todas as suas lógicas conseqüências.

Diante desse binômio “necessidade e suficiência”, podemos dizer que a qualidade está para o princípio da necessidade, assim como a quantidade está para o princípio da suficiência da pena⁴. No momento, interessa apenas discorrer sobre o segundo princípio visto que está atrelado à quantidade de pena aplicada.

Segundo Francesco Carrara, o princípio da suficiência da pena deve

³ “Art. 59 O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]” (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Art. 59).

⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2005, p. 116.

estar em consonância com o princípio da proporcionalidade, pois considera-se suficiente a pena proporcional ao delito praticado, ou seja, aquela que não é excessiva:

Não deve ultrapassar a proporção com o mal do delito. Todo sofrimento irrogado ao culpado além do princípio da pena, que o de dar ao preceito uma sanção proporcionada à sua importância jurídica, e além da necessidade da defesa, que é a de elidir a força moral objetiva do delito, é um abuso de força, é ilegítima crueldade⁵.

Portanto, o magistrado deve estar atento às circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto no momento de fixar a pena pertinente ao crime praticado, devendo ser, portanto, razoável, proporcional, suficiente e necessária para então reprová-lo e prevenir o delito. Logo, haverá apenas uma reprimenda justa em cada caso, devendo o juiz criminal, em uma de suas mais importantes funções, fundamentar⁶ e fixar a pena quando entender que o réu merece a condenação.

As penas acompanharam toda a história do homem e várias foram as justificativas dadas para fundamentar e legitimar a repressão à ofensa aos dispositivos legais determinados mediante a ação estatal. Dentre essas justificativas, foram criadas três teorias, colocadas pela doutrina, que objetivam justificar a finalidade da sanção penal, quais sejam – Teorias Absolutas (retribucionistas), Teorias Relativas (utilitárias ou Utilitaristas, Teoria da Prevenção especial e Geral) e Teorias Mistas (Ecléticas ou Intermediárias).

As Teorias Absolutas apregoam que a pena visa a restauração da ordem atingida pelo cometimento do delito, por meio de uma restrição jurídica daquele que violou a norma, ou seja, atribui um castigo ao mal praticado, ressaltando que a sanção deve ocorrer dentro dos limites da justa retribuição para então ser justificada a ação penal. Logo, nessa teoria é notória a ausência de qualquer preocupação com o réu, assumindo a pena caráter eminentemente retributivo.

⁵ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Campinas: LZN Editora, 2002, v.2, p. 98.

⁶ A fundamentação das decisões judiciais é obrigação do magistrado: “Art. 93.[...] IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 93, inciso IX).

Embora tenha esse caráter negativo, as Teorias Retribucionistas foram importantes na medida em que inseriram o princípio da culpa – a qual erige não poder haver pena sem culpa, além da medida da pena não poder ultrapassar, de forma alguma, a medida da culpa – na aplicação de pena, veja-se:

E aqui reside justamente o mérito das doutrinas absolutas: qualquer que seja o seu valor ou desvalor como teorização dos fins das penas, a concepção retributiva teve – histórica e materialmente – o mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa humana.

Como teoria dos fins da pena, porém a doutrina da retribuição deve ser recusada e, na verdade, recusada *in limine*. Logo porque ela não é assumidamente (verdadeiramente não quer, nem pode ser) uma teoria dos fins da pena. Ela visa justamente o contrário, isto é, a consideração da pena como “entidade independente de fins” [...].⁷

Por outro lado, as Teorias Relativas sustentam que a sanção penal tem a função de prevenir e impedir a prática delituosa. Ou seja, causar a inibição da prática delituosa a todos os cidadãos (Teoria da prevenção Geral) e impedir a ação criminosa reincidente do apenado, primando pela satisfação de uma necessidade social fundada na defesa da sociedade (Teoria da prevenção especial). Para essa teoria, também denominada de Utilitária ou Utilitarista, a aplicação da pena constitui uma oportunidade de ressocialização do criminoso, aproximando-se assim do escopo da execução penal.

A existência de ambas as teorias no bojo do atual ordenamento jurídico nacional surgiram após uma série de tentativas de adaptar a pena ao contexto sócio cultural econômico existente na época, mas, sobretudo, como sinônimo de poder. De acordo com Cesare Beccaria:

[...] somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.⁸

A terceira teoria, denominada de teoria mista, traz características das duas teorias supracitadas, ou seja, para ela, a pena possui caráter retributivo,

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, p. 70.

⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: ed. Martin Claret, 2004, p. 19-20. Tradução: Torrieri Guimarães.

embora sua finalidade alcance, igualmente, a ressocialização do condenado. O Direito Brasileiro optou por essa teoria no que se refere à função da pena, uma vez que essa sanção possui ao mesmo tempo caráter retributivo e preventivo. Essa escolha fica evidente na redação do artigo 59 do Código Penal ao dispor que a pena aplicada deve ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Nesse contexto, a função da pena é um tema que deve ser debatido no âmbito da aplicação da Súmula 231 do STJ – que dispõe não poder incidir circunstância atenuante que conduza a pena abaixo do mínimo legal – sendo assim nitidamente contestada, afinal, a importância dos princípios constitucionais que devem ser observados tanto pelo legislador quanto pelo juiz limitam a cominação, a aplicação e execução da pena⁹, pois quando não são devidamente seguidos, desestruturam toda a validade da sanção penal.

1.2 A Individualização da Pena

Em que pese o direito da sociedade de ver a punição do infrator, a forma e os meios de punição devem ser proporcionais ao delito cometido e respeitar, sobretudo, a dignidade do agente que perde sua liberdade. A reforma ocorrida no século XVIII, denominada de “humanitária”, desnuda-se ante uma justiça que buscou ser mais inteligente, visando uma vigilância eficaz, atenta ao corpo social e a uma busca de interesses econômicos, mudou-se, portanto, apenas a estratégia. Conforme ensina Michel Foucault:

O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais equitativos; mas estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social. A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do direito de punir [...].¹⁰

⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. *Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para sua Aplicação e Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 36.

¹⁰ FOCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 29. ed., Petrópolis: ed. Vozes, 2004, p. 67-68. Tradução: Raquel Ramallete.

Dessa forma, a verificação de aplicação dos princípios constitucionais torna-se fundamental, assim como os pressupostos legais no que se refere ao sistema trifásico de aplicação da pena, como forma de garantir um devido processo legal ao apenado, já que ocorrendo o crime, ocorrerá a sanção penal inexoravelmente. Sobre a importância dos princípios afirma Robert Alexy:

Los principios, al igual que, reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distincion entre reglas y principios es pues una distincion entre dos tipos de normas.

Numerosos son los criterios propuestos para la distincion entre reglas y principios. El de generalidad es el mas frecuentemente utilizado. Segun el, los principios son normas de un grado de generalidad ja relativaante alto, y las reglas normas com un nivel relativamente bajo de generalidad.¹¹

O processo de individualização da pena se divide em três momentos fundamentais: cominação, aplicação e execução. A cominação é destinada ao legislador que estipula os fatos penalmente relevantes, fixando a modalidade e os limites da reprimenda devida ao crime praticado. Já a aplicação é tarefa pertencente ao magistrado criminal, que sopesa as circunstâncias do caso em comento e fixa a pena proporcional e justa. Por fim, na última etapa, denominada de execução, confiada ao juiz da execução penal, cumpre fazer valer o que foi estipulado no título executivo (Lei de Execução Penal 7.2010/84, artigos 5º, 6º e 8º)¹².

Ocorre que independente de qual seja o fundamento que é dado à pena, o importante é que ela seja pública, proporcional e justa, preservando a dignidade humana. Como forma de garantir esses princípios Nelson Hungria defendeu a tese que até hoje é aplicada: a fixação da pena em três fases distintas, previsto no artigo 68 do Código Penal brasileiro que assim dispõe:

Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Imprenta Fareso, S.A., 1993, p. 81.

¹² “Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. Art. 8º: O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”. (BRASIL. Lei de Execução Penal, n. 7.210 de 11 de julho de 1984. Artigos 5º, 6º, 7º e 8º).

deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Na primeira fase são analisadas as circunstâncias judiciais, definidas pelo legislador, o qual estabeleceu critérios fundados na culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, assim como comportamento da vítima para que o magistrado possa cominar a pena-base (artigo 59¹³ “caput” e artigo 68, primeira parte) no caso concreto.

A pena-base, segundo ensinamento de Paganella Boschi:

[...] é aquela que atua como ponto de partida, ou seja, como parâmetro para as operações que se seguirão. A pena-base corresponde, então, à pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos a priori na lei penal, para que, sobre ela, incidam, por cascata, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes.¹⁴

Na segunda fase há a análise das circunstâncias legais (agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61, 62 e 65 todos do Código Penal), por fim, na terceira e última fase são averiguadas as causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, previstas na parte geral e na parte especial (art. 68, terceira parte).¹⁵

Ocorre que nessa primeira fase, embora o legislador tenha estipulado os critérios para cominação da pena-base, não há um detalhamento de como devem ser auferidos esses requisitos, culminando, em alguns casos, em arbitrariedades cometidas pelo juiz que em caráter subjetivo estipula a pena.

Salienta-se que deve ficar claro na estipulação da pena-base que os critérios utilizados pelo magistrado tratam-se das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, uma vez que existem as circunstâncias elementares do crime, bem como as circunstâncias legais que devem ser analisadas em

¹³ “Art. 59 O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]” (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Art. 59).

¹⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 3 ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 187-188.

¹⁵ FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 59-60.

momentos distintos com o escopo de não penalizar o condenado de maneira excessiva devido a uma circunstância que, de forma errônea, foi considerada mais de uma vez.

Ou seja, as circunstâncias elementares são aquelas previstas no próprio tipo penal, como por exemplo, no artigo 250¹⁶ do Código Penal em que há a tipificação do crime de Incêndio que pressupõe a utilização de fogo, não podendo, portanto esse meio ser utilizado uma segunda vez na condenação, agora em outro momento, qual seja na segunda fase de aplicação da pena, em que são utilizadas as circunstâncias legais (que também incluem as majorantes e minorantes, analisadas na terceira fase de aplicação da pena), dentre elas as agravantes estabelecidas no artigo 61¹⁷, inciso II, alínea “d” do Código Penal.

Nesse sentido, assevera Aníbal Bruno ao afirmar que as circunstâncias judiciais “vêm de fora da figura típica, como alguma coisa que se acrescenta ao crime já configurado, para impor-lhe a marca de maior ou menor reprovabilidade.”¹⁸

Quanto à distinção supracitada de circunstâncias elementares e judiciais elucida Cezar Roberto Bitencourt que:

[...] se tal raciocínio levar à descaracterização do fato como crime ou fizer surgir outro tipo de crime, estar-se-á diante de uma elementar. Se, no entanto, a exclusão de determinado requisito não alterar a caracterização do crime, tratar-se-á de uma circunstância [...] ¹⁹

Logo, diante da importância da cominação estipulada na primeira fase de aplicação da pena, mais uma vez ratifica-se a relevância da fundamentação feita pelo magistrado, de forma clara e objetiva, com o escopo de evitar arbitrariedades, bem como estabelecer a pena proporcional e justa ao caso, para que sobre ela sejam acrescentadas as circunstâncias legais – atenuantes, agravantes,

¹⁶ “Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Art. 250).

¹⁷ “Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] II – ter o agente cometido o crime: [...] d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Art. 61, inciso II, alínea “d”).

¹⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967, p. 67.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 5 ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 578-579.

causas de aumento e causas de diminuição – caso existam.

Já na segunda fase de dosimetria da pena são analisadas as circunstâncias legais denominadas de agravantes e atenuantes, previstas, respectivamente, nos artigos 61, 65 e 66 do Código Penal, caracterizadas por serem legais, obrigatórias e genéricas (no que tange às agravantes essas também são taxativas). São consideradas legais por estarem previstas na lei, obrigatórias porque sempre devem computar na pena, desde que não sejam elementares ou qualificadoras do crime, genéricas, pois aparecem nas penas de qualquer fato ilícito e, por fim, taxativas pelo fato de não poderem ser ampliadas devido ao princípio da legalidade.²⁰

O rol das circunstâncias agravantes, previsto no artigo 61²¹ do Código Penal, salienta em seu “caput”²² a importância de só serem consideradas quando não se tratarem de circunstâncias elementares do tipo, ou qualificadoras, ratificando o escopo da pena no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, dar ao réu uma pena justa, proporcional e suficiente ao delito praticado.

Com o objetivo de tornar a pena maior, uma vez que aumentam a reprovação do delito, as agravantes estão dispostas no artigo supracitado, e visam cominar uma pena provisória somada à pena-base, estipulada na fase anterior, haja vista considerar as circunstâncias em que o crime foi praticado, como, por exemplo, com emprego de fogo, mediante traição, contra ascendente, bem como os elementos subjetivos (para facilitar ou assegurar a execução, por motivo fútil ou torpe).

²⁰ BOSCHI , José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 3 ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 244.

²² “Art. 61: São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Art. 61, incisos I e II)

Por outro lado, as circunstâncias atenuantes visam abrandar o rigor da pena, haja vista serem consideradas situações que diminuem a gravidade do delito praticado, como por exemplo, o desconhecimento da lei, a confissão espontânea, cometimento de crime sob coação irresistível entre outras previstas no artigo 65 do Código Penal:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Ressalte-se que a previsão legal do “caput” do artigo supracitado expõe uma obrigatoriedade considerar as atenuantes na aplicação da pena, quando diz serem circunstâncias que “sempre atenuam a pena”, ou seja, caso existam, devem ser consideradas por força do próprio dispositivo legal.

A primeira circunstância legal atenuante diz respeito à idade do réu menor de 21 (vinte e um) e maior de 70 (setenta) anos que terá sua pena reduzida caso tenha cometido o crime com idade não superior aos 21 (vinte e um) anos, bem como no momento da sentença tenha idade superior aos 70 (setenta) anos de idade.

Essa atenuante se justifica pela ausência de total discernimento do acusado ao realizar a conduta ilícita, além de não ser afastada pela emancipação ou pelo casamento. No que diz respeito ao réu com idade superior aos 70 (setenta) anos de idade no momento da sentença, a atenuante é aplicada tendo em vista o fato de o réu estar no final de sua vida e como o escopo da pena é ser suficiente e necessária para a reprovação do delito, a função preventiva da pena perde sua eficácia quanto mais velho for o agente, sendo imperiosa, portanto, a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso I do Código Penal.

Por sua vez, a atenuante do desconhecimento da lei (prevista no

inciso II do artigo 65 do Código Penal) só se torna aplicável quando houver total ignorância da ilicitude, ou a impossibilidade de conhecê-la diminuindo assim a culpabilidade do agente. Convém ressaltar que o desconhecimento da lei é precipuamente inescusável, presunção absoluta, conforme prevê o artigo 21 do Código Penal²³, uma vez que ninguém pode eximir-se da responsabilidade penal sob a alegação de que não conhecia a lei, entretanto há situações excepcionais em que a atenuante se impõe.

O artigo 65, inciso III e suas alíneas do Código Penal trazem algumas situações em que o agente terá sua pena atenuada, a primeira delas – prevista na alínea “a” – dispõe que caso o agente tenha praticado o crime sob motivo de relevante valor social ou moral terá sua pena diminuída. Nesse sentido explica Ney Moura Teles:

Valor socialmente relevante é o que, interessando a toda sociedade, se volta para o benefício de uma coletividade, da comunidade. [...]
 Valor moralmente relevante é o que, interessando a um ou mais indivíduos, ajusta-se razoavelmente a conceitos morais cultivados pela sociedade. Não é valor que justifica nem desculpa o crime, mas que, por sua consonância ou harmonia com a moralidade normal das pessoas, autoriza menor reprovação. [...]
 Essas atenuantes devem ser apreciadas segundo critérios objetivos, de acordo com a consciência da sociedade, com seus valores éticos, e não de acordo com particular compreensão do agente.²⁴

A alínea “b” do mesmo artigo dispõe que o agente fará jus à atenuante se “procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano”, ou seja, diante de um arrependimento – diverso do arrependimento eficaz previsto no artigo 15 do Código Penal e do arrependimento posterior, previsto no artigo 16, do mesmo diploma legal que é causa de diminuição da pena, aplicável na terceira fase da dosimetria – por parte do agente que justifica a atenuação, podendo ocorrer em qualquer delito praticado.

Da mesma forma, caso tenha reparado o dano, conforme elucida a

²³ “Art. 21: O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Art. 21).

²⁴ TELES, Ney Moura. *Direito Penal*: parte geral: arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1, p. 425-426.

disposição final da alínea “b”, isto é, se até o julgamento do processo o réu, de forma espontânea, reparar integralmente o dano cometido, para aqueles crimes que obviamente permitam fazê-lo, o agente fará jus à diminuição de sua pena.

Por sua vez, a alínea “c” do mesmo dispositivo legal destaca três hipóteses de atenuação da pena: coação resistível, cumprimento de ordem de autoridade superior e influência de violenta emoção, provocada por injusta provocação da vítima²⁵. Nas duas primeiras hipóteses, se a coação moral é resistível e cumpre ordem ilícita do superior hierárquico, o agente responderá pela infração penal, entretanto o grau de reprovação poderá ser diminuído, tendo em vista a censura ser menor nesses casos.

Quanto à última hipótese relativa à violenta emoção, o agente só cometeu a infração porque foi influenciado por injusto comportamento da vítima, podendo ser aplicada a qualquer crime e não exige que o crime seja praticado de forma imediata à provocação, isto é:

[...] basta a ‘influência’ de violenta emoção, vale dizer, um estágio mais ameno, mais brando, capaz de conduzir à perturbação do ânimo, bem como não se exige seja cometido o delito logo em seguida à provocação, cabendo um maior lapso de tempo entre ação e a reação.²⁶

Por sua vez, a confissão espontânea, uma das mais importantes atenuantes previstas legalmente, merece destaque, principalmente quando se trata da sua não aplicação em virtude da existência da Súmula 231 do STJ, quando o juiz aplica a pena no mínimo legal na primeira fase da dosimetria. Essa atenuante, prevista na alínea “d” do artigo 65, inciso III, prevê a diminuição da pena-base diante de uma confissão espontânea do réu sobre o crime por ele praticado, ou seja, de forma voluntária o agente assume a autoria do fato típico, contribuindo com a Justiça, razão pela qual a atenuante dever ser aplicada de maneira imperiosa. Corroborar esse entendimento Amilton Bueno de Carvalho, juiz de Alçada do Rio Grande do Sul:

²⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed., Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004, p. 637.

²⁶ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*: arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, 2004, v.1, p. 417.

A confissão faz com que o ofendido seja recompensado pela assunção da culpa pelo acusado. A sua pacificação interna é tamanha que, muitas vezes, sequer deseja a condenação do réu, mas apenas que reconheça a prática do fato. Assim a confissão carrega benefícios inestimáveis a todos absolutamente todos, réu, juiz, promotor, advogado, ofendido. Daí porque a tenho como a circunstância atenuante da maior grandeza. [...] ²⁷

A última previsão legal de circunstância que atenua a pena dispõe que se o crime for cometido sob a influência de multidão em tumulto, desde que o agente não o tenha provocado, terá sua pena diminuída. Essa atenuante beneficia o agente que influenciado pela ação de um grupo de pessoas – em tumulto – comete uma infração penal, tendo em vista que nessa situação o réu está sob a interferência de outros fatores externos que podem alterar razoavelmente a sua capacidade de entendimento, razão pela qual incide a atenuante.

Convém salientar que diferente das circunstâncias agravantes que possuem um rol taxativo, as circunstâncias atenuantes também podem ser aplicadas segundo o artigo 66²⁸ do mesmo diploma legal, denominadas de circunstâncias atenuantes inominadas, ou seja, as quais não têm previsão legal, embora transfiram ao magistrado a possibilidade de poder aplicar a pena conforme seja necessária e suficiente, ou seja, da forma mais eficaz e justa, sendo esse o principal objetivo da reprimenda penal.

Merece destaque o fato de na segunda fase de aplicação da pena, em que são consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes, o legislador não ter estipulado a quantidade em que deve aumentar ou diminuir a pena, conforme o caso, deixando-a a discricionariedade do juiz. Todavia a doutrina entende, de forma pacífica, que na ausência de determinação legal a pena seja agravada ou atenuada em até um sexto – limite mínimo das circunstâncias legais denominadas de majorantes e minorantes, analisadas na terceira fase de aplicação da pena.

Evidencia-se, portanto, que as atenuantes – consideradas na

²⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Atenuantes (em especial da confissão) – pena aquém do mínimo: uma abordagem crítica*. Disponível em: <<http://www.alessandramoraes.com>>. Acesso em 08/02/2012.

²⁸ “Art. 66. A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Art. 66).

segunda fase de aplicação da pena – devem ser aplicadas nesse momento de cominação pelo magistrado, apesar de, na prática, ao determinar a pena definitiva, a “plenitude da garantia constitucional da ampla defesa”, citada na Exposição de motivos da Lei n. 7.209/84, n. 51²⁹ não ser totalmente respeitada, uma vez que, sob esse *prima*, com a edição da Súmula 231 do STJ o sistema trifásico de aplicação da pena perdeu sua eficácia.

Na terceira e última fase de aplicação da pena são consideradas as causas de aumento e de diminuição de pena – também denominadas de qualificadoras em sentido amplo³⁰ – devidamente estipuladas pelo legislador, que determinam inclusive o *quantum* deve ser aumentado ou diminuído. Partindo da pena provisória cominada na segunda fase da dosimetria o juiz irá analisar o caso concreto e fixar a pena definitiva.

As causas de aumento correspondem à majoração da pena, que possuem uma quantidade determinada pelo legislador, fixa ou variável, prevista no tipo penal. Da mesma maneira, as causas de diminuição também estão definidas em lei, podendo aparecer em quantidade fixa ou variável, entre graus máximo e mínimo. Salienta-se que ambas estão previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal.

Pelo fato do legislador prever a quantidade de pena que pode ser aumentada ou diminuída, defende-se, na maior parte da doutrina, que somente nessa fase de aplicação da pena permita-se aplicá-la acima do máximo previsto em abstrato, bem como estabelecer a pena abaixo do mínimo legal.

Portanto, após estabelecer a pena-base com base nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, determina-se a pena provisória após analisar a existência de circunstâncias agravantes (artigo 61 do Código Penal) e/ou atenuantes (artigos 65 e 66 do Código Penal) e, por fim, as

²⁹ “Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três faces, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a pena-base, obedecido o disposto no art.59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o quantum da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude de garantia constitucional da ampla defesa.” (Exposição de Motivos da Lei n. 7.209/84, n. 51).

³⁰ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*: arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1, p. 417

causas de aumento e de diminuição da pena, previstas tanto na parte geral quanto na parte especial do mesmo diploma legal, cominando então a pena definitiva ao caso concreto, a qual, ratifica-se, deve ser necessária, suficiente e, sobretudo, justa.

Ou seja, diante de uma sentença penal condenatória em que o juiz ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal entende que a pena-base deve ser cominada no mínimo legal cominado para o delito, e na segunda fase de aplicação da pena ao se deparar com circunstância atenuante, que segundo artigo 65³¹ do Código Penal “sempre atenuam a pena”, mas não aplica, deixando de realizar qualquer diminuição sobre a pena-base (fixada no mínimo legal) por entender estar de acordo com a Súmula 231 do STJ³² e, por fim, na terceira fase, reconhece a existência de uma causa de aumento, aplicando o percentual da majoração, tornando a pena definitiva há uma decisão manifestamente injusta.

A admissão da Súmula 231 do STJ vai de encontro a essa aplicação da pena por simplesmente impedir a aplicação das atenuantes – quando existirem constituem direito do acusado – quando na primeira fase foi estipulada a pena mínima prevista na legislação como pena-base. Permitir que apenas na terceira fase sejam observadas as causas de aumento e diminuição da pena, significa impedir a aplicação de um direito nitidamente defendido na lei pelo legislador ao apenado. Sob esse prisma, o artigo 68³³ do Código Penal perde claramente sua eficácia.

1.3 Finalidade da Execução Penal

A Lei n. 7.210, Lei de Execuções Penais, assevera no artigo 1º que

³¹ “Art. 65: São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na datada sentença; II - o desconhecimento da lei; III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou”. (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Art. 65).

³² “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal”. (Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de 22 de setembro de 1999)

³³ “Art. 68: A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Art. 68).

o escopo da execução penal é “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

De acordo com a exposição de motivos da lei supracitada, o artigo mencionado possui duas finalidades:

[...] a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social.³⁴

Entretanto, reintegrar o segregado à vida em sociedade, restituindo-lhe gradativamente a liberdade abruptamente tomada em face da condenação penal não passa de um discurso utópico, visto que “os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa”.³⁵

Logo, nesse contexto, a Criminologia Crítica desenvolve a ideia de combater a ressocialização, haja vista entender que a criminalidade é um fenômeno social “normal”³⁶, tendo em vista sempre ter existido na sociedade, uma vez que não há sociedade sem crime, sendo assim útil ao desenvolvimento sociocultural e não uma patologia como muitos asseveram.

Salienta-se que, na prática, defende-se um sistema penal justo, igualitário e preventivo, que na verdade é estigmatizante, repressivo e seletivo, pois há uma realidade formal, uma aparência que não condiz com a realidade propriamente dita.

Embora seja essa a realidade do sistema penal vigente que defende a ideia de uma reintegração social do condenado – apesar do cárcere exercer um papel marginalizante na vida do condenado mesmo após obter a liberdade – é imprescindível que, quando condenado, o réu receba como forma de punição uma pena ao menos proporcional ao delito praticado, como explica Luiz Vicente

³⁴ Exposição de Motivos 213, de 9 de maio de 1983.

³⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 183. Tradução: Juarez Cirino dos Santos

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei 7.210, de 11/7/1984*. 11. ed. rev. e atual.. São Paulo: Atlas, 2004, p. 26.

Cernicchiaro:

A pena é a resposta jurídica à conduta delituosa. Castigo como restrição ao comportamento. Restauração, no sentido de repor a ordem ofendida. Retribuição, porque castigo e restauração. [...] Afinalidade da pena não é ressocializar, como sinônimo de pensar e agir como a sociedade (pelo menos como padrão médio). Busca, isso sim, retribuir o dano causado pelo crime.³⁷

Nesse sentido elucida a exposição de motivos da Lei 7.210 (Lei de Execuções penais ao afirmar que “o princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometa a dignidade e a humanidade do Direito Penal”.³⁸

Logo, a pena deve ser necessária, suficiente e proporcional, devendo os direitos do preso serem respeitados, como, por exemplo, no que tange à aplicação de atenuantes, para que seja atingido o objetivo a Lei de execuções penais, bem como os princípios constitucionais aplicados ao Direito Penal.

³⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p.125 -127.

³⁸ Exposição de Motivos 213, de 9 de maio de 1983.

2 A SÚMULA 231 DO STJ DIANTE DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

É cediço que a possibilidade de diminuir a pena mínima abstratamente prevista para o crime há muito vem sendo objeto de discussão, e, a despeito da Suprema Corte Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aparentemente terem pacificado a matéria no âmbito jurisprudencial, persiste divergência doutrinária e inconformismo dos advogados e defensores que, pleiteiam a aplicação das atenuantes a que fizer jus o acusado, ainda que resulte na fixação da pena em patamar inferior ao previsto pelo legislador como sanção mínima.

Efetivamente, com a formulação da Súmula 231 – editada em 22/09/1999 e publicada no DJ em 15/10/1999 – o STJ fixou entendimento no sentido de que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Ou seja, segundo essa súmula, o juiz após ter cominado a pena-base no mínimo legal previsto em abstrato na primeira fase de aplicação da pena, quando são consideradas as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, não poderá na segunda fase, ao considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes, transpor os limites abstratos cominados no tipo legal.

Entretanto, não há na legislação penal qualquer proibição que impeça a fixação da pena inferior ao mínimo abstrato, aliás a não aplicação das atenuantes nessas circunstâncias afronta o direito penal vigente no que tange aos artigos 65 e 68 do Código Penal que dispõem respectivamente: “são circunstâncias que sempre atenuam a pena” e “serão consideradas as circunstâncias atenuantes”.

Portanto, além de não haver qualquer restrição legal para a aplicação das circunstâncias atenuantes, não considerá-las constitui um verdadeiro absurdo jurídico, visto que haverá uma evidente desproporcionalidade da punição. Nesse conspecto, imprescindível a aplicação de medida de política criminal apta a implantar, na pena fixada, a justiça, objetivo maior do devido processo legal, o que não ocorre com a permanência da Súmula 231 do STJ no ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, a despeito da convicção sumulada, ela vem sendo

rebatida em recentes decisões da Superior Corte de Justiça, resultando na suspensão do julgamento de recursos especiais sobre o tema. Veja-se:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65 E 68, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. CRIME PREVISTO NO ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS. OFENSA AO ART. 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL E AO ART. 33, § 4.º, DO ART. 11.343/06.

DECISÃO

Vistos etc.

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESTADO DO PARANÁ, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local, em sede de apelação.

A ora Recorrida Ângela Cristina Sores de Oliveira foi denunciada como incurso no art. 12, caput, da Lei n.º 6.368/76. Após regular instrução, restou condenada pelo Juízo da Comarca de Iporã/PR, nos termos da exordial acusatória, à pena de 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e cinquenta dias-multa, em regime integral fechado, visto que o Magistrado processante, apesar de fixar a pena-base acima do mínimo legal, reconheceu a presença das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea.

[...]

Diante da multiplicidade de recursos especiais que veiculam a matéria, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com fulcro na Resolução n.º 08/STJ, de 07/08/2008, admitiu o presente recurso especial como representativo da controvérsia e o encaminhou a esta Corte, tendo sido distribuído à minha relatoria.

É breve o relato do necessário.

Nos termos do art. 2.º, caput e § 2.º, da Resolução n.º 08/2008 desta Corte e 543-C, § 2.º, do Código de Processo Civil, submeto o julgamento deste recurso especial à Terceira Seção, determinando, nos Tribunais de Justiça Estaduais e nos Tribunais Regionais Federais, a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida e seja a questão central objeto dos recursos.

Comunique-se, com o envio de cópias desta decisão, aos eminentes Ministros da Terceira Seção e ao ilustre Presidente do Tribunal de origem, conforme o disposto no art. 2.º, § 2.º, da Resolução n.º 08/2008, **suspendendo-se, ainda, o julgamento dos recursos especiais sobre o tema, a mim distribuídos.**

Após, abra-se vista dos autos ao Ministério Público Federal pelo prazo de quinze dias, nos termos dos arts. 543-C, § 5.º, do CPC e 3.º, inciso II, da Resolução n.º 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça.³⁹ (Grifou-se)

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Recurso Especial n. 1117068/PR. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Ângela Cristina Soares de Oliveira. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Brasília, DF, 26 de junho de 2009. **STJ**, Brasília, 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=5607363&formato=PDF>>. Acesso em 13/03/2012.

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a existência de repercussão geral na matéria, confirmou, em votação unânime, o impedimento de fixação da pena abaixo do mínimo legal mediante a aplicação de atenuante. Leia-se:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. **Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.**⁴⁰ (Grifou-se)

Nas razões do Recurso Extraordinário, a parte alegava violação aos princípios constitucionais da reserva legal, da proporcionalidade e da individualização da pena, asseverando que a limitação não encontra fundamento legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Em sua confirmação de voto, o Ministro Cezar Peluso, relator do processo, afirmou ser simpático à tese de que:

[...] além das minorantes especiais taxativamente previstas, as circunstâncias concretas de cada caso, que não se confundem com as atenuantes genéricas, podem, [...], reduzir a pena aquém do mínimo legal. São circunstâncias excepcionais de cada caso concreto.

Acrescentou ainda que as:

[...] circunstâncias particulares de cada caso demonstram que, se não forem consideradas, ofendem a individualização da pena e, mais do que isso, ofendem o devido processo legal, em termos substantivos, porque influi na questão de tratamento justo de cada caso.

Portanto, apesar do STF entender que não há possibilidade da

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Recurso Extraordinário n. 597270. Recorrente: Marcelo Renato Soares Vaz. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 05 de junho de 2009. **STF**, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+597270.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+597270.ACMS.%29&base=baseQuestoes>>. Acesso em: 13/03/2012.

quebra da pena mínima, a existência de julgados sobrestados no STJ sobre o tema ratifica a relevância da questão debatida em torno da súmula, a qual viola direitos do condenado e princípios constitucionais que corroboram para a segurança jurídica da aplicação do direito no caso concreto.

2.1 Dos argumentos favoráveis à permanência da Súmula 231 do STJ

Embora seja manifestamente evidente a injustiça caso a Súmula 231 do STJ permaneça no ordenamento jurídico brasileiro, por violar importantes preceitos constitucionais bem como a função da pena, uma parte da doutrina e a maioria da jurisprudência defendem a aplicação sumular.

Em artigo de Amilton Bueno de Carvalho⁴¹ cujo tema é “Atenuantes (em especial da confissão) – pena aquém do mínimo: uma abordagem crítica” há uma síntese dos principais argumentos utilizados pelos que defendem a aplicação da Súmula do STJ. Para os defensores, permitir a aplicação da pena aquém do mínimo legal geraria a possibilidade de pena indeterminada, tanto para o máximo (agravantes), quanto para o mínimo (atenuantes); as circunstâncias legais teriam maior peso que as causas de aumento e de diminuição (subespécie delituosa); encerraria sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, ao não excluir a possibilidade da agravante ultrapassar o máximo abstrato, seria violado o princípio da legalidade, ficaria “a mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e ‘dos segundos códigos’ do magistrado”⁴²; a liberdade excessiva deixada ao juiz agrediria o princípio da individualização da pena.

Esses argumentos, entretanto, não fazem o menor sentido quando analisados, veja-se:

No que tange a possibilidade de aplicar uma pena indeterminada tanto para o máximo quanto para o mínimo não há qualquer fundamento, uma vez que o próprio sistema penal impede ultrapassar o máximo previsto em abstrato quando veda a analogia para prejudicar o réu. Ademais, o máximo previsto pelo

⁴¹ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Atenuantes (em especial da confissão) – pena aquém do mínimo: uma abordagem crítica*. Disponível em: <<http://www.alessandramoraes.com>>. Acesso em 08/02/2012.

⁴² FRANCO, Alberto Silva e Outros. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 286.

legislador é uma defesa do cidadão contra o Estado, não podendo, portanto, ser ultrapassado. Por sua vez, a possibilidade do magistrado diminuir a pena aquém do mínimo previsto no tipo legal é, na realidade, a aplicação do próprio princípio da legalidade, segundo dispõe a redação dos artigos 65 e 68 do Código Penal, bem como concretiza a função da pena que deve ser justa, proporcional, necessária e suficiente ao delito praticado, cabendo ao juiz aferir a cominação.

Quanto ao argumento de que a segunda a fase de aplicação da pena, a qual considera as circunstâncias legais atenuantes e agravantes, teriam mais peso que a circunstâncias legais previstas na terceira fase da dosimetria da pena não há pertinência, pois embora o legislador só tenha previsto o “quantum” pode ser aumentado ou diminuído apenas na aplicação das causas de aumento e de diminuição, a ideia é que o magistrado realize a quebra da pena mínima, tendo como base uma margem de quanto possa diminuir, não havendo assim nenhuma fase da dosimetria penal preponderante.

O reconhecimento da margem de diminuição ocorre, por exemplo, na Lei 11.343/2006 no artigo 33, §4^o⁴³ que permite a redução da pena mínima – que nesse caso é de 5 (cinco) anos – de um sexto a dois terços desde que o réu atenda a determinados requisitos subjetivos dispostos do dispositivo legal, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo tornar a pena definitiva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses.

No mesmo sentido, o artigo 68-A previsto no projeto⁴⁴ de reforma do Código Penal que está atualmente no Congresso Nacional, dispõe que:

Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, o juiz, observado o critério do art. 59, e havendo desproporcionalidade entre a pena mínima cominada e o fato concreto, poderá, fundamentadamente, reduzir a pena de um sexto até a metade.

Dessa forma, permitir que a pena seja fixada abaixo do mínimo legal a um traficante que atende os requisitos previstos no §4^o, artigo 33, da Lei 11.343 e

⁴³ “Art. 33. [...] §4^o. Nos delitos definidos no caput e no §1^o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” (BRASIL. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Art. 33, §4^o).

⁴⁴ Projeto de Lei n. 3.473/2000 altera a Parte Geral do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, e dá outras providências.

não conceder o mesmo direito a um cidadão que confessa a autoria do crime, mas que não terá essa atenuante consignada em sua pena, uma vez que a Súmula 231 impede a sua aplicação, não faz o menor sentido e vai de encontro ao objetivo da pena e a o princípio da intervenção mínima que devem ser respeitados, como explicam Mirabete e Fabbrini:

O ordenamento positivo, pois, deve ter como excepcional a previsão de sanções penais e não se apresentar como um instrumento de satisfação de situações contingentes e particulares [...] **Além disso, a sanção penal estabelecida para cada delito deve ser aquela “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (na expressão acolhida pelo art.59 do CP), evitando-se o excesso punitivo [...]**⁴⁵ (Grifou-se)

Os dois últimos argumentos que se referem ao papel do magistrado não possuem o menor fundamento haja vista não poder confundir o poder discricionário que seria dado ao juiz – o único capaz de analisar no caso concreto a possibilidade de diminuir a pena abaixo do mínimo legal – com poder arbitrário, afinal a função desse importante agente público é cominar uma pena proporcional ao crime praticado, de forma imparcial.

Por fim, a tese de que essa liberdade dada ao magistrado violaria o princípio da individualização da pena não merece prosperar, pois ocorre exatamente o contrário: a possibilidade de aplicação da pena além do mínimo legal segue o escopo desse importante princípio, qual seja aplicar uma pena adequada e personalíssima ao réu que praticou o delito.

Ora, fica evidente que a Súmula 231 do STJ viola o princípio da individualização da pena quando na aplicação da sanção penal de dois réus distintos, o juiz partindo do pressuposto de que ambos obtiveram a pena-base no mínimo legal previsto, ao analisar as circunstâncias legais – agravantes e atenuantes – se depara, por exemplo, com a atenuante da confissão espontânea de um dos réus, enquanto o outro não possui nenhuma em seu favor. Diante dessa situação, ambos ficariam com a mesma pena, caso não haja nenhuma circunstância a ser analisada na terceira fase, uma vez que a pena não pode ser cominada abaixo do mínimo, conforme dispõe a súmula em questão.

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 26. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, pg.105.

Logo, com a permanência dessa súmula no ordenamento jurídico brasileiro há flagrante violação a esse importante princípio constitucional que deve ser, incontestavelmente, observado na área penal, com o escopo de não cometer injustiças, embora elas ocorram reiteradamente na prática, como elucida os seguintes julgados:

PENAL. ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PROVAS SUFICIENTES PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. ABSOLVIÇÃO INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA INVIABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO – GRAVE AMEAÇA CONFIGURADA – IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE E REDUÇÃO DA PENA – RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

O reconhecimento de circunstância atenuante, conquanto seja obrigatório, não pode ensejar a fixação de pena aquém do limite mínimo previsto pela lei penal, conforme apregoa a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.⁴⁶(Grifou-se)

No mesmo acórdão, o Relator enfatiza o porquê de não aplicar a pena aquém do mínimo legal, evidenciando a contrariedade ao princípio da individualização da pena, “in verbis”:

No tocante ao pleito de redução da pena-base em patamar aquém do mínimo legal, ante o reconhecimento da atenuante da menoridade, melhor sorte não assiste aos recorrentes. É que, no que pese a defesa aduzir que a redução da pena aquém do patamar mínimo melhor concretiza o princípio da individualização da pena, filio-me à corrente segundo a qual os limites de pena estabelecidos pelo legislador hão de ser observados. A jurisprudência dos Tribunais Superiores já firmou entendimento a respeito do tema, ensejando, inclusive, a edição da súmula n.º 231 pelo STJ, que em seu enunciado dispõe: “A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

Assim, a meu aviso, deve prevalecer o entendimento esposado na r. sentença, eis que aplicou corretamente os dispositivos legais que norteiam a espécie.

Observa-se que os ditames legais se sobrepõem ao princípio da

⁴⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Penal. Apelação n. 20091110013730. Apelante: Diego Neves de Sousa. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Romão C. Oliveira, 1ª Turma Criminal. Brasília, DF, 16 de junho de 2011. **TJDFT**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62579,59811,23717&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=20091110013730>>. Acesso em 13/03/2012.

individualização da pena por meio da aplicação da Súmula 231 do STJ pelo juiz, que ocorre de forma automática, sem qualquer análise apurada do caso em comento, ocorrendo flagrante injustiça, contrariedade à função da pena e ineficácia normativa da lei infraconstitucional.

2.2 Análise crítica de alguns dos julgados que deram ensejo à Súmula 231 do STJ e dos princípios constitucionais nitidamente violados

A despeito de reconhecer a mencionada vedação sumular, esse entendimento merece ser flexibilizado em situações em que o réu possui atenuante (s) a seu favor, para que seja aplicada a doutrina da relativização da pena mínima, com fulcro nos princípios da legalidade, do devido processo legal, da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena, e, ainda, como medida de política criminal.

Não é excessivo lembrar que “em rigor, perante a Constituição, todas as normas restantes constituem o segundo grau de hierarquia”, exigindo o princípio da constitucionalidade que todas as leis e atos, inclusive judiciais, estejam em conformidade com as disposições substanciais ou formais da Carta Magna.⁴⁷

Nesse contexto, as normas de Direito Penal devem ser interpretadas de acordo com a Carta Magna, obedecendo ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, além dos outros princípios constitucionais voltados à área penal, para que seja concretizada a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, partindo do pressuposto de que a Constituição é um todo indissociável, devendo ser interpretada em face do princípio da unidade da Constituição.

O Estado Constitucional de Direito tem o dever de ao aplicar as penas observar os princípios expressos e os implícitos insertos na Carta Magna, sendo de suma importância destacar alguns desses princípios que são nitidamente violados, sendo que, como regra, devem ser limitadores do poder de punir do Estado, e, portanto, respeitados.

⁴⁷ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed., anotada e atualizada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 267.

2.2.1 Do Princípio da Legalidade e do Devido Processo Legal

O Princípio da Legalidade determina expressamente no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988 que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, já no Código Penal essa garantia, a qual possui idêntica redação, vem descrita no artigo 1º, isto é, no que concerne ao Direito Penal, tudo o que não for expressamente proibido é lícito.

Ademais, esse princípio está incluído no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual dispõe: “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.”

O Princípio da Legalidade merece destaque no Direito Penal, pois tem a função de coibir a possibilidade de retroatividade da lei penal, a criação de crimes não previstos no Código, bem como de penas pelo costume e o da analogia para criar novos crimes, fundamentar ou agravar as penas, além de proibir as incriminações vagas e indeterminadas.⁴⁸

Ratifica-se assim que o argumento utilizado para impedir o afastamento da Súmula 231 do STJ no que tange a poder ultrapassar o máximo previsto em abstrato não é permitido em face desse princípio constitucional, que proíbe a analogia in “mala partem”, ou seja, que venha de alguma forma prejudicar o agente, estando vedada essa hipótese.

A elaboração da Súmula 231 do STJ ao dispor que é proibida a aplicação de circunstância atenuante quando reduz a pena-base além do mínimo legal fundamenta-se em princípios como o da reserva legal – previsto no art. 5º, inciso XXXIX da CF/88 – conforme evidenciam alguns dos julgados que deram ensejo à sua criação:

EMENTA: PENAL. PENA-BASE. MINIMO 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

⁴⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 100-101.

considerado. E 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, e que aqueles limites podem ser ultrapassados.

2. Precedentes.⁴⁹

No julgado supramencionado, o Ministro Relator enfatiza em seu voto que a aplicação da atenuante violaria o artigo 68 do Código Penal, uma vez que com a Reforma Penal de 1984 as três etapas de dosimetria da pena devem ser aplicadas sucessivamente, sendo possível somente na última a redução ou o aumento da pena caso haja causas de diminuição ou de aumento de pena. Para ratificar esses argumentos o ministro colacionou várias jurisprudências como REsp 15695/PR, Relator Ministro Assis de Toledo, publicado no DJU em 17/2/1992; REsp 32344/PR, Relator Ministro Vicente Cernicchiaro, publicado no DJU em 17/5/1993; REsp 7287/PR, Relator Ministro William Patterson, publicado no DJU em 6/5/1991.

No entanto, a não aplicação da atenuante viola o disposto no artigo 68 do Código Penal, afinal apesar de existir uma circunstância a ser considerada na segunda fase de aplicação da pena, esse deixa de ser observada se na primeira fase o juiz estipulou a pena-base no mínimo legal, tornando assim o sistema ao invés de trifásico em bifásico, revogando tacitamente esse dispositivo legal, contrariando, de forma clara, o princípio da reserva legal.

No REsp 7287, que também deu ensejo à formulação da Súmula 231 do STJ, o Ministro Relator enfatizou que⁵⁰:

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

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Recurso Especial n. 46182. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Reginaldo Monteiro da Silva. Relator Ministro Jesus Costa Lima, Brasília, DF, 4 de maio de 1994. **STJ**, Brasília, 1994. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400088477&dt_publicacao=16-05-1994&cod_tipo_documento=>. Acesso em 14/03/2012.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Recurso Especial n. 7287. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Sebastião Marques Cano. Relator Ministro William Patterson, Brasília, DF, 16 de abril de 1991. **STJ**, Brasília, 1991. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199100004812&dt_publicacao=06-05-1991&cod_tipo_documento=>. Acesso em 14/03/2012.

Ora, assim como há o sistema trifásico de aplicação da pena existem os princípios constitucionais da legalidade, da individualização da pena, da proporcionalidade entre outros que são visivelmente infringidos quando o acusado não recebe uma pena proporcional ao dano causado.

Ao dizer que a súmula deve ser aplicada em virtude do princípio da reserva legal, o qual elucida só haver crime com previsão legal, há uma verdadeira contradição em relação ao dispositivo do Código Penal que obriga a aplicação de atenuantes, como o artigo 65 desse diploma legal que diz “são circunstâncias que sempre atenuam a pena [...]”.

Portanto, ao não aplicar o artigo 65 do Código Penal o princípio da legalidade está sendo nitidamente violado ao dispor que as atenuante discriminadas sempre devem ser aplicadas, ou seja, independente de a pena-base ter sido cominada abaixo do mínimo legal previsto em abstrato. Corrobora esse entendimento a questão da menoridade do agente, conforme elucida o artigo 67⁵¹ do Código Penal, que por ser um atributo da personalidade do agente trata-se de uma circunstância atenuante preponderante, devendo ser aplicada de forma imperativa.

Logo, no caso em tela, exige-se nada além da aplicação do Princípio da Legalidade no que se refere aos artigos 65 e 68 do Código Penal, uma vez que os aparelhos de controle formal, responsáveis pela aplicação da pena, devem estar adstritos à lei, é o que diz Cesare Beccaria:

[...] as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador; que representa toda a sociedade unida por um contrato social; nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça infligir penas contra outro membro dessa mesma sociedade. Mas uma pena superior ao limite fixado pelas leis corresponde à pena justa mais uma outra pena; portanto, um magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou bem comum, aumentar a pena estabelecida para um cidadão delinquente.⁵²

Sob esse mesmo aspecto decorre do princípio da legalidade o

⁵¹ “Art. 67: No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Art. 67).

⁵² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997, p. 44. Tradução: Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa.

princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV⁵³, ao preservar a segurança jurídica, social e individual a qual o condenado acredita ter quando se submete a um processo penal e que se vê prejudicado ao perceber que seus direitos estão sendo violados em virtude de uma súmula equivocada.

Por meio desse princípio é concedido ao cidadão um conjunto prévio de regras processuais, previstas na legislação, a fim de que possa apresentar seu direito de defesa, valendo-se dos instrumentos processuais, com o escopo de ser proferida uma sentença justa, não podendo ser surpreendido pela arbitrariedade do julgador. Ressalte-se que do princípio do devido processo legal derivam-se praticamente todos os outros princípios constitucionais do processom, conforme assevera Néelson Nery Júnior:

[...] em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorram todas as consequências processuais que garantam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, **o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.**⁵⁴ (Grifou-se)

Sendo assim, viola-se nitidamente esse princípio quando o condenado não tem direito a uma pena individualizada, ou seja, fere-se o princípio da legalidade no que se refere à aplicação do sistema trifásico de cominação da pena, bem como quando não são consideradas as circunstâncias atenuantes presentes no caso em concreto – conforme artigo 65 do Código Penal – propiciando insegurança jurídica ao condenado, o qual recebe uma pena excessiva e, portanto, manifestamente injusta.

2.2.2 Do Princípio da Individualização da Pena

Na Constituição Federal de 1988 foi positivada a obrigatoriedade da individualização da pena do cidadão que se encontra na condição de réu, no artigo 5º, incisos XLVI e XLVII⁵⁵, com o objetivo de aplicar a pena adequada e justa ao

⁵³ “Art. 5º, LIV: Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5º., inciso LIV).

⁵⁴ NERY JUNIOR, Néelson. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p.60.

⁵⁵ “Art. 5º, inciso XLVI: A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

caso concreto, conforme assevera Guilherme de Souza Nucci:

Tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, que prescindida da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto⁵⁶.

Todavia, embora tenha enfatizado que segundo o princípio da individualização da pena, a sanção penal deve ser aplicada de maneira distinta a cada sentenciado, embora sejam coautores ou corréus, essa não é a realidade aplicada na prática. Diante de dois réus que no momento de aplicação da pena possuem a mesma pena-base, cominada no mínimo legal sendo um réu confesso e o outro não, por exemplo, ambos terão a mesma pena, embora um tenha contribuído com a justiça, de acordo com a Súmula 231 do STJ.

Foi utilizada como exemplo a atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal, tendo em vista a sua relevância, uma vez que o réu abriu mão da garantia de não obrigatoriedade de produzir prova contra si (art. 5º, inciso LXIII da CF), não obstaculizando a persecução penal, salientando que, como regra, cabe a quem acusa o ônus de provar o que alega.

Em obra intitulada “O valor da Confissão: como meio de prova no processo penal”, Guilherme de Souza Nucci afirma que:

Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.⁵⁷

a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. [...] XLVII: Não haverá penas: a) de morte, em salvo de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.” (BRASIL.Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 5º., inciso XLVI).

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão: como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p.76.

Sendo assim, a gravidade da permanência da Súmula 231 do STJ nesse exemplo da confissão espontânea torna-se evidente, haja vista a inconstitucionalidade de sua redação ao ignorar essa importante atenuante no momento de aplicar sanção penal, ou seja, de individualizar a pena.

No REsp 15.691/PR que deu ensejo à elaboração da súmula em questão, utiliza-se, de maneira equivocada, o fundamento da individualização da pena, como justificativa para não aplicar a pena abaixo no mínimo previsto em abstrato, veja-se:

RESP - PENAL - PENA - ATENUANTE - O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A cominação (in abstrato) 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 cominação⁵⁸.

Em relação ao julgado supracitado, o Voto Vogal do Ministro Vicente Cernicchiaro – relator designado – evidencia as contradições levantadas na defesa da súmula em debate, haja vista as distorções presentes ao enunciar princípios e dispositivos infraconstitucionais:

[...] 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. 7.210/84.

O princípio da individualização é garantia para o acusado 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 vênua, 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**

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Recurso Especial n. 15691. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Roberto Carlos da Silva. Relator Ministro Pedro Acioli, Brasília, DF, 1 de dezembro de 1992. **STJ**, Brasília, 1992. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199100212121&dt_publicacao=03-05-1993&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 15/03/2012.

exclusivamente do magistrado, jungido, porém aos limites da cominação legal. Não pode ultrapassar para mais ou beneficiar para menos.

[...] **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. (Grifou-se)

Conforme o próprio Ministro Vicente Cernicchiaro afirmou, o princípio da individualização da pena deve ser utilizado, primordialmente, como forma de evitar que uma sanção jurídica seja aplicada de maneira indevida, prejudicando o réu, visto que é uma garantia por limitar a atuação do poder de punir. Apesar dessa afirmação, o voto se contradiz ao dizer que a aplicação da atenuante não pode ser feita quando ultrapassa os limites da cominação feita pelo legislador. Afinal, que garantia é essa, defendida pelo princípio da individualização da pena, que não permite ao acusado ter um direito seu aplicado na pena que deve ser proporcional ao delito praticado?

Mais uma vez, segundo afirmou o Ministro, o magistrado é o responsável, exclusivamente, pela definição do “quantum” a ser aplicado na pena base, afinal ele teve acesso aos autos, ao conjunto probatório dos autos, às partes, sendo o único capaz de mensurar a pena, não devendo, portanto, estar adstrito ao limite imposto pelo legislador que não participou do caso concreto.

A garantia constitucional violada não é aquela ocasionada pela extrapolação dos limites definidos pelo legislador, e, sim, a do réu que não tem os seus direitos aplicados, apesar da Carta Magna ser clara quanto a importância da eficácia de seus princípios norteadores, principalmente quando se trata de matéria penal. Ademais, a própria legislação infraconstitucional é violada, no que se refere ao artigo 65 do Código Penal, quando o princípio da legalidade não é vislumbrado.

Observa-se, portanto, manipulação, distorção dos conceitos e preceitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro para justificar a existência de uma súmula que, na realidade, não tem a menor condição de permanecer no ordenamento jurídico brasileiro e ser aplicada, haja vista os inúmeros prejuízos e injustiças que ocorrem com a sua aplicação.

Outros julgados que evidenciam a utilização desses princípios

constitucionais de maneira equivocada:

PENAL. ART. 12 DA LEI N. 6.368/76. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA. APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. LIMITE DE INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES RECONHECIDAS.

I - Se o agente, trazendo consigo ou transportando a droga, é detido quando pretendia exportá-la, o delito previsto no art. 12 da Lei n.6.368/76 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.⁵⁹

RESP - PENAL - PENA - ATENUANTE - O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. A cominação (in abstrato) não se funde 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.⁶⁰

Embora sejam utilizados esses princípios constitucionais, na realidade, a aplicação dessa súmula e sua existência no ordenamento jurídico deturpam o conteúdo desses princípios e contradiz a existência de outros como da proporcionalidade, da razoabilidade, da culpabilidade, dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima.

2.2.3 Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade, apesar de não aparecer de forma expressa na Carta Magna, ao exigir que a pena seja necessária, adequada e compatível com a ofensividade do delito, possibilita uma importante

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Recurso Especial n. 146056. Recorrente: Siham Bowanani. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministro Felix Fischer, Brasília, DF, 7 de outubro de 1997. **STJ**, Brasília, 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 13/3/2012.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Recurso Especial n. 32344. Recorrente: Reginaldo Nascimento da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiar, Brasília, DF, 6 de abril de 1993. **STJ**, Brasília, 1993. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199300046675&dt_publicacao=17-05-1993&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 12/3/2012.

harmonização no que tange à pluralidade dos direitos fundamentais e uma síntese das exigências de legalidade e legitimidade do ordenamento jurídico. Ademais, esse princípio funciona como um importante parâmetro, uma vez que deve ser utilizado pelo julgador no momento de proferir sua decisão, principalmente no tocante à cominação da pena.

Esse princípio – apesar de ser implícito – possui imensa importância uma vez que é aplicado em todos os ramos do Direito, salientando-se que no Direito Penal também é denominado de “Princípio da proibição do excesso”.⁶¹

A sanção penal deve ser aplicada de maneira proporcional à ofensa cometida ao bem jurídico, não podendo exceder, sendo assim uma forma de limitar o poder punitivo Estatal, assim como um corolário dos princípios da legalidade e da retributividade.⁶²

Quando o magistrado deixa de aplicar uma atenuante a qual o réu tenha direito em obediência a súmula do STJ deixa-se de aplicar o princípio da proporcionalidade uma vez que a pena justa, adequada, suficiente e, portanto, proporcional seria aquela que considerasse todas as circunstâncias do crime, inclusive as atenuantes que constituem um direito do condenado.

Portanto, a fim de que seja possível, de maneira justa, a melhor aplicação da tutela jurisdicional ao caso concreto, o respeito ao princípio da proporcionalidade é, na realidade, a “base de apoio e proteção dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito”⁶³

Diante de uma pena proporcional observa-se, conseqüentemente, a razoabilidade, pois este princípio visa conter as atuações abusivas estatais. O razoável apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez, sendo um contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com prudência, virtudes morais, senso comum e valores propugnados em dada comunidade. Afinal, uma vez criada a norma, a razoabilidade ganha em objetividade, cientificidade e obrigatoriedade.⁶⁴

⁶¹ DESTEFENNI, Marcos. *O injusto penal*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 2004, p. 46.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 366.

⁶³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 360.

⁶⁴ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 92.

Sendo assim, uma pena que desconsidera a aplicação de circunstâncias legais atenuantes, em obediência ao entendimento sumular do STJ, cominando uma pena excessiva e desproporcional é também, como consequência, desarrazoada.

2.2.4 Princípio da Culpabilidade e da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da culpabilidade torna-se relevante uma vez que o Direito Penal não pode apenas se preocupar em punir o fato típico e antijurídico praticado, analisa-se também o agente, suas condições pessoais, a valoração de sua conduta para daí constatar se é o caso de reprovação, merecedora de sanção.

Assim, a justificação da pena deixa de ser apenas a retribuição pelo dano praticado, por meio da ressocialização do agente, uma vez que obtém um fim mais específico, qual seja, a imposição de uma política criminal que permita analisar a culpabilidade do autor do crime não apenas como uma conduta isolada, individual, mas decorrente de um fenômeno social⁶⁵.

César Roberto Bittencourt classifica o conceito de culpabilidade em três: como fundamento da pena, como elemento da determinação ou mediação da pena e como conceito contrário à responsabilidade objetiva e resume, por fim, que não há pena sem culpabilidade, decorrendo dessa premissa três importantes consequências, quais sejam, não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado, a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor e a culpabilidade é a medida da pena.⁶⁶

No exame da vigência da Súmula 231 do STJ, sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro contraria, principalmente, a culpabilidade como elemento da determinação da sanção penal, afinal, nesse caso, a culpabilidade atua como limite para a pena, impedindo, portanto, que seja imposta de maneira

⁶⁵ Nesse sentido elucida Zaffaroni e Pierangeli: “[...] o direito penal da culpabilidade não pode permanecer alheio aos fundamentos axiológicos, provenientes dos valores constitucionais, Estes se mostram aptos, inclusive, para a construção de uma adequada justiça material, condição de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem. Não há uma culpabilidade em si (concepção individual), mas sim uma culpabilidade em relação aos demais membros da sociedade. Propugna-se, modernamente por um fundamento social, ao invés do psicológico tradicional para o conceito de culpabilidade.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 70).

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 5. ed., revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 44-45.

excessiva. Logo, ao impedir que a pena seja cominada abaixo do mínimo legal previsto, viola-se nitidamente esse importante princípio.

O princípio da proporcionalidade tem suas raízes constitucionais no valor constitucional da dignidade da pessoa humana⁶⁷, esse que aparece no Texto Constitucional como fundamento da República Federativa do Brasil⁶⁸ tamanha sua importância.

Logo, diante da relevância desse princípio constitucional o qual serve de base para os demais princípios, normas constitucionais e infraconstitucionais, impõe-se o respeito a sua aplicação como forma de não violação a nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas.

Ratifica esse entendimento a explanação de Rosenvald:

Temos ainda que a Constituição de 1988 adotou uma decisão política fundamental: inserir o princípio da dignidade humana como princípio fundamental da República Federativa, proporcionando um conteúdo substancial ao sistema jurídico. Essa meta é uma demonstração da subserviência do Estado ao ser humano; da posição de anterioridade da pessoa ao ordenamento e, principalmente, da supremacia dos valores, agora positivados em princípios.⁶⁹

Nesse conspecto, ressalta-se a prevalência do princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, do qual se mostra concedêneo o princípio da individualização da pena, também de índole constitucional, e que é violado quando deixa-se de aplicar as atenuantes as quais o réu tem direito em detrimento da Súmula 231 do STJ.

2.2.5 Princípio da Intervenção Mínima

Partindo do pressuposto que o Direito Penal deve ser aplicado como

⁶⁷ DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 64.

⁶⁸ “Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.” (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 1º., inciso III).

⁶⁹ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e a boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

“ultima ratio”, ou seja, de maneira subsidiária, uma vez que a sanção penal do cárcere é extremamente estigmatizante e cruel, a aplicação da pena justa, adequada, proporcional ao crime praticado é, portanto, de extrema valia.

Esse princípio aparece de forma implícita na Constituição Federal, em decorrência de outros importantes corolários dispostos nesse diploma legal, como assevera Luiz Luisi:

A Constituição Federal vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º caput), e põe como fundamento do Estado democrático de direito, no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorre, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, embora não explícito no texto Constitucional, o princípio da intervenção mínima. Trata-se, portanto, de um postulado nela inequivocamente implícito.⁷⁰

Sendo assim, o Direito Penal só deve atuar – na visão minimalista – quando os outros ramos do ordenamento jurídico demonstrarem que são insuficientes para reparar o dano praticado pelo agente, posto que essa medida deve ser respeitada tendo em vista a tendência político-criminal da pena inspirada no princípio da humanidade.⁷¹

O princípio constitucional da intervenção penal mínima aparece como um limitador da intervenção punitiva estatal, que deve aplicar a pena, quando necessária, sob determinados critérios para que não perca a sua legitimidade, sendo adequada ao caso concreto, mesmo que essa seja abaixo do mínimo legal, contrariando o enunciado da Súmula 231 do STJ.

Ante o exposto, a supremacia da Constituição Federal – como vértice jurídico normativo do Estado – deve ser seguida formalmente e materialmente por todas as normas existentes, assim como as súmulas que por terem força normativa não podem contrariá-la. Conforme evidenciado, a inconstitucionalidade do enunciado do STJ ocorre pela violação a esses princípios previstos na Magna Carta.

2.3 A pena aplicada abaixo do mínimo legal: análise de jurisprudências

⁷⁰ LUISI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 36.

⁷¹ CURY URZÚA, Henrique. *Derecho penal: Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 1982, p. 54-55.

A Suprema Corte Canadense julgou inconstitucional pena mínima fixada em 7 (sete) anos para o crime de tráfico de drogas ao analisar caso no qual um rapaz de 27 anos, com condenações anteriores, que retornava da Bolívia com quantidade de cocaína no valor de mais de cem mil dólares, restou condenado à pena de 8 (oito) anos por “importação de drogas”.

Na oportunidade, o Colegiado Supremo, com base em “condenado hipotético”, estudante de dezenove anos, primário e sem antecedentes, que importou quantidade muito pequena de droga, concluiu que a pena mínima de sete anos seria cruel e inusitada se a ele aplicada.⁷²

A decisão pautou-se na Seção 12 (doze) da Carta de Direitos e Liberdades Canadense, a qual prevê que “a todos é dado o direito de não se sujeitar a qualquer tratamento e punição cruel ou incomum”.⁷³

No Brasil, embora a maioria da jurisprudência e uma parte da doutrina permaneçam favoráveis à aplicação da Súmula 231 do STJ, há recentes julgados que demonstram a tendência atual em refletir sobre a adequação dessa súmula no ordenamento jurídico, tendo em vista a flagrante inconstitucionalidade do enunciado da súmula, bem como a evidente injustiça sobre o agente que recebe uma pena excessiva e completamente desproporcional, indo de encontro aos objetivos da sanção penal.

Conforme elucida a seguinte jurisprudência, há julgados que vão de encontro ao que dispõe a Súmula 231 do STJ, por contrariar o princípio da individualização da pena, bem como o que determina os artigos 65 e 68 do Código Penal. A ementa colacionada refere-se a um julgado recente da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Sergipe o qual respeita esse princípio por aplicar a quebra da mínima:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO SIMPLES TENTADO (ART. 157, CAPUT, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP) - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PLEITO DE APLICAÇÃO DA PENA-BASE AQUEM DA MÍNIMA ANTE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - INOBSERVÂNCIA DA SÚMULA Nº 231 DO STJ - SÚMULA NÃO VINCULANTE E DEFASADA -

⁷² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. *Série Pensando o Direito: Pena Mínima*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 17, 2009, p. 44-45.

⁷³ Texto original: “12. *Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.*”

RECONHECIMENTO DAS CAUSAS DE DIMINUIÇÃO DE PENA (MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA) - ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DE SEMI-ABERTO PARA ABERTO - POSSIBILIDADE - REFORMA DA DECISÃO. 1 - **Não obstante notícias publicadas no sítio do STF e até mesmo no do MP/SE, decisões e jurisprudência, em meu entender, a súmula nº 231 do STJ está defasada e não reflete a realidade da dinâmica processual penal.** 2 - Considerando que a pena definitiva aplicada ao apelante é de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, altero o regime inicial de cumprimento de pena de semi-aberto para o aberto nos termos do art. 33, § 2º, "c", c/c §3º do Código Penal. **Apelo provido - decisão por unanimidade para alterar o regime inicial de cumprimento de pena por maioria para fixar a pena abaixo do mínimo legal.**⁷⁴ (Grifou-se)

Ademais, a permanência dessa súmula contraria vários princípios constitucionais, como já foi exposto no capítulo anterior, dentre eles o princípio da individualização da pena, da proporcionalidade, além do próprio princípio da legalidade, estando, portanto, a Desembargadora Geni Schuster, relatora do julgado supracitado, extremamente correta ao proferir que a Súmula 231 do STJ está defasada.

No voto da desembargadora citada acima ela ainda enfatiza, de forma pertinente, que:

[...] as súmulas têm por objetivo proporcionar uma melhor e maior estabilidade ao ordenamento jurídico, auxiliando os aplicadores do direito. Contudo, a súmula em estudo, não nos traz essa tranquilidade e, uma vez que não tem força vinculante o magistrado não está obrigado a aplicá-la. Esclareça-se, contudo que a lei penal só limita abstratamente a pena-base, e não a aplicada concretamente.

No mesmo sentido o Voto do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, agora a favor da quebra da pena mínima, no REsp 68.120-0, anterior à edição da súmula, porém extremamente atual quanto aos preceitos que visam defender a individualização da pena ao réu, bem como os seus direitos, além de enfatizar a limitação do legislador frente a atuação do magistrado, "in verbis":

⁷⁴ SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Penal. Processo n. 2011310121, Apelação n. 0736/2011. Apelante: Bruno da Silva Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de Sergipe. Relatora: Desembargadora Geni Silveira Schuster, Sergipe, 16 de agosto de 2011. **TJSE**, Sergipe, 2011. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp.numprocesso=2011310121&tmp.numacordao=201110786>>. Acesso em 10/3/2012.

[...] O sistema penal, não obstante o esquema sancionatório, contempla casos de extinção de punibilidade; casos em que, formalmente, a sanção se faz desnecessária (Política Criminal). Coloca-se, então, esta hipótese. Ao juiz é facultado aplicar a pena abaixo do mínimo legal? [...]

Coloca-se então a pergunta: se apesar de aplicada no mínimo, a pena, dada excepcional circunstância (não é excludente de ilicitude nem excludente de culpabilidade) recomendar sanção ainda mais mitigada, pode o Juiz fixá-la em patamar favorável ao réu? Impõe-se resposta positiva.

O Juiz promove a adequação do normativo com a experiência jurídica. A lei, insista-se, não esgota o Direito. Inexiste, por isso, qualquer afronta ao princípio da individualização. Ao contrário, consagra a eficácia do próprio princípio. Ademais deixa patente, os Poderes são independentes, contudo, harmônicos. O legislador trabalha com o gênero. Da espécie cuida o magistrado. Só assim ter-se-á o direito dinâmico e sensível à realidade, impossível ser descrita em todos os pormenores por quem elabora a lei. Não se trata de mero pieguismo. Ao contrário, realização de justiça material. O Judiciário com essa orientação realizará o Direito Justo. Costuma-se repetir: cada caso é um caso! A sabedoria popular é sensível às distinções. Nessa linha, Legislativo e Judiciário completam-se. Se a lei se volta para um fim, não faz sentido, no momento da incidência, o aplicador desprezá-lo. Útil concluir, repetindo: a justiça atribui a cada um o que é seu! A pena correta é direito do condenado.⁷⁵

Conforme elucidou a jurisprudência supracitada, a Súmula 231 do STJ está em dissonância com a própria dinâmica processual, uma vez que contraria o sistema trifásico de aplicação da pena, disposto no artigo 68 do Código Penal, bem como o que dispõe o artigo 65 do mesmo diploma legal ao proferir que as circunstâncias atenuantes sempre devem ser consideradas.

Partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico brasileiro estipulou o sistema trifásico de fixação da pena e não o bifásico de Roberto Lyra, a não consideração de atenuantes pelo magistrado contraria a previsão legal.

Caso o sistema adotado fosse o bifásico, no qual eram consideradas as circunstâncias judiciais e legais na primeira fase de aplicação da pena, cominando-se a partir dessa análise a pena-base, a aplicação da Súmula 231 do STJ faria total sentido, tendo em vista o consenso existente de que a pena-base deve ser estipulada não podendo ultrapassar o máximo e o mínimo previstos

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Recurso Especial n. 681200/MG. Recorrente: Jacir de Moares Cardoso.. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Brasília, DF, 16 de setembro de 1996. **STJ**, Brasília, 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500300362&dt_publicacao=09-12-1996&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 13/3/2012.

abstratamente. A única diferença é que no sistema bifásico, na primeira fase de aplicação da pena já seriam consideradas as circunstâncias atenuantes para cominação dessa pena provisória.

Entretanto, como o legislador brasileiro optou por adotar o sistema trifásico de aplicação da pena, em que as circunstâncias atenuantes são analisadas na segunda fase, a existência dessa Súmula do STJ não subsiste, afinal após cominar a pena-base, a partir da análise isolada das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, não há qualquer impedimento legal que vede a possibilidade de quebra da pena mínima quando considerada alguma atenuante na segunda fase de aplicação da pena, sendo, portanto, uma construção puramente jurisprudencial.

Diante da ausência de vedação legal expressa do legislador no que tange à aplicação da pena abaixo do mínimo legal, há permissão para que o magistrado possa fazê-lo, quando entende ser no caso concreto a pena mais justa e proporcional, uma vez que se fosse o escopo do legislador limitar a pena, o teria feito de forma expressa na redação do artigo.

Essa preocupação do legislador é evidente, por exemplo, no Código Eleitoral, no qual o legislador fixou um limite na segunda fase de aplicação da pena no artigo 285 ao dispor que “Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-la entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime.”

Portanto, diante desse exemplo, o magistrado deve aplicar a atenuante, mesmo que ultrapasse o mínimo legal previsto em abstrato, uma vez que não há qualquer impedimento legal para essa cominação, além de, dessa forma, obedecer o que dispõe do artigo 68 do Código Penal que estabelece o sistema trifásico de aplicação da pena.

Depreende-se assim, que a permanência da Súmula 231 do STJ no ordenamento jurídico brasileiro é um verdadeiro desrespeito aos direitos e garantias do réu, uma vez que existindo circunstância atenuante a ser considerada pelo magistrado, este simplesmente deixa de aplicá-la em detrimento de uma súmula que distoa da legislação penal, bem como de seus princípios constitutivos, não havendo dúvida de que esse entendimento jurisprudencial traz consequências prejudiciais ao

agente.

Outro exemplo de acórdão que aplicou pena abaixo do mínimo legal por entender que a aplicação da Súmula 231 contraria princípios constitucionais como da reserva legal, que constitui garantia individual do réu:

PENAL – LATROCÍNIO – CONDENAÇÃO – PENA-BASE FIXADA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – PRESENÇA DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – POSSIBILIDADE – NÃO ACOLHIMENTO DA SÚMULA 231, DO STJ.

1 - A Constituição Federal, quando consagra o princípio da reserva legal, o faz como garantia individual do réu, daí porque a sua segurança se estabelece na certeza de que pena jamais poderá ser imposta além do máximo, inexistindo óbice à sua fixação aquém do mínimo.

2 - Sem obstáculo constitucional, vale a expressão categórica do artigo 65, do Código Penal, vazada no advérbio temporal “sempre”.

3 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena, v.g., a menoridade do réu e a sua confissão espontânea.

4 - Recurso a que se dá parcial provimento para reduzir a pena definitiva, fixando-a um pouco abaixo do mínimo legal.⁷⁶

No voto, o Relator da ementa supracitada alterou a sentença no que tange à individualização da pena, pois na segunda fase embora o réu tenha confessado espontaneamente a juíza de primeiro grau manteve o limite do mínimo legal em obediência ao enunciado da Súmula 231 do STJ, o que na concepção do Desembargador Relator fere o princípio da reserva legal, que protege os direitos e garantias individuais do réu e não da coletividade, in verbis, trecho do seu voto:

Com a devida vênua, temos insistido no argumento de que a inspiração do entendimento sumular decorre do princípio da reserva legal, segundo o qual a lei anterior ao fato estabelece os parâmetros da resposta estatal. Em assim sendo, forçoso é convir que a Constituição Federal, quando prevê a anterioridade da lei penal – estabelecendo o princípio da reserva legal – cuida dos Direitos e Garantias Individuais e não da sociedade. Neste caso, de que modo o réu se sente garantido pela Carta Magna: na certeza de que a pena não poderá ser superior ao máximo, ou aquém do mínimo. A primeira alternativa é a resposta que se impõe reconhecer.

Inexistindo o óbice da Constituição, tem, ao meu juízo, inteira

⁷⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Penal. Apelação n. 20010111199026. Apelante: Vanderlei Ferreira de Paiva e outros. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargador Edson Alfredo Smaniotto. Brasília, DF, 24 de abril de 2003. **TJDFT**, Brasília, 2003. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgj1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62579,62980,28895&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=20010111199026>>. Acesso em 16/3/2012.

aplicação o artigo 65, do Código Penal, quando, categoricamente, determina a atenuação da pena, com o advérbio temporal “sempre”. Provejo, em parte, ambos os recursos, para, estabelecida a pena-base nos moldes constantes da r. sentença apelada, considerar, na segunda fase do roteiro de aplicação da pena, as atenuantes da menoridade dos apelantes e das confissões espontâneas – já admitidas pela MM. Juíza -, reduzindo-lhes a pena-base para 19 (dezenove) anos de reclusão, tornando a condenação, assim, definitiva.

Logo, mesmo com a predominância de julgados em convergência com o entendimento sumular do STJ, há decisões pertinentes que vão de encontro à súmula por entender que esta contraria a própria legislação bem como a própria Constituição Federal, devendo assim ser rediscutida.

3 O PAPEL DO MAGISTRADO

3.1 A importância e a responsabilidade do juiz no exercício da função jurisdicional

O juiz, investido de cargo público, tem a função máxima de resolver o caso concreto demandado ao Poder Judiciário, por meio da interpretação e aplicação das leis, em conformidade com o processo formal previsto.

Embora o positivismo formal defenda que o magistrado deve ser um mero aplicador da norma, ou seja, apenas um seguidor dos ditames descritos em regras abstratas e gerais criadas e impostas pelo Poder Legislativo, a função do operador do direito vai muito além de apenas aplicar a lei, ele é o único capaz de analisar o caso concreto e distribuir, de fato, a justiça.

Diante dessa nova concepção do papel do magistrado, assevera Alberto Silva Franco:

Uma sociedade marcada por profunda exclusão social não se compatibiliza com o perfil de um juiz apegado ao texto da lei, insensível ao social, de visão compartimentada do saber, auto-suficiente e corporativo. E, acima de tudo, com um juiz que ainda não teve a percepção de que sua legitimação não se apóia na vontade ou nas leis de mercado, mas substancialmente na sua função central de garantidor dos direitos que atribuem dignidade ao ser humano e dos valores axiológicos incorporados aos modelos sociais que têm a democracia como uma garantia irrenunciável.⁷⁷

Conforme assevera Amilcar de Castro, é somente por meio da atividade do magistrado que a ordem jurídica se manifesta, pois o legislador não tem, bem como não pode ter, a função criadora do direito, isto é, somente o juiz pode analisar o caso concreto e a partir da previsão legal interpretar a lei e aplicá-la da forma mais justa, razoável, proporcional e adequada ao caso: “o legislador faz a lei, mas lei não é direito; lei é norma geral, impessoal, enquanto o direito é

⁷⁷ FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. In: MESSUTI, Ana; ARRUBLA, Sampetro (Org.). *La Administración de Justicia em los albores del tercer milênio*. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2001, p. 99.

necessariamente pessoal, particular.”⁷⁸

Logo, o juiz faz parte do processo, e sua importância se dá pelo fato de ser o operador e não apenas o aplicador da lei e do direito, sendo o responsável pela tomada de decisões legais emitidas pelo poder decisório que lhe atribui o Estado. O juiz, como agente político do Estado, tem o dever de analisar a demanda judicial e defender as normas constitucionais, frente a uma evidente violação da legislação infraconstitucional, como ocorre no caso da Súmula 231 do STJ – a qual viola importantes princípios constitucionais, uma vez que não permite ao aplicador do direito quebrar a pena mínima prevista em abstrato – embora essa fosse a pena mais justa e proporcional ao dano causado.

Aduz Alberto Silva Franco sobre essa relação entre magistrado e Constituição:

O juiz e a Constituição devem ter em verdade uma relação de intimidade: direta, imediata, completa. Há um nível de cumplicidade que os atrai e os enlaça. Na medida em que, de maneira explícita ou implícita, dá-se positividade constitucional aos direitos fundamentais da pessoa humana, estabelece-se ao mesmo tempo um sistema de garantias com o objetivo de preservá-los. O juiz passa a ser o garantidor desse sistema. Não pode, por isso, em face de violações ou de ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, permanecer num estado de inércia ou de indiferença, ou mesmo admitir que o legislador infraconstitucional se interponha indevidamente entre ele e a Constituição. Bem por isso, deve o juiz, no modelo garantístico, renunciar quer à função de “boca repetidora” da lei, quer à função meramente corretiva da lei.⁷⁹

No que tange ao papel dos juízes, almeja-se no atual Estado contemporâneo a abdicação de uma postura meramente técnica para então assumirem uma função política e social. Espera-se do magistrado que este dialogue com a sociedade e que aplique de fato, principalmente na seara penal, a defesa dos princípios e direitos fundamentais consagrados.

No Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, a missão do juiz criminal, em síntese, é a de compatibilizar o Estado de Direito ao Estado Social que lhe é subjacente, respeitando os direitos do acusado e assim garantir o respeito à

⁷⁸ CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional Privado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968, v. 1, p. 43.

⁷⁹ FRANCO, Alberto Silva. *O juiz e o modelo garantista*. Boletim IBCCRIM, n. 56, julho, 1997, p. 2.

dignidade da pessoa humana e da estrita legalidade do processo.

3.2 Discricionariedade *versus* Arbitrariedade

Por meio do discurso da prevalência da segurança jurídica, no sentido de previsibilidade, dada pela vinculação do juiz à legalidade⁸⁰, parte da doutrina e da jurisprudência defendem que o juiz não pode ir além do que está adstrito na lei. Entretanto, ao analisar a legislação infraconstitucional e ao se deparar com sua infringência à Constituição, o magistrado deve exercer a função de aplicador do Direito e da justiça, com o escopo de preservar a norma hierarquicamente superior existente no ordenamento jurídico brasileiro.

A importância do julgador ao analisar o caso concreto de forma singular e atenta ao ser humano o qual está sendo julgado, se dá pelo fato de que os magistrados não devem ser obrigados a adotar precedentes, muitas vezes inadequados, conseguindo alcançar assim uma conclusão adequada e justa da causa *sub judice*. Essa visão do juiz, aplicador do Direito está evidente no seguinte pronunciamento dworkiano:

O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política. Esse é o ponto de vista da maioria dos leigos e o hino dos conservadores em questão de direito [...]. Segundo, o convencionalismo corrige a opinião popular do leigo, para quem sempre existe um direito a ser aplicado. **O direito por convenção nunca é completo, pois constantemente surgem novos problemas que ainda não haviam sido resolvidos de nenhuma maneira pelas instituições que dispõem da autoridade convencional para resolvê-lo [...]. Portanto, a decisão que um juiz deve tomar nos casos difíceis é discriminatória no sentido forte do termo: é deixada em aberto, via correto entendimento das disposições passadas.**⁸¹ (Grifou-se)

O poder discricionário do magistrado diz respeito à possibilidade de optar pelo respeito às normas constitucionais, no caso de não aplicar a Súmula 231 do STJ, cominando a pena abaixo do mínimo legal previsto em abstrato, em detrimento de uma súmula que viola importantes princípios constitucionais, dentre

⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS, Araken de. et al (coords.). *Direito Civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 540.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 141. Tradução: Jefferson Luiz Camargo.

eles o da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, do devido processo legal, da individualização da pena, entre outros.

Nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello define discricionariedade como sendo:

[...] a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.⁸²

Sendo assim, o poder discricionário é aquele em que a autoridade, no caso judicial, procura a solução que melhor se adéque à finalidade pretendida pelo ordenamento jurídico, para isso utiliza-se de valorações devidamente justificadas na motivação da decisão adotada, ou seja, o juiz faz uma cuidadosa consideração de todas as circunstâncias do caso concreto.

Portanto, não há como confundir discricionariedade com arbitrariedade judicial, uma vez que os juízes têm sua atuação controlada por meio das decisões judiciais prolatadas, as quais devem ser, necessariamente, fundamentadas – conforme elucida o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal – bem como dotadas de publicidade, propiciando a possibilidade do contraditório, razão pela qual poderão ser questionadas e invalidadas, sem que haja invasão de Poder.

Com o escopo de esclarecer as diferenças entre discricionariedade e arbitrariedade afirma Mauro Cappelletti:

De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à *liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*.⁸³

⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. até a EC 45, de 08.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 401.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 23-24. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

No caso da Súmula 231 do STJ, o papel discricionário do magistrado vislumbra-se na aplicação do sistema trifásico de aplicação da pena tendo em vista que não há nenhuma vedação expressa para que o juiz não possa cominar a pena abaixo do mínimo legal, após análise de todas as circunstâncias do caso concreto, assim como de todo o conjunto probatório dos autos.

Ou seja, a disposição legal presente no artigo 68 do Código Penal dirige-se à aplicação do artigo 59, do mesmo diploma legal, somente na primeira fase, ou seja, no momento de se concretizar a pena-base. Esse dispositivo legal não proíbe o juiz de exercer certo poder discricionário nas fases seguintes da aplicação da pena, o que não significa agir com arbitrariedade. Não há dúvida de que, sem prejuízo de estar vinculado a alguns limites, sobretudo constitucionais, pode, diante das circunstâncias atenuantes, extrapolar os limites abstratos da pena mínima.

Não há, portanto, nenhum impedimento legal que impossibilite o juiz de exercer esse ato discricionário, tendo em vista que o artigo 68 do Código Penal, como visto acima, não impõe nenhum obstáculo. Aliás, considerando-se o teor literal do artigo 65 do Código Penal, ao dispor que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”, se uma atenuante, devidamente comprovada pelo juiz, não tiver incidência concreta, o que se faz é uma analogia, *in malam partem*, ou seja, contra o réu. Dessa forma, na segunda fase de aplicação da pena são utilizados os mesmos critérios da primeira, de forma a prejudicar o réu.

Diante da não aplicação do princípio da legalidade, o qual não é respeitado com a permanência da súmula supracitada, uma vez que veda a aplicação dos artigos 65 e 68 do Código Penal, elucida Luiz Flávio Gomes:

Em síntese, propugnamos tanto (em nossos vários anos de luta pelo direito) por juízes criativos, que adotem interpretação conforme à Constituição, que sejam guardiães dos seus princípios, regras e valores, porém, na questão ora em debate, de tudo quanto necessitamos é de um juiz conservador, que seja *la bouche de la loi* e cumpra a legalidade (estrita) e nada mais!⁸⁴

Portanto, na atuação do magistrado frente à existência da súmula 231 no ordenamento jurídico brasileiro, para que não ocorra uma injustiça, qual seja, a não aplicação da atenuante na segunda fase do sistema trifásico de aplicação da

⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Atenuantes podem reduzir pena abaixo do mínimo legal*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-set-29/sumula_stj_conflito_direito_vigente>. Acesso em 10/04/2012.

pena, pela vedação expressa da súmula citada de não poder a pena ser cominada abaixo do mínimo legal, o magistrado deve utilizar desse poder discricionário, e não arbitrário, além do próprio princípio da legalidade, segundo dispõe os artigos 65 e 68 do Código Penal como meio de proteger a Constituição, os direitos do réu e a própria função da pena no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3. A atuação harmônica dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no Estado contemporâneo

O princípio da tripartição de poderes existente no atual Estado Democrático de Direito brasileiro, tem previsão legal no artigo 2º, “caput”, da Carta Magna que dispõe serem os três poderes independentes e harmônicos entre si, além de ser proibida qualquer emenda constitucional que elimine ou modifique o conteúdo desse princípio⁸⁵.

Ressalte-se que diante dessa previsão legal, infere-se que a própria Constituição Federal legitima a função pública e política de intervenção social que o magistrado assume no exercício da judicatura.

Logo, a divisão dos poderes distribuída por meio das funções do Poder Político em órgãos separados propicia uma especialização funcional, consubstanciada por meio da independência orgânica e de um controle recíproco entre eles.⁸⁶ Afinal, a acumulação de poderes nas mãos de uma única pessoa, no caso o soberano, representaria insegurança jurídica aos cidadãos, visto que ele seria capaz de criar as leis, executá-las e julgá-las, como elucida Montesquieu:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.⁸⁷

⁸⁵ “Art. 60 [...] §4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III – a separação dos Poderes.” (BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 60., §4º).

⁸⁶ VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de A. Ativismo Judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das lacunas legislativas. *Revista do Programa de Pós Graduação em Direito – Universidade Federal da Bahia*. Salvador-BA, n. 21, julho, 2010, p. 33.

⁸⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 172. Tradução Cristina Muracho.

Entretanto, embora esse princípio seja de fundamental importância deve ser visto como um instrumento e não um fim em si mesmo, não podendo ser obstáculo à finalidade maior de aplicação da pena, qual seja, atribuir uma punição proporcional e justa ao caso concreto, principalmente, tendo como norteador o princípio da individualização da pena.

Esclarece José Afonso da Silva sobre o princípio da separação dos poderes ao salientar que não há mais aquela rigidez de antigamente, tendo em vista que a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes, bem como novas formas de relacionamento entre órgãos legislativo e executivo e o judiciário.⁸⁸

Nesse diapasão, “é importante afirmar que a separação das funções estatais não é tão rígida num Estado Democrático de Direito: os poderes exercem controle recíproco uns sobre os outros, num sistema de pesos e contrapesos.”⁸⁹

Deve ocorrer, na realidade, uma relação de equilíbrio entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário com o escopo de propiciar limitação ao poder estatal frente a importância da liberdade individual, ou seja:

O que pretendemos deixar assinalado é que a divisão de poderes nunca se dissociou da ideia da sua interpenetração, do seu equilíbrio, da sua harmonia, não podendo ser tida como absoluta e desintegradora. E teve sempre em vista, no consenso unânime dos que a adotaram, a limitação do poder em benefício da liberdade individual.

Nem seria lícito imaginar-se que o Estado, destinado a servir ao homem, e sua criação, fosse organizado e funcionasse de tal modo que o absorvesse e o oprimisse, como ocorre nos regimes absolutistas e totalitários.

[...]

A divisão da Assembléia Geral, órgão do Poder Legislativo, em duas Câmaras, como ainda hoje ocorre, já inclui nesse ramo um dos processos de interpenetração, exercendo a ação frenadora através da qual se visa alcançar o desejado equilíbrio.⁹⁰

Ou seja, a função do Poder Judiciário, representado pelo magistrado quando atua em um caso concreto, deve ser a de aplicar a lei determinada pelo

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 109.

⁸⁹ LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 184, ano 35, junho 2010, p. 180.

⁹⁰ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1999, p. 27-28.

Poder Legislativo, mas não se resume apenas a isso, haja vista ser o Judiciário, o único dentre os outros poderes que tem contato direto com a realidade no momento de aplicação do Direito, não partindo, portanto, apenas de premissas abstratas como faz o legislador no momento de criação da norma.

Sendo assim, o objetivo atual desse princípio resume-se à independência e harmonia entre os três poderes, baseado na exigência de colaboração entre os órgãos que exercem as funções estatais, por meio do controle mútuo e da corresponsabilidade política entre eles com o escopo maior de dar efetividade às normas constitucionais. Ou seja, conforme ratifica Fábio Corrêa Souza de Oliveira “para quem antes de se cogitar de uma estanque separação ou divisão é preferível vislumbrar uma certa combinação ou coordenação entre as funções estatais.”⁹¹

Logo, diante da omissão do Poder Legislativo, o Judiciário deve atuar com o objetivo de cumprir os preceitos constitucionais, surgindo nesse momento o impasse, tendo em vista que nenhum desses Poderes poderia “invadir” a competência do outro, embora o escopo maior seja a defesa da Constituição.

No caso da Súmula 231 do STJ, que cerceia o papel do magistrado na medida em que o impede de aplicar, no caso concreto, a pena abaixo do mínimo legal, há evidente violação a importantes princípios constitucionais em detrimento do princípio da separação dos poderes, que se for interpretado na literalidade impede a atuação do Poder Judiciário, frente à omissão do Legislativo. Ressalta-se que o legislador nem sempre prevê todos os casos, afinal parte de uma abstração, cabendo ao juiz aplicar na prática o preceito legal.

Se o limite legislativo não puder ser ultrapassado pelo julgador, quem realmente se encontra defronte à realidade do caso concreto e possui os meios e parâmetros constitucionais e legais para fazê-lo, constituirá um verdadeiro obstáculo ao ideal de justiça, merecendo, portanto, relevância e aplicação na espécie, o sistema de freios e contrapesos.

Na lição de Abel Fleming e Pablo López Viñals:

[...] não há dúvida de que no regime de controle de constitucionalidade difuso vigente em nosso meio, a máxima

⁹¹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.287.

iniquidade que comporta a aplicação de uma pena legalmente prevista, mas manifestamente injusta segundo o caso, suscita uma suposta arbitrariedade a ser combatida pelo juiz que deve resolvê-la, deixando de lado a previsão legal e reparando-a porque tem a sua frente o conhecimento de uma aplicação legal injusta e consumada.⁹²

Conclui-se, portanto, que tanto o legislador como o julgador devem, sempre, guardar obediência aos ditames da Carta Constitucional. Com base nessa premissa é possível extrair não apenas a possibilidade, mas, principalmente, a plena obrigatoriedade do Poder Judiciário intervir em toda e qualquer situação na qual haja ameaça às normas e princípios constitucionais.

De acordo com Francisco de Assis Toledo:

O legislador estabelece as sanções passíveis de serem aplicadas aos acusados de infração penal e estabelece parâmetros para a fixação judicial da pena, em concreto. Dentro desses parâmetros, goza o juiz de relativa liberdade. Todavia, nessa importantíssima tarefa de estabelecer, em cada caso, as consequências jurídico-penais de determinado crime, em concreto, o juiz, além das regras legais preestabelecidas, não pode deixar de observar certos princípios fundamentais, expressos ou implícitos no ordenamento jurídico.⁹³

Em uma perspectiva mais restrita, observadas as circunstâncias e as consequências da permanência da Súmula 231 do STJ no ordenamento jurídico brasileiro, há de se ressaltar acerca da veemente necessidade de adequação da norma legal aos preceitos constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e em especial ao da individualização da pena, pois a sua eficácia está em mensurar a pena de acordo com o caso concreto, analisando as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.

A pena mínima merece adequação às circunstâncias da situação concreta, a qual constitui hipótese excepcional, provavelmente não contemplada pelo legislador, dado às suas particularidades. No dizer de Inocêncio Mártires Coelho:

[...] o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a 'ponta do iceberg'; todo o resto, talvez a parte mais significativa, que

⁹² FLEMING, Abel; VIÑALS, Pablo López. *Las penas*. 1 ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 302.

⁹³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios que regem a aplicação da pena*. Disponível em <www.cjf.jus/revista/numero7/artigo1.htm>. Acesso em: 15/4/2012.

o intérprete-aplicador deve levar em conta para realizar o direito, isso é constituído pela situação normada.⁹⁴

Tratando da questão, o STJ em acórdão que teve como relator o eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, assim decidiu. Observe-se:

RESP - PENAL - PENA - INDIVIDUALIZAÇÃO - ATENUANTE - FIXAÇÃO ABAIXO DO MINIMO LEGAL - O PRINCIPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (CONSTITUIÇÃO, ART. 5., XLVI) MATERIALMENTE, SIGNIFICA QUE A SANÇÃO DEVE CORRESPONDER AS CARACTERISTICAS DO FATO, DO AGENTE E DA VITIMA, ENFIM, CONSIDERAR TODAS AS CIRCUNSTANCIAS DO DELITO.

A COMINAÇÃO, ESTABELECEANDO GRAU MINIMO E GRAU MAXIMO, VISA A ESSE FIM, CONFERINDO AO JUIZ, CONFORME O CRITERIO DO ART. 68, CP, FIXAR A PENA "IN CONCRETO". A LEI TRABALHA COM O GENERO. DA ESPECIE, CUIDA O MAGISTRADO. SÓ ASSIM, TER-SE-Á DIREITO DINÂMICO E SENSIVEL A REALIDADE, IMPOSSIVEL DE, FORMALMENTE, SER DESCRITA EM TODOS OS PORMENORES. IMPOSIÇÃO AINDA DA JUSTIÇA DO CASO CONCRETO, BUSCANDO REALIZAR O DIREITO JUSTO. NA ESPECIE "SUB JUDICE", A "PENA BASE" FOI FIXADA NO MINIMO LEGAL. RECONHECIDA, AINDA, A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTANEA (CP, ART. 65, III, D). TODAVIA, DESCONSIDERADA PORQUE NÃO PODERA SER REDUZIDA. ESSA CONCLUSÃO SIGNIFICARIA DESPREZAR A CIRCUNSTANCIA. EM OUTROS TERMOS, NÃO REPERCUTIR NA SANÇÃO APLICADA. OFENSA AO PRINCIPIO E AO DISPOSTO NO ART. 59, CP, QUE DETERMINA PONDERAR TODAS AS CIRCUNSTANCIAS DO CRIME.⁹⁵ (Grifou-se)

Na lição de Dworkin “uma teoria que vincula a justiça a convenções não seria aceitável mesmo que disponível”⁹⁶, sendo assim, o princípio da separação dos Poderes, atualmente, deve ser interpretado de forma a adequar-se às exigências da sociedade, bem como à função do Direito Penal, com o escopo de por meio da atuação do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais ser possível o

⁹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 93.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Recurso Especial n. 151837/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: João Bosco de Carvalho. Relator para Acórdão: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 28 de maio de 1998. **STJ**, Brasília, 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700736997&dt_publicacao=22-06-1998&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 10/3/2012.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, p. 327. Tradução Luis Carlos Borges.

alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais.⁹⁷

Diante do que foi exposto em relação ao princípio da tripartição dos poderes e sua flexibilização em prol da aplicação dos preceitos constitucionais ratifica Ana Paula Barcellos:

É preciso destacar a natureza instrumental do princípio da separação dos poderes. Embora tenha se transformado em um princípio de fundamental importância para a organização do Estado moderno, a separação de poderes não é um valor em si mesmo. Sua formulação derivou da percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa, em detrimento daqueles que lhe estão subordinados, de modo que, em se tratando do poder político, era imperioso dividir seu exercício para que as liberdades e os direitos dos indivíduos fossem preservados [...] **impõe-se uma visão flexibilizadora dos dogmas construídos em torno da ideia de separação dos poderes.**⁹⁸
(Grifou-se)

Portanto, como o objetivo da separação dos Poderes no Estado Democrático Brasileiro foi o de assegurar a liberdade dos indivíduos, aumentar a eficiência e ao mesmo tempo enfraquecer o poderio Estatal, diante de uma omissão legislativa – que causa prejuízos à sociedade, e no caso da Súmula 231 do STJ evidente violação de direitos do réu – o Poder Judiciário deve atuar de forma imperativa, visto que a omissão legislativa prejudica a aplicação efetiva da Carta Constitucional, quando não respeita a aplicação dos princípios por ela protegidos e que devem ser aplicados de maneira efetiva, principalmente, no tocante ao Direito Penal.

3.4 Ativismo Judicial

Atualmente, por meio do ativismo judicial, os magistrados estão adquirindo um papel de destaque na efetivação do ideal de justiça, ou seja, no processo de construção e fomento do Direito. Afinal, cabe ao juiz o dever de atuar, como sujeito obrigado na relação referente ao direito subjetivo público de ação e não

⁹⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação Constitucional. In: COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Ganet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002, p. 99.

⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 215.

apenas assistir, alcançando assim a prestação jurisdicional adequada ao caso concreto.

Entende-se como ativismo judicial o movimento responsável pela interação do Poder Judiciário, por meio da atuação dos magistrados não apenas cumprindo a norma, mas de forma participativa, assumindo uma conduta mais ousada, uma vez que afasta a postura de neutralidade do julgador, frente a, por exemplo, uma omissão legislativa ou inconstitucionalidade da lei.

Nas palavras de Elival da Silva Ramos:

[...] ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.⁹⁹

O ativismo judicial adquire papel fundamental na medida em que incumbe ao magistrado o poder de efetivar o texto constitucional, defendendo-o, com ingerência no território de atuação do Poder Legislativo e do Executivo, haja vista ser o único, no caso concreto, capaz de avocar para si a competência institucional e com a sua capacidade intelectual e sensibilidade atuar na solução das demandas judiciais.

José Augusto Delgado sintetiza a importância do ativismo judicial no atual Estado Democrático de Direito:

O ativismo judicial, de um lado, põe em realce a instrumentalidade do processo, possibilitando ao juiz chegar à verdade real em vez de contentar-se com verdade apenas formal, e, de outro, exorciza alguns mitos processuais como a neutralidade do juiz e o *quod non est in actis non est in mundo*. O ativismo judicial traduz também a posição do juiz no processo, tendente a suprir a desigualdade processual das partes, decorrente de omissões processuais de seus patronos, com o objetivo de concretizar o princípio da igualdade material das armas.¹⁰⁰

O Poder Judiciário torna-se, portanto, poderoso instrumento de efetividade constitucional, haja vista possuir papel fundamental na relação existente

⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

¹⁰⁰ DELGADO, José Augusto. *Ativismo Judicial. O papel político do Poder Judiciário na sociedade contemporânea*. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al. (coords.). *Processo civil. Novas tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Ed. DelRey, 2008, p.320.

entre o princípio democrático e o real alcance dos fins a que se destina a estrutura jurisdicional do Estado. Nesse diapasão, o ideal de consolidação da democracia precisa, necessariamente, passar também pelo Judiciário, afinal como forma de composição de conflitos, reconstrói em cada caso concreto e por meio do ativismo judicial a história da nação.

O ativismo judicial consolida-se quando o juiz, na prática, interpreta as normas abstratas criadas e cláusulas vagas editadas pelo legislador, tendo como parâmetro a Constituição Federal, de forma vinculante. Ou seja, coube ao Judiciário na atual separação dos poderes vigente no Estado, a função de compor as demandas que lhe são apresentadas, e, por força da Carta Magna de 1988, monitorar os possíveis arbítrios dos demais Poderes com o escopo de evitar desmandos e abusos cometidos.

Nesse sentido, Eugênio Raúl Zaffaroni preconiza:

Certamente que o Judiciário presta o serviço de resolver conflito entre pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas realizações normativas entre Estado e pessoas, o primeiro respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁰¹

Embora o papel do Poder Judiciário como defensor dos ditames constitucionais seja extremamente relevante, indaga-se ainda se os magistrados poderiam suprir às omissões dos demais poderes, principalmente no que refere ao Poder Legislativo. Ou seja, questiona-se a viabilidade do ativismo judicial diante do sistema de tripartição de poderes presente no Estado Democrático brasileiro e adotado pela Constituição Federal.

O fato é que na atual conjuntura política, o ativismo político não afronta o Estado Democrático de Direito desde que se mantenha atento à legalidade e garanta a aplicação dos preceitos constitucionais, esses que, não raras vezes, são deixados à margem pelo Executivo e pelo Legislativo, exigindo de forma imperiosa uma postura proativa do Poder Judiciário, representado pelos magistrados.

No âmbito penal, há controvérsias se seria possível a realização de

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 37. Tradução: Juarez Tavares.

sentenças aditivas¹⁰² nessa área do Direito, uma vez que esse tipo de decisão judicial realiza uma nova interpretação do dispositivo legal em detrimento do princípio da legalidade.

Salienta-se que não é possível a interpretação extensiva ou analógica “in malam partem”, sendo assim as sentenças com efeitos aditivos que determinassem a incriminação de pessoas em relação a fatos passados (“nullum crimen sine lege previa”) ou que estendesse o objeto da norma incriminadora (“nullum crimen sine lege certa e sine lege scripta”) não poderiam ser validadas.¹⁰³

Entretanto, apesar do Direito Penal ter o princípio da legalidade como norteador de aplicação do Direito, limitando o alcance de aplicação da norma no caso concreto, a edição de sentenças aditivas “in bonam partem”, ou seja, a favor do réu seriam possíveis.

Logo, a impossibilidade de sentenças aditivas na esfera penal não é absoluta, uma vez que favorecem o réu, ou seja, a realização de sentenças de interpretação extensiva ou analógica, desde que não sejam em prejuízo do acusado podem ser prolatadas.

Nesse conspecto, as decisões de juízes e de tribunais que vão de encontro ao enunciado da Súmula 231 do STJ por entenderem que a vedação de cominação da pena abaixo do mínimo legal afronta importantes princípios constitucionais como o da proporcionalidade, individualização pena e legalidade são totalmente plausíveis e merecem guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

A permanência dessa súmula no sistema legal brasileiro viola, primordialmente, a função da pena no Estado Democrático de Direito, bem como os direitos e garantias constitucionais do réu, o qual não receberá uma pena justa, adequada e proporcional ao delito praticado, assim com não terá amparo constitucional para defender-se.

Salienta-se que a legitimidade conferida à atividade jurisdicional vai

¹⁰² “As sentenças aditivas podem ser definidas como aquelas que declaram que ao preceito impugnado lhe falta algo para ser conforme à Constituição, devendo, assim, o preceito a ser aplicado incluindo aquilo que lhe faltava.” (SÁ, Fátima. Omissões Inconstitucionais e Sentenças Aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.). *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 428).

¹⁰³ SÁ, Fátima. Omissões Inconstitucionais e Sentenças Aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.). *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 448.

muito além de apenas aplicar a lei, o juiz moderno tem o comprometimento com a justiça, tendo em vista que é por meio dessa esfera de poder que a democracia se realiza de maneira efetiva.

Portanto, o magistrado diante da permanência da Súmula 231 do STJ, deve exercer o controle difuso de constitucionalidade, afastando a sua incidência no caso concreto e aplicar a pena abaixo do mínimo legal quando cominada a pena-base – se favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal – no mínimo previsto em abstrato e caso exista atenuante a ser considerada na segunda fase de aplicação da pena, esta deve ser aplicada de maneira obrigatória como preconiza o princípio da legalidade. Assim, é possível garantir a aplicação dos princípios constitucionais responsáveis pela cominação de uma pena definitiva justa, adequada, razoável e proporcional no caso concreto.

Com o afastamento da Súmula 231 do STJ, por flagrante inconstitucionalidade, o Judiciário por meio do magistrado corrigirá uma injustiça cometida contra o réu no momento de aplicação da pena, que vai de encontro ao Direito Processual Penal, bem como aos seus princípios e à própria Constituição Federal.

CONCLUSÃO

No Direito Penal, a aplicação das normas de acordo com a Constituição Federal e seus princípios norteadores é de fundamental importância, haja vista tratar-se de bens jurídicos insubstituíveis como a vida, a honra e a liberdade. Nesse contexto, espera-se que as súmulas advindas de um órgão legitimado como o Superior Tribunal de Justiça sejam convergentes com o sistema normativo vigente, o que não ocorre, definitivamente, no caso da Súmula 231 do STJ.

Com a permanência dessa súmula no ordenamento jurídico brasileiro, a validade do Código Penal, da Constituição Federal – seus princípios fundamentais e garantias do acusado – a função da pena, bem como o papel do magistrado são contestados, conforme elucida Habermas ao dizer que “uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente”.¹⁰⁴

Sendo assim, com a vedação da possibilidade de quebrar a pena mínima prevista em abstrato, de acordo com a Súmula do STJ, o magistrado se vê obrigado a cominar uma pena excessiva ao réu, embora esse tivesse direitos a serem considerados, como é o caso das atenuantes que são ignoradas na segunda fase de aplicação da pena, quando a pena-base foi estipulada no mínimo legal.

No primeiro capítulo, em que foi abordada a função da pena no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltou-se a importância do binômio “necessidade e suficiência” no momento de sua cominação, tendo em vista que o escopo da sanção no Direito Penal é preventiva e retributiva, ou seja, visa prevenir a prática delituosa assim como punir o agente que praticou o crime, salientando-se que essa punição deve ser adequada, proporcional ao crime praticado e, portanto, justa.

Diante da permanência da Súmula 231 do STJ a função da pena perde sua eficácia, uma vez que o juiz, ao analisar o caso concreto, e se deparar com as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal favoráveis ao agente,

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003, p. 289. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler.

cominando a pena-base no mínimo legal, não poderá aplicar a (s) atenuante (s) que existam e constituem direito do réu, pois a súmula veda essa possibilidade ao proferir que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

A violação da função da sanção penal se manifesta ainda quando o sistema trifásico de aplicação da pena, previsto no artigo 68 do Código Penal perde sua força em detrimento dessa súmula, uma vez que, no caso concreto, torna-se bifásico, visto que o magistrado ignora a segunda fase, quando são analisadas as circunstâncias atenuantes.

Ademais, aplicar essa súmula significa ir de encontro ao que dispõe o artigo 65 do Código Penal, o qual ordena, de forma obrigatória, aplicação das circunstâncias atenuantes, bem como a redação do artigo 68, do mesmo diploma legal, quando define o sistema trifásico de aplicação da pena.

Dessa forma, o agente, na prática, recebe uma pena desproporcional, visto que excede à pena que seria adequada, ou, o que é pior, o juiz com o escopo de obedecer ao sistema trifásico de aplicação da pena aplica uma pena-base superior a mínima, mesmo o réu tendo a seu favor as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, para assim diminuir a pena na segunda fase, aplicado a (s) atenuantes (s), o que não faz o menor sentido.

Isso quando não fica evidente a injustiça demonstrada no caso concreto, quando dois agentes praticam o mesmo crime, possuem circunstâncias judiciais favoráveis, ou seja, ambos têm a pena-base estipulada no mínimo legal, todavia um deles confessou espontaneamente, enquanto o outro não. Ao obedecer a Súmula 231 no caso em tela, quando o magistrado comina a mesma pena para os dois réus, simplesmente ignorando a confissão espontânea de um deles, que contribuiu com a justiça, haja vista a proibição da quebra mínima.

No segundo capítulo foram analisados alguns julgados que deram ensejo à Súmula 231 do STJ, bem como decisões recentes que têm ido contra a aplicação da súmula, concomitantemente com os princípios constitucionais, os quais são violados com a existência dessa súmula.

O interessante é perceber que a jurisprudência colacionada a favor

da súmula utiliza-se dos mesmos princípios usados pela jurisprudência contra sua aplicação para fundamentar suas decisões, ou seja, enquanto alguns juízes argumentam, por exemplo, que o princípio da legalidade deve ser aplicado de maneira imperiosa pelo magistrado – de maneira automática – como seria a obediência à súmula, outros julgados se utilizam do mesmo princípio para dizer que o juiz ao analisar o caso, de maneira cuidadosa e singular, deve aplicá-lo de acordo com o que dispõe, por exemplo, o artigo 65 do Código Penal que diz ser obrigatória a incidência da atenuante, quebrando, assim, a pena mínima.

Além do princípio da legalidade, vários outros apresentados no presente trabalho como o da individualização da pena, da proporcionalidade, da razoabilidade e da intervenção mínima, são ignorados ou indevidamente utilizados, quando os juízes se apropriam e deturpam o seus significados, os quais, na esfera penal, adquirem enorme relevância.

Por fim, no último capítulo é enfatizado o papel fundamental da atividade jurisdicional, tendo em vista que, embora o legislador tenha sua importância, somente o juiz, na prática, pode avaliar o caso de forma eficiente, pois enquanto o Poder Legislativo preocupa-se em editar leis de forma abstrata, o Poder Judiciário é o responsável por adequá-las na prática, e assim distribuir a justiça.

Prima-se pela harmonização entre os três poderes vigentes no Estado brasileiro, quais sejam: Legislativo, Executivo e Judiciário em prol de um bem maior: a segurança jurídica, assim como a efetivação da justiça. Afinal a atuação do magistrado no processo vai além de aplicar a lei, é aplicar, de forma efetiva, o direito.

Como agente público, o magistrado tem o dever de aplicar a pena adequada e individualizá-la, não sendo, portanto, uma liberalidade e sim uma obrigação. Entretanto, esse dever fica fragilizado diante da permanência da súmula em debate que impede a efetivação de aplicação de uma pena, adequada, individualizada, proporcional e razoável, ou seja, mesmo que para atribuir uma pena justa tivesse que ultrapassar o mínimo legal previsto em abstrato.

Sabendo da importância da função da magistratura alguns juízes já estão deixando de aplicar a Súmula 231 do STJ por entender que a pena deve ser

analisada como um todo, e como somente o magistrado tem acesso aos autos, e, conseqüentemente, ao conjunto probatório dos autos somente ele é capaz de decidir a pena necessária e suficiente ao dano causado, mesmo que essa seja abaixo do mínimo legal.

Ademais, conforme asseverado durante todo o trabalho, as razões pelas quais se defende a permanência da súmula são frágeis diante dos prejuízos causados pela sua permanência, a qual gera como consequência insegurança jurídica ao acusado, além de discutir a própria legitimidade do sistema penal que fica fragilizado com a existência dessa súmula.

Portanto, foi possível concluir que a Súmula 231 do STJ necessita ser rediscutida, pois é inconstitucional, ao não permitir a incidência de circunstância atenuante para reduzir a pena abaixo do mínimo legal por restringir direitos ao acusado e assim gerar dúvidas quanto ao poder do juiz, a supremacia da Constituição, a função da pena e a eficácia normativa das leis infraconstitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Imprenta Fareso S.A., 1993.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. até a EC 45, de 08.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed., Rio de Janeiro: Ed. Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. Tradução: Juarez Cirino dos Santos.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2004. Tradução: Torrieri Guimarães.

_____. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997. Tradução: Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 3 ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. 5ª ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais.

BRASIL. CÓDIGO PENAL. Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2012.

_____. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 8 de abril de 2012.

_____. Lei 11.343, de 23 agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 7 de abril de 2012.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 13. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 1993. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Campinas: LZN Editora, v. 2, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Atenuantes (em especial da confissão) – pena aquém do mínimo: uma abordagem crítica*. Disponível em: <<http://www.alessandramoraes.com>>. Acesso em 08/02/2012.

CASTRO, Amilcar. *Direito Internacional Privado*. 2. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1968.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. ver. e aument. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação Constitucional. In: COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.

CURY URZÚA, Henrique. *Derecho penal: Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica

do Chile, 1982.

DELGADO, José Augusto. *Ativismo Judicial. O papel político do Poder Judiciário na sociedade contemporânea*. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al. (coords.). *Processo civil. Novas tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Ed. DelRey, 2008.

DESTEFENNI, Marcos. *O injusto penal*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2001. Tradução: Jefferson Luiz Camargo.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000. Tradução: Luis Carlos Borges.

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

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

FLEMING, Abel; VIÑALS, Pablo López. *Las penas*. 1 ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 29. ed., Petrópolis: ed. Vozes, 2004. Tradução: Raquel Ramallete.

FRANCO, Alberto Silva. *O juiz e o modelo garantista*. Boletim IBCCRIM, n. 56, julho, 1997.

FRANCO, Alberto Silva e Outros. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 286.

_____. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. In: MESSUTI, Ana; ARRUBLA, Sampedro (Org.). *La Administración de Justicia em los albores del tercer milênio*. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Atenuantes podem reduzir pena abaixo do mínimo legal*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-set-29/sumula_stj_conflito_direito_vigente>. Acesso em 10/04/2012.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2005.

_____. *Curso de Direito Penal*. 4. ed., Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004.

_____. *Curso de Direito Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed., v. 1, Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos? *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 184, ano 35, junho, 2010.

LUISI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. *Série Pensando o Direito: Pena Mínima*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, n. 17, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal: comentários à Lei 7.210, de 11/7/1984*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. 26. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução Cristina Muracho.

NERY JUNIOR, Nélon. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Guilherme de Souza. *O valor da confissão: como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed., anot. e atual.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e a boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SÁ, Fátima. Omissões Inconstitucionais e Sentenças Aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco de. (Coord.). *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional – estudos luso-brasileiros de Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. *Pena e Constituição: Aspectos Relevantes para sua Aplicação e Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1998.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Penal. Recurso Especial n. 1117068/PR. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Ângela Cristina Soares de Oliveira. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Brasília, DF, 26 de junho de 2009. **STJ**, Brasília, 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi>

/revista/REJ.cgi/MON?seq=5607363&formato=PDF>. Acesso em 13/03/2012.

_____. Penal. Recurso Especial n. 46182. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Reginaldo Monteiro da Silva. Relator Ministro Jesus Costa Lima, Brasília, DF, 4 de maio de 1994. **STJ**, Brasília, 1994. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400088477&dt_publicacao=16-05-1994&cod_tipo_documento=>. Acesso em 14/03/2012.

_____. Penal. Recurso Especial n. 7287. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Sebastião Marques Cano. Relator Ministro William Patterson, Brasília, DF, 16 de abril de 1991. **STJ**, Brasília, 1991. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199100004812&dt_publicacao=06-05-1991&cod_tipo_documento=>. Acesso em 14/03/2012.

_____. Penal. Recurso Especial n. 146056. Recorrente: Siham Bowanani. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministro Felix Fischer, Brasília, DF, 7 de outubro de 1997. **STJ**, Brasília, 1997. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=>. Acesso em 13/3/2012.

_____. Penal. Recurso Especial n. 32344. Recorrente: Reginaldo Nascimento da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiar, Brasília, DF, 6 de abril de 1993. **STJ**, Brasília, 1993. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199300046675&dt_publicacao=17-05-1993&cod_tipo_documento=>. Acesso em 12/3/2012.

_____. Penal. Recurso Especial n. 681200/MG. Recorrente: Jacir de Moares Cardoso.. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Brasília, DF, 16 de setembro de 1996. **STJ**, Brasília, 1996. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500300362&dt_publicacao=09-12-1996&cod_tipo_documento=>. Acesso em 13/3/2012.

_____. Penal. Recurso Especial n. 15691. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Roberto Carlos da Silva. Relator Ministro Pedro Acioli, Brasília, DF, 1 de dezembro de 1992. **STJ**, Brasília, 1992. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199100212121&dt_publicacao=03-05-1993&cod_tipo_documento=>. Acesso em 15/03/2012

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Penal. Recurso Extraordinário n. 597270. Recorrente: Marcelo Renato Soares Vaz. Recorrido: Ministério Público Federal.

Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 05 de junho de 2009. **STF**, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+597270.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+597270.ACMS.%29&base=baseQuestoes>>. Acesso em: 13/03/2012.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120*. São Paulo: Atlas, v. 1, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios que regem a aplicação da pena*. Disponível em <www.cjf.jus/revista/numero7/artigo1.htm>. Acesso em: 15/4/2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Penal. Apelação n. 20091110013730. Apelante: Diego Neves de Sousa. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Romão C. Oliveira, 1ª Turma Criminal. Brasília, DF, 16 de junho de 2011. **TJDFT**, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62579,59811,23717&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=20091110013730>>. Acesso em 13/03/2012.

_____. Penal. Apelação n. 20010111199026. Apelante: Vanderlei Ferreira de Paiva e outros. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Desembargador Edson Alfredo Smaniotto. Brasília, DF, 24 de abril de 2003. **TJDFT**, Brasília, 2003. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62579,62980,28895&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=20010111199026>>. Acesso em 16/3/2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. Penal. Processo n. 2011310121, Apelação n. 0736/2011. Apelante: Bruno da Silva Santos. Apelado: Ministério Público do Estado de Sergipe. Relatora: Desembargadora Geni Silveira Schuster, Sergipe, 16 de agosto de 2011. **TJSE**, Sergipe, 2011. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp.numprocesso=2011310121&tmp.numacordao=201110786>>. Acesso em 10/3/2012.

VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de A. Ativismo Judicial e discricionariedade na atuação do juiz em face dos termos jurídicos indeterminados, das cláusulas gerais e das lacunas legislativas. *Revista do Programa de Pós Graduação em Direito – Universidade Federal da Bahia*. Salvador-BA, n. 21, julho, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: ASSIS,

Araken de. et al (coords.). *Direito Civil e processo. Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 37. Tradução: Juarez Tavares.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.