



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais
FAJS Curso de Direito

GUILHERME MACHADO DE OLIVEIRA

**DOSIMETRIA DA PENA E A SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 231
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

BRASÍLIA
2013

GUILHERME MACHADO DE OLIVEIRA

**DOSIMETRIA DA PENA E A SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 231
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Monografia de Conclusão de Curso de
Direito Pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UNICEUB.

Orientadora: Eneida Orbage de Britto
Taquary

**BRASÍLIA
2013**

Aos meus pais, pela confiança depositada em mim e pleno apoio nos momentos difíceis. A minha madrinha por todo o seu amor incondicional que sempre me propiciou.

RESUMO

A dogmática de dosimetria para a fixação de uma pena é uma questão muito importante entre os operadores do direito, possuindo várias nuances que, por vezes, causam confusões entre os estudantes de direito. A análise do sistema trifásico utilizado atualmente, em consenso com os princípios constitucionais é algo que deve ser respeitado pelo sentenciante a fim de que se chegue a um ideal de pena justa e apta a atingir suas finalidades de repressão e ressocialização. Apesar de todas as diretrizes acerca da dosimetria da pena estarem bem delineadas na doutrina, jurisprudência e na lei, o Superior Tribunal de Justiça editou um enunciado que têm causado muita discussão entre os acadêmicos e juristas. O Enunciado nº 231 do STJ, editado em setembro de 1999, foi reflexo de uma construção jurisprudencial que limita a atuação dos Juízes, Desembargadores e Ministros ao atribuir uma pena para um caso concreto. O entendimento jurisprudencial da Corte infraconstitucional limita a incidência das atenuantes ao limite mínimo cominado para a pena, o que é totalmente contrário ao que dispõe o Código Penal, que estabelece que as atenuantes devam sempre incidir no caso concreto. Assim, com a edição do Enunciado nº 231, desenvolveu-se uma discussão aparentemente interminável acerca da incidência das atenuantes, pois para alguns o entendimento nada mais é que um cumprimento da reserva legal por limitar a pena aos limites cominados, para outros é uma violação direta à legislação vigente e aos princípios constitucionais. Portanto, em que pese ser um Enunciado de Súmula relativamente antigo, a discussão ainda vigora nos dias atuais e é de suma importância, vez que reflete no direito subjetivo do condenado a uma pena justa.

Palavras-chave: Dosimetria da Pena. Finalidades da pena. Sistema Trifásico. Princípios Constitucionais. Enunciado nº 231 do STJ.

Sumário

INTRODUÇÃO	6
1 SISTEMAS DE DOSIMETRIA DA PENA E SEUS PRINCÍPIOS CORRELATOS: BREVE HISTÓRICO DAS PENAS E SEUS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO	9
1.1 Sistemas de Fixação da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	11
1.2 Princípios Penais Para Fixação da Pena	14
2 PROCEDIMENTO DE FIXAÇÃO DA PENA E A PROBLEMÁTICA DO ENUNCIADO Nº 231 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	23
2.1 Análise Do Sistema Trifásico De Hungria: Fase Primária	25
2.2 Fase Secundária – Análise das Circunstâncias Agravantes e Atenuantes	29
2.3 Fase Terciária – Causas Especiais de Aumento e Diminuição de Pena	33
2.4 Problemática do Enunciado nº 231 da Súmula do STJ.....	36
3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL FACE AO ENUNCIADO Nº 231 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	40
3.1 Posicionamentos Jurisprudenciais e Doutrinários Contrários ao Enunciado de Súmula nº 231	44
3.2 O Vínculo entre a Decisão Judicial e o Enunciado nº 231 do STJ	53
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

No Brasil, o principal mecanismo coercitivo a ser aplicado em face de um delito cometido é o instituto da pena. As penas vêm sendo utilizadas pela sociedade como uma forma de retribuição a um mal injusto causado a alguém, e a partir do Século XX veio ganhando contornos humanitários, com o foco voltado mais para a ressocialização do criminoso e proteção da sociedade, perdendo o caráter cruel que já teve outrora.

Assim, em um sistema de direito codificado, como o brasileiro, foi estabelecido uma forma específica para fixação da pena, a fim de que se chegue a pena mais adequada possível a atingir suas finalidades. A forma de atribuição da pena para um caso se traduz no sistema trifásico. Por esse sistema, primeiramente há a fixação da pena-base a partir da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Depois, passamos para a análise das circunstâncias agravantes e atenuantes, com base nos arts. 62 e 65 do mesmo diploma legal. E, por fim, o magistrado sentenciante deve atentar para as causas especiais de aumento e diminuição de pena, as quais estão previstas ao longo da legislação penal ordinária e extravagante.

A análise das circunstâncias judiciais envolvem questões subjetivas e objetivas, relacionadas ao caso, para que se possa estabelecer um ponto de partida da pena de acordo com os parâmetros cominados pela lei. Assim, parte-se daí a pena-base do delito. Após a determinação da pena-base, analisam-se as circunstâncias agravantes e atenuantes, que também estão compreendidas em circunstâncias de caráter objetivo e subjetivo, e que servem para aumentar ou diminuir a pena-base, em um quantitativo a ser determinado pela razoável convicção do magistrado. E, finalmente, parte-se para a majoração ou minoração da pena com as causas especiais de aumento ou diminuição de pena, que já tem um quantitativo a incidir determinado em lei.

Desse modo, é possível ver que a fixação da pena não é algo meramente mecânico e automático a ser feito pelo magistrado, pelo contrário, envolve um juízo de ponderação extremamente complicado, abrangendo tanto os preceitos legais, quanto os princípios penais e constitucionais penais.

Como dito, ao fixar a pena-base, o magistrado deve ficar adstrito ao mínimo e ao máximo legal da pena, previstos no tipo penal. Contudo, ao passar para a fase de análise das circunstâncias atenuantes e agravantes, existe uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de agravar a pena além do máximo legal, ou atenuar a pena aquém do mínimo legal.

Tal discussão só existe no âmbito da segunda fase de fixação da pena, vez que para as causas especiais de aumento e diminuição de pena, já está sedimentado no direito pátrio a possibilidade de se extrapolar os limites quantitativos das penas cominadas para o delito. Além do mais, quando houver uma causa especial o próprio dispositivo legal determinará o quantitativo a ser reduzido da pena, independentemente da primeira e da segunda fase de fixação da pena.

Nesse ínterim, este trabalho tem como objetivo analisar toda a questão de fixação da pena, abordando questões como os sistemas já utilizados pelo Brasil, a individualização judicial e executória da pena, princípios aplicáveis, e trazendo à tona a maior discussão acerca da dosimetria da pena que reside na disposição do Enunciado nº 231 de Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que limita a atuação do magistrado no momento da análise das circunstâncias atenuantes.

Em que pese a própria dicção da lei dizer expressamente que as atenuantes são circunstâncias que sempre atenuam a pena, o Superior Tribunal de Justiça editou o referido enunciado, limitando a incidência das atenuantes ao mínimo legal. Ou seja, não importa quantas circunstâncias atenuantes existam em um caso concreto, na segunda fase de fixação da pena o juiz só pode reduzir a pena até o limite mínimo previsto no tipo penal.

Note-se, que tal decisão do STJ acarreta sérias implicações para a aplicação da pena, tendo em vista que nem sempre existirão causas especiais de aumento e diminuição de pena. Portanto, ao seguir tal posicionamento do STJ, pode ocorrer de que ao aparecer alguma atenuante e estando a pena-base já fixada no mínimo legal, tal circunstância não implicará em nada na pena a ser fixada pelo magistrado.

Assim, estabeleceu-se um discurso de necessidade de superação do enunciado baseado no fato de que se o magistrado sentenciante ignorar a incidência

de uma atenuante estaria ferindo um direito do acusado em ver reconhecida tal circunstância.

Além disso, para os defensores da inconstitucionalidade do Enunciado nº 231, esse entendimento fere frontalmente o princípio constitucional da individualização da pena. Imaginemos dois réus que cometeram o mesmo crime com circunstâncias judiciais semelhantes, ou seja, culpabilidade, motivos, circunstâncias do crime, comportamento da vítima, etc., e que tais circunstâncias sejam favoráveis aos réus. Logo, a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal. Imaginemos, agora, que um dos réus é confesso ou menor de 21 anos na data do fato (circunstâncias atenuantes), e não existem causas especiais de aumento ou diminuição de pena. Pergunta-se: a pena para esse réu deverá ser a mesma para o réu que não confessou o crime?

Se formos aplicar cegamente a disposição do Enunciado nº 231 do STJ, a pena para os dois será a mesma, evidenciando que houve uma violação ao princípio da individualização da pena, sendo que os réus possuíam circunstâncias diversas, contudo a pena foi a mesma.

Em contrapartida, para os defensores da manutenção do enunciado, a redução da pena aquém do mínimo legal viola o princípio da legalidade, vez que os tipos penais estabelecem limites mínimos e máximos que somente poderiam ser ultrapassados por outra disposição legal (causas especiais de aumento ou diminuição de pena). Acrescente-se, ainda, que sustentam o argumento de que se o magistrado pudesse aplicar uma pena em desconformidade com a lei, estaria de certa forma legislando, e conseqüentemente, estaria invadindo a esfera de outro poder público, qual seja o Legislativo.

Neste sentido, o presente trabalho acadêmico, além de abordar toda a temática referente à dosimetria da pena, busca também estabelecer o contexto jurisprudencial e doutrinário em que a discussão acerca do Enunciado nº 231 do STJ se insere, de modo que a partir de uma reflexão mais atenta possamos superar tal embate, visando sempre a preservação de um sistema jurídico garantidor da sociedade, mas que não viole direitos dos acusados.

1 SISTEMAS DE DOSIMETRIA DA PENA E SEUS PRINCÍPIOS CORRELATOS: BREVE HISTÓRICO DAS PENAS E SEUS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO

A ideia de aplicação de uma pena quando ocorra algum evento que afeta a vida em sociedade não é uma questão recente, este instituto remonta às tribos mais primitivas, e evoluiu na medida em que o ser humano se desenvolveu mentalmente, e da mesma forma seus critérios de aplicação evoluíram com o passar do tempo.

As primeiras manifestações com caráter de pena que aparecem, têm como referência às tribos mais antigas, logo no início em que o homem começou a viver em sociedade, sendo que a espécie mais primitiva de pena que nos aparece é a “vingança de sangue”, pena esta que se manifestava como uma reação humana em represália a uma afronta cometida por outra tribo. (COSTA, 2007)

Com a evolução do homem, e o aperfeiçoamento da vida em sociedade, a ideia de uma vingança contra a ação agressiva de outra sociedade ou tribo passou a ser muito criticada, dada a desproporcionalidade entre a ofensa e a represália que poderia acontecer. Ou seja, muitas vezes uma agressão era respondida com um ato extremamente desproporcional, acarretando a morte de inocentes. (BOSCHI, 2006; COSTA, 2007)

Assim, passou-se a um período em que a vingança deveria ser dirigida tão-somente ao autor imediato e direto do delito. A partir desse momento se desenvolveu a “responsabilidade flutuante”, que buscava responsabilizar e punir o autor da ofensa, inclusive como forma de libertar a sociedade das más influências de tal indivíduo.(BOSCHI, 2006; COSTA, 2007)

Foi nesse diapasão que apareceram as penas de banimento do ofensor de seu próprio território, de expulsão, e a pena de talião¹, prevista no Código de Hamurabi (escrito aproximadamente em 1700 a. C.) e no livro do Êxodo (segundo livro do antigo testamento). (BOSCHI, 2006)

Ao talião seguiu-se uma longa e contínua evolução das penas, passando-se às penas de composição, que consistia no pagamento de indenização, até se chegar

¹A pena de talião permeia o Código de Hamurabi e é muito conhecida popularmente por lei de talião e por seu ditado “olho por olho, dente por dente”.

às penas privativas de liberdade e restritivas de direito, quais sejam as principais espécies de pena previstas em nossa legislação, atualmente. (BOSCHI, 2006)

Porém, dentro desse período de longa e contínua evolução, houve um momento marcado por penas cruéis e desproporcionais, que foi a Idade Média. Nesse período se desenvolveram, com maior rigor e aplicabilidade, penas extremamente radicais, tais como a pena de morte, mutilamento, e perpétua, e o fim dessa época de castigos corporais teve como marco a Revolução Francesa, cujos ideais garantiram um regime menos cruel e com mais garantias. (BOSCHI, 2006; COSTA, 2007)

Acrescente-se, que as penas nem sempre tiveram as mesmas finalidades, tendo sido aplicadas penas com diferentes finalidades a cada época distinta. De maneira geral, podemos dizer que inicialmente a pena era uma vingança privada, depois com a Idade Média, passou a ter função repressiva e educativa, para que os cidadãos não enfrentassem a Igreja, e em um momento moderno a pena passou a adotar basicamente três finalidades: retribuição, prevenção e ressocialização do delinquente. (PRADO, 2011)

Essas finalidades do momento moderno foram refletidas em nosso Código Penal, em que foi adotada a teoria mista de finalidade da pena, também chamada de eclética ou conciliatória. Por essa teoria, entende-se que a pena possui um caráter retributivo face o ilícito penal, mas que possui, também, uma essência ressocializatória. (BOSCHI, 2006; PRADO, 2011)

Basicamente existem três tipos de teorias da pena no ordenamento jurídico: as teorias absolutas, teorias relativas e as teorias mistas. Cada uma dessas teorias possui algumas variações de acordo com o pensador que discorre sobre ela, mas sempre preservando sua essência básica. Por exemplo, dentro das teorias absolutas temos a teoria da prevenção geral positiva e negativa, aquela desenvolvida por Jakobs e Luhmann, e esta desenvolvida por Feuerbach. Mas o que devemos ter em mente é que a teoria mista gravita entre as teorias absolutas e relativas, somando suas ideias básicas naquilo que são compatíveis. (QUEIROZ, 2011)

Para as teorias absolutas, o direito penal é um fim em si mesmo, não está atrelado a uma razão utilitária, preventiva ou ressocializatória, ou seja, a pena nada

mais é que uma retribuição ao cometimento de um ilícito penal. Em contrapartida, temos as teorias relativas, as quais veem o direito penal apenas como um meio para se atingir determinados fins tais como a ressocialização do preso e prevenção de cometimento de outros delitos. Logo, a teoria eclética ou mista ao conciliar as teorias absolutas e relativas, gera esse caráter retributivo e ressocializatório almejado pela aplicação da pena. (QUEIROZ, 2011)

Diante disso, podemos ver que atualmente não há dúvidas de que a pena é a consequência natural imposta pelo Estado, por meio de seu *ius puniendi*, quando o agente pratica uma infração penal (caráter retributivo). Entretanto, nosso sistema jurídico penal consagra um movimento de política criminal humanista, fundado na defesa da sociedade, mas que leva em consideração a adaptação do condenado ao meio social, que tem por fim último a dignidade da pessoa humana (caráter ressocializatório). (VIANNA, 2007).

Assim, passada toda essa análise, ficou retratado que o instituto da aplicação de penas é extremamente antigo e permeia as sociedades desde sempre, cada momento com sua peculiaridade. Mas, ainda persiste uma pergunta: como eram fixadas as penas que cada delinquente deveria cumprir?

Cada época houve um critério diferente para a fixação da pena, por exemplo: nas tribos primitivas havia a autotutela em que os próprios ofendidos aplicavam as penas. Em contrapartida, na Idade Média eram os Inquisidores Papais que aplicavam as penas e as executavam. (BOSCHI, 2006)

Porém, nos interessa analisar especificamente os critérios adotados pela legislação brasileira nos séculos XX e XXI, ou seja, analisar os critérios adotados pelo nosso Código Penal de 1940 e respectiva reforma operada na década de 80.

1.1 Sistemas de Fixação da Pena no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Os critérios para fixação da pena que o Brasil adotou, e adota atualmente, estão diluídos em dois sistemas: o sistema bifásico que era o sistema idealizado por Roberto Lyra, e o sistema trifásico, criado por Nelson Hungria e que foi implantado em nosso ordenamento jurídico após a reforma de 1984. (BOSCHI, 2006)

A redação do Código Penal de 1940 permitia uma discussão extremamente acalorada quanto a qual método de fixação da pena deveria ser aplicado. Para os partidários de Roberto Lyra, deveria ser aplicado o sistema bifásico. Neste sistema haveria uma fase para fixação da pena provisória, ou pena-base, e uma fase destinada para a análise das causas especiais de aumento e diminuição de pena, culminando na pena definitiva. (PRADO, 2011; BOSCHI 2006)

Na primeira fase de fixação, a pena provisória seria determinada com a análise das circunstâncias judiciais e a análise das circunstâncias legais concomitantemente. Ou seja, seriam analisadas as circunstâncias judiciais, e dentro dessas circunstâncias haveria a compensação das circunstâncias legais, quais sejam as atenuantes e agravantes. (BOSCHI, 2006)

Logo, pelo sistema bifásico não há possibilidade alguma das agravantes reduzirem a pena aquém do mínimo legal, vez que a primeira fase deveria, necessariamente, respeitar os limites da pena impostos pelo tipo penal, e caso não respeitasse, haveria violação do princípio da legalidade. Assim, a pena somente poderia vir a ser reduzida aquém do mínimo legal apenas na segunda e última fase da fixação da pena.

Esse sistema era extremamente criticado, uma das críticas mais fortes residia no fato de não haver transparência jurídica, porque quase todas as vezes era impossível saber qual foi o quantitativo que aumentou ou diminuiu a pena-base, em razão da incidência de uma agravante ou atenuante, justamente pelo fato de circunstâncias judiciais e legais estarem diluídas em um mesmo momento. (BOSCHI, 2006)

Assim, o magistrado sentenciante acabava por se esquivar de fundamentar plenamente qual foi o *quantum* agravado ou atenuado em uma pena, fato este que viola o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Além disso, o método bifásico impossibilitava que o juiz sentenciante contrapusesse circunstâncias atenuantes com agravantes, compensando umas com as outras, quando incidente mais de uma, ou determinando se alguma seria preponderante em relação à outra. (BOSCHI, 2006)

Em que pese às severas críticas a esse sistema bifásico, vários operadores do direito optavam por aplicá-lo por acreditar ser o melhor sistema.

Todavia, com a grande reforma do Código Penal em 1984, promovida pela Lei nº 7.209/84, o sistema jurídico penal brasileiro passou a adotar o sistema trifásico para fixação da pena, conforme idealizado por Nelson Hungria. Criando, assim, um momento exclusivo para a análise das circunstâncias agravantes e atenuantes. (PRADO, 2011; BOSCHI, 2006)

Nesse diapasão, existiriam três momentos distintos, conforme dispõe o art. 68 do Código Penal²: um destinado à análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código penal, um momento destinado à análise das circunstâncias agravantes e atenuantes e um momento específico para as causas de aumento e diminuição de pena. (BOSCHI, 2006)

Impende observar que quanto as agravantes e atenuantes estas teriam um momento de fixação próprio, podendo ser reduzidas aquém do mínimo legal, e é nesse momento que se inicia a caminhada para a edição do Enunciado nº 231 da Súmula do STJ³ com suas conseqüentes críticas, porém a esse fato nos reportaremos mais tarde.

Assim, o sistema tripartido se mostrava superior por diversos motivos tais como pelo fato de exigir um ponto de referência para que se procedesse à agravamento ou atenuação da pena; por não autorizar o juiz a contrapor as circunstâncias judiciais às circunstâncias legais, podendo compensar umas nas outras; dentre outras justificativas. (COSTA, 2007; BOSCHI, 2006)

O que devemos observar é que a adoção do sistema trifásico representou um avanço em termos de organização da aplicação da pena, vez que diante de três fases perfeitamente discriminadas e delimitadas nos permite compreender melhor

²Art. 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.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

³ Súmula n. 231 do STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

qual foi o raciocínio utilizado pelo sentenciante bem como saber exatamente os quantitativos empregados dentro de cada fase de fixação da pena. (BOSCHI, 2006)

Além disso, tal sistema facilita uma fixação da pena pelo magistrado no sentido de que o amarra a alguns critérios objetivos, lhe dando certa segurança na hora de atribuir uma pena. (BOSCHI, 2006) Ademais, também é um facilitador para o condenado, pois em caso de eventual recurso à sentença, o sistema trifásico facilita a impugnação de um determinado critério utilizado em uma determinada fase, sem que tenha que se analisarem às demais. Entretanto, para se impugnar a pena pelo sistema bifásico deveria se percorrer todo o raciocínio usado pelo magistrado nas fases de fixação da pena. (LOPES JÚNIOR, 2010)

Diante de um sistema tão organizado e delimitado a fixação da pena passou a ser melhor compreendida e aplicada, porém, os simples critérios estabelecidos pelo Código Penal não são suficientes para garantir uma pena justa e adequada, sendo necessários também a observância de alguns mandamentos orientadores existentes no direito, ou seja, os princípios penais e constitucionais penais.

1.2 Princípios Penais Para Fixação da Pena

O artigo 68 do Código Penal não esgota todo o procedimento de fixação da pena, pois antes de se chegar à análise desse dispositivo, dependendo da situação o juiz deve escolher qual a pena a ser aplicada – nos casos em que a lei permite a aplicação alternativa das penas – e até mesmo após a aplicação do sistema trifásico cabe ao magistrado verificar se não é caso de substituição por pena restritiva de direito, e ainda deve fixar o regime inicial de cumprimento de pena. (PRADO, 2011; BOSCHI, 2006)

Diante de um universo tão detalhado e que exige muita cautela, como é o campo da dosimetria da pena, vemos que os princípios são de suma importância para auxiliar o sentenciante, até porque, o ordenamento jurídico nem sempre possui uma regra específica para solucionar uma questão concreta, devendo, corriqueiramente recorrer à análise dos princípios. (LUISI, 2003).

Como bem salienta Robert Alexy (1997 apud BOSCHI, 2006, p. 31), “os princípios são como mandados de otimização”, ou seja, são espécies de normas que

aperfeiçoam a incidência das normas positivadas, delimitando e esclarecendo o seu campo de atuação, mas que também servem de orientação sobre como proceder em um determinado caso concreto.

O Direito brasileiro possui uma série de princípios, alguns estão positivados demandando sua aplicação inequivocamente, outros, contudo, estão implícitos, mas que devem ser observados diante de um caso concreto, para garantir a máxima da justiça. (LUIZI, 2003).

Um dos princípios que está presente em praticamente todo o ordenamento jurídico nacional é o princípio da proporcionalidade. Logo, nos métodos de fixação da pena a aplicação desse princípio não é afastada, pelo contrário, tal preceito se mostra como um dos mais importantes para garantir uma pena suficiente a atingir suas finalidades (BOSCHI, 2006).

O princípio da proporcionalidade em matéria penal foi referenciado pela primeira vez por Cesare Beccaria (1738 - 1794), na qual propunha que deveria haver uma proporção entre os delitos e as penas (BECCARIA, 2011).

Segundo Beccaria (2011, p. 81) “as penas são os obstáculos políticos que impedem os funestos efeitos do choque dos interesses pessoais”. Ou seja, a única coisa que impede um ser humano de agir violando as garantias individuais de outra pessoa são as possíveis consequências advindas desse delito. Porém, para Beccaria, a cominação da pena deveria observar uma proporção com os efeitos do crime, vez que “o pendor para o crime crescerá em razão da vantagem que cada um descobre no abuso do mesmo; e a necessidade de agravar as penas seguirá necessariamente igual progressão.” (BECCARIA, 2011, p. 81)

Claro, que no Século XVIII, época em que o marquês de Beccaria publicou sua obra, a pena tinha uma finalidade tão-somente voltada para segurança da sociedade, era uma garantia para a sociedade, e as penas eram cominadas e aplicadas, rigorosamente, como forma de reprovação ao delito cometido, não se importando com as circunstâncias e condições sob as quais aquele crime foi cometido. Contudo, a ideia de uma proporção entre o delito e a reprimenda representou o início de um direito penal voltado à percepção sensitiva da realidade

social, sendo assim, a ideia de proporcionalidade acarretou uma nova consciência jurídica. (VIANNA, 2007)

O pensamento do marquês se desenvolveu e atualmente esse princípio possui uma conotação mais humanitária, no sentido de que está voltado, em um primeiro momento, ao condenado, e somente em um momento posterior analisa-se os efeitos da pena diante a sociedade. (VIANNA, 2007; BOSCHI, 2006)

Atualmente, a pena precisa ser proporcional à conduta do criminoso, não se analisa somente o resultado danoso do crime, mas todas as circunstâncias que estão envoltas do crime, e se aplica a pena a partir da análise de todas essas circunstâncias. (COSTA, 2007) A pena precisa ser suficiente para garantir uma ressocialização do condenado, mas também deve demonstrar um caráter retributivo para prevenção do cometimento de crimes. A partir disso, dizemos que o princípio da proporcionalidade possui um foco primeiro no condenado, e somente em segundo plano analisa a questão relativa à sociedade. (BOSCHI, 2006)

O próprio Código Penal acolheu o princípio da proporcionalidade na fixação das penas, ao determinar no final do art. 59 que as penas serão estabelecidas conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.⁴ (GOMES, 2003)

Portanto, é indubitável que as penas, para atingirem as finalidades almeçadas, devem respeitar uma correspondência proporcional entre a conduta delinquentes e a reprimenda a ser aplicada, não devendo ser aplicadas penas em observância rigorosa ao descrito na lei, visto que em alguns casos demandará uma análise mais profunda do operador do direito. (GOMES, 2003)

Entretanto, devemos notar que a aplicação da proporcionalidade não é inteiramente discricionária do sentenciante, essa proporcionalidade é aplicada em cima de uma conduta previamente tipificada na lei, e em uma pena previamente

⁴ 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:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

cominada. Disso, decorre um segundo princípio de suma importância, que é o princípio da legalidade.

Consoante leciona a doutrina mais clássica, o princípio da legalidade encontra embasamento em três postulados que se completam: um referente às fontes das normas penais incriminadoras, outro concernente à enunciação dessas normas, e por último, temos o relativo à disposição das normas penais no tempo. (LUIZI, 2003)

Em relação ao postulado referente às fontes das normas penais incriminadoras, este refere-se especificamente à reserva legal prevista no art. 5º, XXXIX, que preceitua que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Assim, vemos que somente a lei tem o poder de definir uma conduta como crime, e estabelecer uma reprimenda para tal.

Todavia, ainda decorre do princípio da legalidade, o postulado referente à enunciação das normas incriminadoras, sendo que tal postulado reflete a chamada “determinação taxativa”, segundo o qual expressa à necessidade de que as leis penais sejam claras e precisas. (LUIZI, 2003)

Essa exigência de normas claras e precisas é uma forma de garantia do cidadão contra o arbítrio do judiciário, pois, uma vez que a norma está positivada fica restrita a discricionariedade dos aplicadores da lei. (LUIZI, 2003)

Nesse ponto, já aparece outra discussão relativa ao Enunciado nº 231 da Súmula do STJ, posto que o art. 65 do Código Penal determina que as circunstâncias atenuantes, “sempre” incidiriam sobre a pena. Diante disso vemos que o enunciado em questão afronta diretamente a ideia da determinação taxativa.

Finalmente, em relação ao princípio da legalidade, temos o postulado referente à validade das disposições penais no tempo, ou seja, estamos diante do postulado da irretroatividade da lei penal. (LUIZI, 2003) A lei penal não retroage para atingir fatos anteriores à sua publicação, porém, essa regra comporta uma exceção, que reside no fato da lei posterior ser mais benéfica. Portanto, a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu, esse reflexo do princípio da legalidade foi,

inclusive, recepcionado pelo nosso Código Penal, no art. 2º e seu parágrafo único.⁵ (PRADO, 2011)

Assim, vemos que para que se possa aplicar uma pena, utilizando-se dos critérios de fixação da pena, esta deve ser previamente cominada em lei, bem como os dispositivos legais que determinam a fixação da pena devem estar previstos em lei.

Na linha principiológica penal, existe o Princípio da Humanidade, que apesar de não possuir um reflexo direto na individualização da pena, merece referência por representar um legítimo avanço humanitário em nosso direito, e por ser um princípio de aplicação universal.

O princípio da humanidade está intimamente ligado com o movimento de direitos humanos que permeia toda a ordem jurídica mundial, e tal princípio, nas palavras de Eugênio Raul Zaffaroni (1982 apud LUISI, 2003), “consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana”. Sendo assim, foi com base nesse preceito que foram abolidas as penas cruéis, de caráter perpétuo, de banimento, e até mesmo a pena de morte, ressalvado os crimes militares em tempo de guerra declarada. (LUISI, 2003)

Portanto, é um princípio de extrema importância, porém que não mantém nenhum vínculo direto com a dosimetria da pena. Entretanto, devemos referenciá-lo, pois decorre diretamente desse princípio o Princípio da Pessoalidade, este sim, com íntima ligação com o procedimento de fixação da pena.

O primeiro postulado do princípio da pessoalidade, é que a pena não passe da pessoa condenada, sendo tal princípio expressamente colocado pela nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLV. Porém, é inegável que, na maioria das vezes, uma condenação projete seus reflexos sobre terceiros, como ocorre no caso dos pais que pagam multas impostas aos filhos, ou quando do afastamento do

⁵Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

chefe da família da convivência com a mulher e os filhos, submeta-os a uma situação de dificuldades financeiras. (BOSCHI, 2006; LUISI, 2003)

Por isso, há de se dizer que o magistrado sentenciante deve ser sensível a essas questões quando for aplicar a pena, até como uma forma de observância do requisito de análise da personalidade do agente, conforme previsto no art. 59 do Código Penal.

Claro que o magistrado não deve ficar adstrito à essas condições pessoais do réu, caso assim fosse, fugir-se-ia do objetivo principal da sanção penal que é a retribuição pelo ilícito cometido, e ressocialização do réu. Todavia, não pode o julgador ignorar de forma rígida tais questões, mantendo sempre um olhar crítico sobre a causa e facilitando a formação de seu livre convencimento. (PRADO, 2011; BOSCHI, 2006)

Em sequência devemos analisar o princípio da culpabilidade, visto que a culpabilidade é um dos principais elementos que ensejam uma condenação, no sentido de que para a doutrina majoritária, o crime é um fato típico, antijurídico e culpável.

Portanto, a culpabilidade está relacionada com a reprovação do agente, diante de sua conduta praticada. (LUISI, 2003) A culpabilidade nada mais é que um juízo de reprovação da conduta do agente, e claro que a análise da culpabilidade influencia diretamente na fixação da pena.

Primeiramente, vemos a presença da culpabilidade no *caput* do art. 59, apresentando-se como um dos requisitos para fixação da pena-base. Além disso, temos ainda o reflexo da culpabilidade quando se trata de concurso de pessoas, determinando o art. 29 do mesmo diploma legal que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”. (BOSCHI, 2006)

Desse modo, verifica-se que a análise da culpabilidade possui um papel determinante na sanção penal, apresentando-se como um parâmetro e um limite para a imposição e fixação da pena. (BOSCHI, 2006)

Por fim, mas não menos importante, temos um princípio que influencia diretamente na dosimetria da pena, e que encontra previsão constitucional para sua existência. Trata-se do princípio da individualização da pena.

O princípio da individualização da pena, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XLVI, é o princípio que guarda maior intimidade com o sistema de dosimetria e fixação da pena. Por esse princípio, vemos uma necessidade de individualização em três momentos distintos: na fixação dos parâmetros legais pelo legislador, na aplicação pelo julgador, e na execução da pena. (LUIZI, 2003; BOSCHI 2006)

A individualização da pena expressa o valor do acusado, e impede que sejam afastadas as diferenças em relação a outros acusados, e as peculiaridades do caso em exame. Individualiza-se a pena tendo em vista que o indivíduo é um ser distinto dos demais e dotado de singularidades que devem ser ponderadas para se aplicar a pena. (BOSCHI, 2006)

Nesse diapasão, temos que um primeiro e importante momento que a necessidade de individualização se manifesta, encontra-se no âmbito legislativo. O legislador comina para cada tipo penal um parâmetro de pena a ser aplicada, levando em consideração o bem jurídico protegido e a gravidade da conduta criminosa. Trata-se de uma cominação em abstrato aplicada pelo legislador que busca adequar uma punição à um determinado crime cometido. (LUIZI, 2003)

Para realizar essa adequação, o legislador prevê, inclusive, institutos benéficos ao réu – como penas alternativas, cumulativas, substituição e suspensão da pena, dentre outros – como forma de represália na exata proporção do crime cometido.

A segunda forma de individualização é a realizada pelo magistrado nos autos de um processo criminal em sede de sentença, ou seja, estamos tratando da individualização judicial. O magistrado, convencido da autoria e materialidade do delito, ao fixar a pena deve fazê-la sob o crivo da individualização, considerando todas as nuances do caso concreto para garantir ao réu a pena que exatamente lhe caiba, não sendo punido de forma mais grave ou mais branda do que merece. (BOSCHI, 2006)

O magistrado ao aplicar a pena em um caso concreto não pode desprezar as diferenças inerentes a cada indivíduo condenado, devendo buscar ao máximo aplicar uma pena justa. Note-se que é impossível o legislador estabelecer uma pena exata para cada caso concreto, avaliando a culpabilidade do agente e demais circunstâncias do caso, devendo deixar uma discricionariedade para o juiz aplicar a pena sob sua livre convicção. (BOSCHI, 2006)

Entretanto, tal discricionariedade dada ao magistrado não demonstra uma total arbitrariedade, devendo o sentenciante apresentar uma minuciosa fundamentação a respeito dos seus critérios para se chegar a uma pena em concreto, garantindo ao réu um eventual direito de defesa em grau de recurso. (LUISI, 2003) Portanto, ousamos dizer que se trata de uma discricionariedade vinculada, na medida em que encontra amarras no passo-a-passo do sistema de fixação da pena e nos princípios penais.

Uma excelente definição de individualização da pena judicial, e explanação da importância da individualização judicial, podem ser retiradas das palavras de Guilherme de Souza Nucci, (2007, p. 30):

“A individualização da pena 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 prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve a uma pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.”

Ora, é extremamente necessário que se tenha um ser sábio e pensante, tal qual o magistrado, para que se possa adequar a pena estabelecida pelo legislador ao caso concreto. Caso assim não fosse, seria praticamente prescindível a figura do juiz, sendo necessário apenas alguém que analisasse as provas produzidas e apontasse pela condenação ou absolvição do réu, a parte de dosimetria da pena seria apenas um procedimento mecânico.

Finalmente, temos, ainda, a individualização na execução da pena. Toda pena deve ser executada nas exatas proporções do caso concreto, considerando, inclusive as situações pessoais do réu. Tanto é assim, que são garantidas às

condenadas mulheres o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, e condições para que possam permanecer com seus filhos no período de amamentação.⁶ (LUISI, 2003)

Importante observar que nenhum dos princípios já estudados encontra-se isolado no sistema penal, pelo contrário, há um encadeamento desses princípios que possibilita um direito penal mais justo, e é exatamente no momento da individualização da pena que tais princípios se encontram. Ao individualizar a pena, o juiz criminal não pode se desprender dos demais princípios penais implícitos e explícitos, porque é a partir da observância de todos os princípios conjuntamente que poderá ser aplicada uma pena mais justa. (QUEIROZ, 2011)

Desse modo, verifica-se que os princípios penais, guardam uma íntima relação com o sistema de fixação da pena, devendo ser observados para que se garanta a aplicação de uma pena adequada e evitando que se ignorem circunstâncias pessoais do réu, mas elementares para o caso analisado.

⁶ Art. 5º, incisos XLVIII e L da Constituição Federal de 1988.

2 PROCEDIMENTO DE FIXAÇÃO DA PENA E A PROBLEMÁTICA DO ENUNCIADO Nº 231 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Até o presente momento analisamos de maneira geral a dogmática relativa à fixação das penas. Porém, diante de um caso concreto, o magistrado deve seguir um ritual, com várias fases para fixar uma pena, que vai além do sistema trifásico abordado.

Ao se deparar com os autos de um processo criminal para sentenciar, e uma vez convencido pela condenação do réu, primeiramente o magistrado deverá optar pelo tipo de pena a ser aplicado, pois conforme dispõe nosso Código Penal⁷, as penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa. Logo, antes mesmo de se iniciar a individualização da pena, o magistrado deve analisar qual tipo de pena deverá ser aplicado ao caso concreto, de acordo com a infração penal cometida. (NUCCI, 2007)

Nesse momento, já vemos a importância do princípio da proporcionalidade, no sentido de que o juiz irá escolher o tipo de pena que for o mais apto a atingir as finalidades almejadas. Por exemplo, no caso de um furto privilegiado (art. 155, § 2º do Código Penal⁸), o juiz poderá substituir a pena privativa de liberdade por pena de multa, caso o criminoso seja primário, a *res furtiva* seja de pequeno valor, e a simples aplicação dessa pena pecuniária seja apta a atingir os efeitos desejados. Em contrapartida, seria totalmente desproporcional sujeitar um criminoso de menor potencial ofensivo à sociedade, aos efeitos nefastos no cárcere penitenciário de péssimo nível de nosso país, ainda mais quando a lei permite a aplicação de uma pena alternativa.

Porém, nem sempre é possível essa escolha, porque muitas vezes a própria lei já determina qual tipo de pena deverá ser aplicada, tendo em vista os quantitativos cominados às penas. Mas, uma vez determinado o tipo de pena que

⁷Art. 32 - As penas são:

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

⁸Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

será imposto, passará o magistrado à individualização da pena segundo determina o art. 68 do Código Penal.

Em sede de individualização, o juiz deverá percorrer 3 fases distintas: uma fase primária em que se analisam as circunstâncias judiciais do art. 59, uma fase secundária em que se analisam as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) previstas basicamente nos arts. 61 e 65, e uma fase terciária em que se analisam as causas especiais de aumento e diminuição de pena, as quais estão espalhadas em nossa legislação penal. (NUCCI, 2007; BOSCHI, 2006)

Esse procedimento de análise das três fases é a chamada individualização judicial da pena - já tratado quando da análise do princípio da individualização da pena - na qual o magistrado, sensível a todas as circunstâncias que envolvem o caso concreto irá determinar o *quantum* necessário de pena a ser aplicado ao condenado (NUCCI, 2007).

Após essa individualização judicial, passamos à individualização executória, momento em que o magistrado irá determinar como a pena deverá ser cumprida. Ou seja, nesse momento, o magistrado decidirá por eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95⁹), e decidirá sobre eventual concessão de suspensão condicional da pena (*sursis*), conforme preceitua o art. 77 do Código Penal¹⁰. Caso não seja nenhuma dessas situações, determinará o regime inicial de cumprimento de pena. (NUCCI, 2007)

Com essa análise, vimos de maneira mais detalhada todo o circuito que o magistrado percorre para fixar uma pena, e obviamente, em observância à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, todo o procedimento de

⁹Art. 89 - Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

¹⁰Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

fixação da pena deve ser minuciosamente fundamentado sob pena de nulidade da sentença.

Contudo, para analisarmos especificamente o dilema do Enunciado nº 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, devemos nos ater e observar minuciosamente o sistema trifásico de Hungria, pois é nele que se assenta a dogmática da jurisprudência da corte infraconstitucional.

2.1 Análise Do Sistema Trifásico De Hungria: Fase Primária

A primeira fase de fixação da pena destina-se à determinação da pena-base, e vemos que o Código Penal determina que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código”, consoante dicção do art. 68 do mesmo diploma legal. Porém, devemos observar que não existe no Código Penal um conceito de pena-base, até mesmo pelo fato de não ser função da lei conceituar seus institutos. (NUCCI, 2011; GRECO, 2009)

Entretanto, a doutrina cuidou de conceituar a ideia que se deve ter por pena-base, não só para fins acadêmicos, mas como uma forma de auxiliar o jurista a melhor compreender a fixação da pena. Nesse sentido, determina José Antonio Paganella Boschi (2006, p. 185):

“Como o próprio nome sugere, a pena-base é aquela que o juiz aplicaria, em definitivo, se não existissem causas legais de modificação definidas como agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes, de incidência obrigatória na segunda e na terceira fases do método trifásico (art. 68 do CP).”

Ou seja, pena-base é o ponto de partida para fixação da pena, é a pena que *a priori* se atribui ao caso concreto levando-se em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal¹¹, e que eventualmente possa se tornar a pena definitiva caso não haja mais circunstâncias legais nem majorantes ou minorantes. (BOSCHI, 2006)

¹¹Art. 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:
I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A pena-base será fixada nos limites da pena cominada para o tipo penal em que o réu estiver incorrido, e leva em conta 8 circunstâncias judiciais que estão previstas no próprio art. 59, e são: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos do crime, comportamento da vítima, circunstâncias e consequências do crime. (BOSCHI, 2006; GRECO, 2009)

Por essas circunstâncias judiciais, devemos entender como sendo questões específicas, que não integram a figura típica, mas que acrescentam algo ao delito cometido, para determinar um maior ou menor grau de reprovabilidade. Tais circunstâncias são de ordem tanto subjetiva quanto objetiva. (BOSCHI, 2006).

As circunstâncias subjetivas são aquelas que levam em consideração o sujeito do delinquente, e são a culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade, e motivos. Por outro lado temos as circunstâncias objetivas, que analisam o fato delituoso em si, tendo como integrantes as circunstâncias e consequências do fato e comportamento da vítima. (BOSCHI, 2006)

Observando as circunstâncias subjetivas, temos que a mais complexa é a culpabilidade. Nas palavras de Rogério Greco (2011, p. 154), “a culpabilidade é o juízo de reprovação que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente”. Trata-se de um dos elementos que integram conceito tripartido de crime (fato típico, ilícito e culpável), e corresponde à censura, à reprovação, aquilo que fundamenta o juízo de condenação.

A análise da culpabilidade é feita em dois momentos, pois além de atuar como o fundamento de aplicação da pena, também atua como meio de graduação da pena. Assim, a análise da culpabilidade é feita, em um primeiro momento, voltada à configuração da infração penal, verificando-se a imputabilidade do agente, o seu conhecimento sobre a ilicitude do fato praticado, e se, no caso concreto lhe era exigível uma conduta diversa. (GRECO, 2009; NUCCI, 2007)

Esse estudo da infração penal sobre o prisma da culpabilidade é o que fundamenta e possibilita a imposição de uma pena ao delinquente, visto que sem culpabilidade não há crime, e se não há crime, conseqüentemente não há que se falar em pena. Assim, primeiramente o juiz sentenciante deve analisar se o crime é culpável e merece a imposição de uma pena.

Existe, ainda, um segundo momento em que a culpabilidade é analisada, e aqui ela se apresenta como elemento limitador ou graduador da pena. Nesse segundo momento, a culpabilidade atua influenciando na fixação da pena-base, ou seja, o magistrado irá valorar a reprovabilidade do delito cometido de modo a interferir na pena. (GRECO, 2011; NUCCI, 2007)

Passado o estudo da culpabilidade, o magistrado analisa as demais circunstâncias judiciais, as quais não apresentam maior carga de complexidade. Outra circunstância judicial subjetiva diz respeito aos antecedentes criminais do réu, que nada mais é do que o histórico penal do delinquente, que não se preste para fins de reincidência¹². (GRECO, 2011; BOSCHI, 2006)

Convém observar que em respeito ao princípio da presunção de inocência, somente podem ser levadas em considerações condenações anteriores em que haja o devido trânsito em julgado, eis que caso ainda exista recurso em trâmite, a sentença poderá ser modificada alterando-se a situação de condenação do réu. (GRECO, 2011)

No mesmo prisma subjetivo, ainda devemos observar a conduta social do agente, que nada mais é que o comportamento do réu perante a sociedade, que, a depender do caso, poderá ter influência no cometimento da infração penal. No mesmo sentido, deve-se analisar a personalidade do agente, que corresponde às características individuais próprias que determinam o comportamento do sujeito. (GRECO, 2011)

A análise dessa personalidade, quase sempre é uma tarefa muito difícil, e que enseja um conhecimento técnico de psiquiatria e psicologia que o magistrado não possui. Assim, deve o juiz sentenciante ter muita cautela ao analisar essa circunstância judicial, para evitar que valores próprios influenciem em um aumento injusto da pena-base. (GRECO, 2011)

¹² Devemos observar que se um determinado réu possui apenas uma condenação transitada em julgado, estará configurada tão somente a sua reincidência, pois se considerássemos uma mesma condenação para efeitos de reincidência, e também, maus antecedentes, estaríamos praticando *bis in idem*. Ou seja, basicamente, para que o réu seja considerado com maus antecedentes, deverá ter no mínimo duas condenações anteriores, uma para fins de reincidência e outra para efeitos de antecedentes. (BOSCHI, 2006)

A última das circunstâncias judiciais subjetivas são os motivos que levaram o agente a praticar um determinado crime. Todo tipo de conduta humana é motivado por algo que nos leva a agir de tal maneira, e não é diferente com as condutas criminosas, em que cada crime possui um motivo para sua prática.

Em breves palavras, o professor Guilherme Nucci (2007, p. 198) conceitua a presente circunstância judicial:

“O motivo é fator qualificativo da vontade humana, fornecendo o colorido indispensável à compreensão de qualquer conduta: existiu por quê? Para que? Do mesmo modo que sustentamos inexistir ação ou omissão sem finalidade, pois ninguém age por agir – a não ser que se cuide de gestos reflexos, sujeitos à coação física irresistível ou mesmo fruto da hipnose – não há crime sem motivo.”

Mas, além das circunstâncias subjetivas, temos as circunstâncias objetivas, que são as circunstâncias e consequências do fato delituoso, bem como o comportamento da vítima. Quanto às circunstâncias e consequências do crime, temos basicamente tudo aquilo que gravita em torno do fato. As circunstâncias são as particularidades do fato que o juiz deve ponderar para atribuir a pena-base, são elementos acidentais que não participam da estrutura do tipo, mas que estão atreladas ao delito. (BOSCHI, 2006; NUCCI, 2007)

Por outro lado, nós temos as consequências do crime, que, como o próprio nome indica, são as consequências que o delito praticado acarreta para o mundo exterior. Trata-se do mal causado pela prática do delito que ultrapassa os efeitos esperados do crime, e para tanto, deve ser considerado para a fixação de uma pena. (NUCCI, 2007)

Por fim, temos de analisar o comportamento da vítima, ou seja, analisa-se se a vítima comportou-se de modo a contribuir ou facilitar a prática de algum crime. Estudos de vitimologia¹³ demonstram que o comportamento da vítima pode ser extremamente relevante para a ocorrência do fato, bem como do agravamento das suas consequências. Uma pessoa que anda sozinha no meio da noite, em um local escuro em que frequentemente ocorrem roubos e furtos, tira do bolso e conta dinheiro, provavelmente será assaltada, e tal comportamento deve ser levando em

¹³Vitimologia é a “área da criminologia que demonstra o quanto o comportamento da vítima pode ser relevante para a eclosão do fato, ou do agravamento ou abrandamento de suas consequências penais” (BOSCHI, 2006, p. 216).

consideração para fins de apenamento do assaltante. (BOSCHI, 2006; GRECO, 2011)

Com esse estudo minucioso das circunstâncias judiciais, vemos quais são os fatores que o magistrado leva em consideração para fixar a pena-base, e a partir daí, o magistrado procederá ao aumento ou diminuição da pena, consoante outras circunstâncias previstas na lei, mas que nem sempre estão presentes no caso concreto.

2.2 Fase Secundária – Análise das Circunstâncias Agravantes e Atenuantes

Após a fixação da pena-base, com análise de todas as circunstâncias judiciais, o juiz passará à segunda fase de fixação da pena denominada pela doutrina de pena provisória.

Nesse segundo momento, o juiz sentenciante passará à análise de outro tipo de circunstâncias, são as chamadas circunstâncias legais. As circunstâncias, conforme já visto, são elementos acidentais que integram o delito cometido, mas existem duas espécies de circunstâncias: as circunstâncias judiciais, que são aquelas que servem para fixar a pena-base; e as circunstâncias legais, também conhecidas por atenuantes, agravantes e causas especiais de aumento e diminuição de pena. (BOSCHI, 2006)

Consoante lição de Guilherme Nucci (2007, p. 204), é possível ver uma diferença clara entre as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais:

“São os elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito. Quando expressamente gravadas na lei, as circunstâncias são chamadas de legais (agravantes e atenuantes, por exemplo). Quando genericamente previstas, devendo ser formadas pela análise e pelo discernimento do juiz, são chamadas de judiciais.”

Portanto, as circunstâncias legais atenuantes e agravantes são aquelas que estão previstas na lei - mais especificamente nos arts. 61 e 65 do Código Penal¹⁴ – mas que nem sempre ocorrem no caso concreto. (NUCCI, 2007)

¹⁴Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

Vê-se, ainda, que há uma subdivisão das circunstâncias legais, pois existem as circunstâncias legais genéricas e as circunstâncias legais específicas. As específicas são aquelas circunstâncias que existem apenas em determinados casos, enquanto as genéricas, uma vez configuradas, incidem em todo e qualquer crime.

As agravantes e atenuantes são circunstâncias legais genéricas, vez que podem incidir em todo e qualquer delito. Caso um delito seja cometido de tal forma que faça incidir alguma dessas circunstâncias legais, deverá haver um agravamento ou abrandamento da pena. (BOSCHI, 2006)

Ou seja, caso uma pessoa espanque um garçom, que equivocadamente tenha cobrado uma cerveja a mais em sua conta, terá incorrido no crime de lesão corporal, sendo que esse delito terá a pena agravada em virtude do motivo fútil que levou o agente a cometer tal atrocidade. A *contrario sensu*, um ladrão que comete um roubo e confessa espontaneamente a prática de tal delito, merece um abrandamento em sua pena, tendo em vista que o delinquente realizou um juízo crítico de seus atos, e merece especial consideração da lei. (GRECO, 2009; BOSCHI, 2006)

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.

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 conseq ncias, 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.

As agravantes e atenuantes, além de serem circunstâncias legais genéricas, são obrigatórias, no sentido de que sempre atuarão quando existirem, salvo nos casos em que a própria agravante ou atenuante configure por si só um núcleo do tipo, ou uma espécie de qualificadora ou causa especial de aumento e diminuição de pena. Porque, se mesmo nesses casos considerássemos a incidência da circunstância legal genérica, estaríamos valorando duas vezes o mesmo fato, ou seja, estaríamos praticando *bis in idem*. (BOSCHI, 2006)

Em razão desse caráter obrigatório, vemos uma carga de objetividade na incidência das agravantes e atenuantes, ou seja, há uma análise meramente objetiva para enxergar a incidência de tais circunstâncias. Portanto, não nos parece interessante analisar e esgotar toda a matéria referente a cada uma das circunstâncias legais, ainda mais quando nosso Código Penal se mostra muito claro em estabelecer quais são as circunstâncias que devem agravar ou atenuar a pena. (NUCCI, 2007)

Logo, a partir de uma simples leitura dos arts. 61 e 65, fica evidente quais são os casos que demandam a incidência de uma circunstância legal genérica, de modo a modelar a pena para aquele delito específico. Diferente é o caso das circunstâncias judiciais, que possuem uma carga maior de subjetividade, e a justa aplicação de uma pena-base está vinculada ao pleno entendimento de cada uma delas.

Ainda quanto às agravantes e atenuantes, temos algumas questões curiosas a observar: A primeira é uma diferença de tratamento que cada uma recebe, no sentido de que a lei estabelece um rol taxativo para as agravantes, mas determina um rol meramente exemplificativo para as atenuantes (GRECO, 2009; BOSCHI, 2006).

Podemos concluir que esse rol de atenuantes previsto no art. 65 do Código Penal é meramente exemplificativo, a partir da leitura do art. 66¹⁵ do mesmo diploma, que possibilita ao magistrado atenuar a pena em virtude de uma circunstância relevante ao crime, mesmo que não esteja prevista em lei. (GRECO, 2011)

¹⁵Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Como o legislador foi incisivo ao se referir tão-somente à possibilidade de atenuar a pena, não há que se falar na possibilidade de agravar a pena em virtude de circunstância relevante ao crime. Caso assim fosse, estaríamos realizando a dita analogia *in malam partem*, ou seja, a analogia em prejuízo do réu, absolutamente vedada pelo nosso ordenamento jurídico.

A segunda observação curiosa a ser feita é que o legislador não estabelece um quantitativo de aumento ou diminuição da pena em razão da existência de uma atenuante ou agravante. E é nesse momento que encontra espaço toda a dinâmica da discussão acerca do Enunciado nº 231 da Súmula do STJ.

A redação do Código Penal se limita a dispor que as circunstâncias legais sempre agravam ou diminuem a pena. Assim, vemos que o legislador optou por deixar a cargo do magistrado sentenciante o juízo de ponderação acerca do quanto a pena deverá ser aumentada ou diminuída, caso presente alguma circunstância legal genérica. (MELO, 2012, Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/17.pdf#page=65>>. Acesso em: 05 de ago. de 2013)

Desse modo, o quantitativo que aumentará ou diminuirá da pena-base, fica sujeito a uma discricionariedade do magistrado, que estabelecerá o aumento ou diminuição da pena-base, caso a caso, devendo sempre fundamentar seu entendimento. (NUCCI, 2007)

Contudo, visando uniformizar o entendimento dos julgadores acerca do *quantum* de aumento ou diminuição da pena, para evitar penas notoriamente díspares para situações semelhantes, bem como para evitar a elevação ou diminuição da pena em patamares totalmente aleatórios, firmou-se, nos tribunais, o entendimento de que para cada atenuante ou agravante, a pena deverá ser alterada no montante de um sexto da pena-base¹⁶. (NUCCI, 2007; MELO, 2012, Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/17.pdf#page=65>>. Acesso em: 05 de ago. de 2013)

¹⁶Segundo Guilherme Nucci (2007, p. 209): “Temos defendido que cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição de pena), afinal, serão elas (agravantes e atenuantes) consideradas na segunda fase de aplicação da pena, necessitando ter uma aplicação efetiva.”

Esse quantitativo imaginário de um sexto a ser adotado, já encontra aceitação pacífica tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto no Supremo Tribunal Federal, pois para a maioria dos operadores do Direito, a única maneira de se assegurar o fiel cumprimento à elevação ou redução de forma eficiente, em se tratando de atenuantes e agravantes, é a eleição de um percentual matemático. (NUCCI, 2007)

Todavia, ignorando totalmente a dicção da lei, bem como esse entendimento firmado nos tribunais, o Superior Tribunal de Justiça editou, em 1999, o Enunciado nº 231, dizendo que as atenuantes não podem conduzir a pena abaixo do mínimo legal. Provavelmente, tal questão fora sumulada em temor à ocorrência de eventuais excessos na fixação da pena. (MELO, 2012, Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/17.pdf#page=65>>. Acesso em: 05 de ago. de 2013)

Fato é que a discussão acerca de tal entendimento é calorosa desde a sua publicação, e somente é possível colocar essa discussão em pauta, em razão de as atenuantes, diferentemente das causas especiais de diminuição de pena, não possuírem um quantitativo fixado em lei.

2.3 Fase Terciária – Causas Especiais de Aumento e Diminuição de Pena

Chegamos, finalmente, ao último momento de dosimetria da pena, segundo o sistema trifásico de Hungria. Nessa fase, o magistrado deve se ater às causas especiais de aumento e diminuição de pena legalmente previstas e tarifadas.

A essa terceira fase chamamos de “pena definitiva”, vez que seguindo os mandamentos do art. 68 do Código Penal, depois de fixada a pena provisória o juiz deve realizar o aumento, ou diminuição, da pena, conforme o quantitativo da causa especial - eventualmente existente – e uma vez realizado esse aumento, ter-se-á a pena definitivamente fixada em sentença, que deverá ser cumprida, caso não haja modificação em grau de recurso. (BOSCHI, 2006)

As causas especiais de aumento e diminuição de pena - também conhecidas como majorantes e minorantes – são circunstâncias legais específicas, vez que

estão expressamente previstas na lei, e variam para cada crime tipificado. (NUCCI, 2007)

Diferentemente do que ocorre com as agravantes e atenuantes, não existe nenhum dispositivo específico no Código Penal determinando todas as majorantes e minorantes, elas estão espalhadas ao longo de toda a legislação penal, possuindo previsão na parte geral e especial do Código. Além disso, a modificação da pena provisória, em razão das causas especiais de aumento ou diminuição de pena, ocorre em quantidade certa ou variável (p. ex.: o furto praticado durante o repouso noturno, previsto no art. 155, § 1º¹⁷ do Código Penal), diferente das agravantes e atenuantes que determinam de maneira genérica que a pena será agravada ou atenuada. (BOSCHI, 2006; NUCCI, 2007)

Da mesma forma, não podemos confundir as causas especiais de aumento e diminuição de pena com as qualificadoras. As qualificadoras formam outros tipos penais, ou complementam o tipo penal existente, atribuindo limites mínimo e máximo, da pena, mais graves que os cominados para o delito em sua forma simples. (BOSCHI, 2006; NUCCI, 2007)

Logo, as qualificadoras têm maior relevância no momento inicial do procedimento de fixação da pena, enquanto as causas especiais são levadas em consideração apenas no último momento de fixação da pena.

Nesse sentido é o que leciona Boschi (2006, p. 301):

“As qualificadoras, sob o aspecto da estrutura e da funcionalidade do método trifásico, integram o universo das considerações iniciais acerca da configuração típica e da determinação da pena-base. As majorantes (bem como as minorantes), por sua vez, compõem o quadro de considerações finais inerentes a esse método, influenciando na mensuração da pena definitiva.”

Uma vez considerado o crime em sua forma qualificada, a pena-base será fixada dentro das novas margens determinadas pela circunstância qualificadora, tal como ocorre nas hipóteses de homicídio qualificado¹⁸.

¹⁷ Art. 155 –Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço), se o crime é praticado durante o repouso noturno.

¹⁸ Art. 121 – Matar alguém:

Contudo, devemos, ainda, observar se a causa especial de aumento ou diminuição de pena não integra o núcleo do tipo penal, ou se já não serviu para qualifica-lo. Caso assim seja, estremos diante da prática de *bis in idem*, ou seja, a dupla valoração inaceitável no direito brasileiro.

Convém salientar, que neste terceiro e último momento de fixação da pena não existe discussão sobre a redução da pena abaixo do mínimo, ou aumento acima do máximo, em virtude da existência de causa especial de aumento e diminuição de pena, tal qual existe a discussão acerca das agravantes e atenuantes respeitarem os limites legais (Enunciado nº 231 de Súmula do STJ).

Já se encontra pacificado na doutrina e na jurisprudência que as causas especiais de diminuição de pena têm o condão de conduzir a pena abaixo do mínimo legal, e o mesmo vale para as causas de aumento. Conforme dito, as majorantes e minorantes são legalmente tarifadas, há a estipulação de um percentual fracionário que deve ser aumentado ou diminuído, o que nos permite deduzir que a vontade do legislador é que uma vez configurada a circunstância legal específica, a pena deveria ser diminuída (ou majorada) independentemente dos limites impostos pelo tipo penal. (GRECO, 2009; MELO, 2012, Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesemese/revistas/17.pdf#page=65>>. Acesso em: 05 de ago. de 2013)

No mesmo sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica a partir do julgamento do HC 85673/PA de 2005:

“I - Habeas corpus: conhecimento. 1.Não impede a impetração do habeas corpus a admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão impugnada, nem a efetiva interposição deles. 2.Não se sujeita o recurso ordinário de habeas corpus nem a petição substitutiva dele ao requisito do prequestionamento na decisão impugnada: para o conhecimento deste, basta que a coação

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II – por motivo fútil;

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena – reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

seja imputável ao órgão de gradação jurisdicional inferior, o que tanto ocorre quando esse haja examinado e repellido a ilegalidade aventada, quanto se se omite de decidir sobre a alegação do impetrante ou sobre matéria sobre a qual, no âmbito de conhecimento da causa a ele devolvida, se devesse pronunciar de ofício. II. Individualização da pena: causa especial de aumento ou diminuição. Ao contrário das atenuantes ou agravantes genéricas, que diminuem ou elevam a pena-base, nos limites da escala penal editalícia - as causas especiais de diminuição podem reduzi-la aquém do mínimo, assim como as causas especiais de aumento podem alçá-la acima do máximo cominado ao crime. III. Liberdade provisória: não é de ser deferida ao acusado que respondeu ao processo sob prisão preventiva - e não há elementos para aferir de sua ilegalidade.” (BRASIL, 2005, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885673.NUME.+OU+85673.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/be9jxcs>>. Acesso em 11 set. 2013)

Com essa análise, verificamos todos os passos para o magistrado atribuir uma pena a um delito, e vimos exatamente onde se assenta a discussão acerca do Enunciado nº 231 do STJ.

2.4 Problemática do Enunciado nº 231 da Súmula do STJ

A edição do enunciado em análise, pelo Superior Tribunal de Justiça, ascendeu uma discussão interminável acerca da segunda fase de fixação da pena consoante o método trifásico, e os malefícios que o entendimento da corte infraconstitucional acarreta a certos condenados.

Conforme vimos até o momento, a lei prevê apenas que as atenuantes reduziriam a pena, incluindo em seu texto o advérbio “sempre”. Todavia, o egrégio Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem limitar a redução de tal pena até o mínimo legal, prejudicando eventuais réus que já tenham a pena-base fixada no mínimo legal.

Assim, formou-se um embate entre advogados de defesa, promotores e membros da magistratura acerca de tal enunciado, vez que o entendimento acerca da superação ou manutenção do Enunciado 231 é extremamente controvertido.

A origem da discussão remonta aos dois sistemas de fixação da pena que o Brasil já adotou: o sistema bifásico e o sistema trifásico.

Conforme dito no capítulo exordial, pelo sistema bifásico não haveria qualquer possibilidade das atenuantes conduzirem a pena aquém do mínimo legalmente previsto, porque as circunstâncias judiciais eram analisadas concomitantemente com as circunstâncias legais. Portanto, as atenuantes eram utilizadas na fixação da pena-base, ficando, a pena, adstrita aos limites cominados para o crime. (PRADO, 2011)

Contudo, com o advento da Lei nº 7.209/84, o Código Penal passou a adotar o sistema trifásico, e como tal haveria um momento específico para a análise das atenuantes, após a fixação da pena-base, o que permitiria perfeitamente, na visão de alguns, a redução da pena abaixo do mínimo legal. (PRADO, 2011) Assim, a reforma do Código Penal operada em 1984 colocou fim ao debate acerca do sistema de fixação da pena a ser aplicado, mas não resolveu a questão das atenuantes.

Para os defensores do posicionamento do STJ, a manutenção do enunciado preserva a vontade do legislador e revela um respeito ao princípio da legalidade, tendo em vista que, ao cominar uma pena para um delito o legislador queria que a pena a ser cumprida pelo condenado respeitasse os parâmetros legalmente impostos, e fixar uma pena aquém desses parâmetros sem autorização legal, se apresentaria como uma violação ao princípio da legalidade. (VIANNA, 2007)

Além disso, em atenção à repartição constitucional de poderes, é tarefa do legislativo estabelecer limites mínimos e máximos para as penas, e se ao juiz fosse possível estabelecer quantidades de penas fora dos parâmetros cominados, estaria, na visão de alguns, invadindo o âmbito de competência delimitado a outro Poder da República. (BOSCHI, 2006)

Mais um elemento que embasa a manutenção dessa jurisprudência, é o fato de que se ficasse ao livre arbítrio do juiz a redução, poder-se-ia chegar a uma pena zero, ou seja, o juiz sentenciante poderia excluir a pena e ainda estaria dentro da legalidade. (VIANNA, 2007)

Com isso, vemos que a razão da matéria referente à limitação da incidência das atenuantes ter sido sumulada, se deu, muito mais, por uma questão de segurança jurídica que de justiça criminal propriamente dita, tendo em vista que com receio de eventuais excessos na fixação da pena, e visando conferir uma carga de

objetividade à atuação do magistrado, foi pacificado pelo STJ tal entendimento. (MELO, 2012, Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/17.pdf#page=65>>. Acesso em: 05 de ago. de 2013)

Contudo, realizando alguns estudos nem tão profundos, vemos que os argumentos que sustentam o Enunciado nº 231 são facilmente derrubados com uma simples análise constitucional e da legislação penal.

Em que pese, os argumentos de que o entendimento contrário ao enunciado ser inconstitucional por ferir o princípio da legalidade - eis que o próprio tipo penal já teria previamente estabelecido limites mínimos e máximos – vê-se que o entendimento do enunciado é, de fato, o que viola o princípio da legalidade, por ignorar o mandamento legal de que as atenuantes “sempre” reduzirão a pena.

Ora, o art. 65 do Código Penal é de clareza solar ao demonstrar a intenção de ver as atenuantes incidirem independentemente da pena-base já fixada. Ademais, nenhum entendimento jurisprudencial pode alterar dispositivo de lei, por acarretar mais uma violação ao princípio da legalidade, ainda mais quando se tem que a interpretação da lei penal deve ser restritiva. (VIANNA, 2007)

Outro princípio constitucional ferido pelo Enunciado nº 231, é o princípio da individualização da pena, vez que se tratando de um direito do réu ter uma pena perfeitamente adequada para seu delito, muitas vezes haveria o magistrado de ignorar certas circunstâncias para preservar a exegese do entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

O réu condenado, que tenha circunstâncias judiciais favoráveis, e que haja confessado espontaneamente o delito em juízo, está sujeito a não ver sua pena-base alterada, o que nos permite inferir que aquela pena aplicada não foi a mais adequada e individualizada para seu caso. (MELO, 2012, Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/17.pdf#page=65>>. Acesso em: 05 de ago. de 2013)

Não é difícil visualizar que o entendimento sumulado beira a inconstitucionalidade, diante das violações gritantes às garantias fundamentais

previstas na Constituição, cuja força normativa implica, além de cumprir seus mandamentos, extrair a máxima eficácia possível para cada caso a ser solucionado. (GONTIJO, 2005, Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15468-15469-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2013)

Além dessa violação constitucional, vemos que não merece prosperar a alegação de que interpretação contrária ao STJ seria demasiadamente arbitrária e poderia acarretar uma pena fixada no zero. Pelo princípio da obrigatoriedade não há que se falar em eliminação da pena, a qual, uma vez necessária, deve ser aplicada; bem como, devemos ter em mente que a leitura do dispositivo penal nos remete à necessidade de atenuar a pena, e não de eliminá-la. (VIANNA, 2007)

A questão é que não existe qualquer impedimento legal ou constitucional que impeça o arbitramento da pena aquém dos limites legais, pelo contrário em face aos argumentos adotados pela doutrina, parece até mais assegurador das garantias constitucionais a aplicação da pena aquém do mínimo legal em alguns casos.

Até então, explicamos de maneira breve e objetiva, toda a discussão que gravita em torno do entendimento do Enunciado nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, porém uma análise muito mais detalhada pode ser feita a partir do estudo de toda a manobra jurisprudencial que se deu até a pacificação de tal entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça, e que indica uma possível superação do enunciado.

concreto. Disse, ainda, que a desconsideração das atenuantes, além de ofender o princípio da individualização, vai contra o devido processo legal, visto que não haveria um tratamento justo de cada ação penal. (BRASIL, 2009, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28597270%2E2E+OU+597270%2EPRCR%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20090326%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 30 set. 2012)

Além disso, o voto do ministro demonstrou que a discussão a respeito das atenuantes existe, também, em outras cortes constitucionais de outros países, evidenciando que a problemática, apesar de antiga, é de suma importância para o direito penal.

Porém, em que pese o posicionamento pessoal do ministro - que se mostrou de certa forma interessado pela tese de possibilidade de redução da pena - negou a desconsideração do enunciado de súmula. O ministro ponderou que causaria muita insegurança jurídica a possibilidade de desrespeito aos limites legais, deixando os casos totalmente a mercê das alegações das partes, podendo requerer a pena que bem entendessem, sendo que eventualmente os juízes em virtude dos artifícios de defesa poderiam ser corrompidos a cometer algum equívoco ao determinar a pena.

Desse modo, o voto do ministro negou provimento ao recurso e reafirmou a jurisprudência sedimentada no STJ, passando a ser pacífica, também, no STF. Em 2011 o mesmo posicionamento foi reiterado através do julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial nº 819.339/SP abaixo:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. CONTROVÉRSIA DECIDIDA EXCLUSIVAMENTE À LUZ DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. FIXAÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INADMISSIBILIDADE EM FÁCE DE ATENUANTES GENÉRICAS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO. OFENSA REFLEXA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. Caso em que entendimento diverso do adotado pela instância judicante de origem demandaria o reexame da legislação ordinária aplicada à espécie e a análise dos fatos e provas constantes dos autos. Providências vedadas neste momento processual. 2. A violação às garantias constitucionais do processo, se existente, ocorreria de modo reflexo ou indireto. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal,

no julgamento do RE 597.270-QO-RG, sob a relatoria do ministro Cezar Peluso, reconheceu a repercussão geral do tema relativo à fixação da pena privativa de liberdade abaixo do mínimo legal. Na oportunidade, esta nossa Casa de Justiça reafirmou a sua jurisprudência, no sentido da inadmissibilidade da tese quando presentes apenas atenuantes genéricas, e inexistentes causas especiais de diminuição de pena. 3. Incidem as Súmula 282 e 356/STF. 4. Agravo regimental desprovido.” (BRASIL, 2011, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28819339.NUME.+OU+819339.ACMS.%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/nsrqzak>>. Acesso em: 11 set. 2013)

Entretanto, a caminhada jurisprudencial compreendida entre a reforma do Código Penal em 1984, e a pacificação do entendimento no STJ em 1999 foi muito extensa, sendo que vários recursos, cada qual com suas situações concretas, foram analisados até a edição do enunciado de súmula.¹⁹

Um dos casos mais emblemáticos, que será analisado nos próximos parágrafos, e que foi um dos últimos julgados antes da edição do enunciado de súmula, foi o Recurso Especial nº 146.056, do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Ministro Felix Fischer. (BRASIL, 1997, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700604985&dt_publicacao=10/11/1997>. Acesso em: 22 set. 2013)

O caso em comento trata da prisão em flagrante de uma mulher de 18 anos, que tentou embarcar em um avião, no aeroporto de Porto Alegre, com cerca de 3 kg de cocaína. Após um comportamento estranho da mulher, policiais revistaram-na e encontraram a droga.

Tal episódio rendeu à delinquente uma ação penal pública incondicionada com a acusação da prática do crime previsto no art. 12 sendo-lhe aplicada a causa especial de aumento de pena, por se tratar de tráfico internacional, previsto no art. 18, inciso I, ambos da Lei nº 6.368 de 1976, atualmente revogada pela Lei nº 11.343 de 2006.

O processo tramitou e desaguou, em sede de Recurso Especial, no Superior Tribunal de Justiça, com o pedido de reconhecimento do delito na forma tentada, haja vista que a mulher não conseguiu embarcar com a droga, deixando,

¹⁹A decisão que levou à edição da súmula foi proferida pela 3ª seção de julgamento, e teve como precedentes: REsp 146056/RS, DJ 10/11/1997; REsp 49500/SP, DJ 15/08/1994; REsp 46182/DF, DJ 16/05/1994; REsp 32344/PR, DJ 17/05/1993; REsp 15691/PR, DJ -3/05/1993; REsp 7287/PR, DJ 06/05/1991. (ZIMMERMANN, 2002)

assim, de consumir o delito. Além disso, foi feito o pedido de redução da pena aquém do mínimo legal, haja vista as atenuantes de menoridade relativa e confissão espontânea. (BRASIL, 1997, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700604985&dt_publicacao=10/11/1997>. Acesso em: 22 set. 2013)

A pena em abstrato para o delito em comento era de 3 a 15 anos de reclusão, acrescida da causa especial de aumento, a pena mínima em abstrato era de 4 anos de reclusão. Note-se, então, que no caso em tela, foram fixados os exatos 4 anos de reclusão, e analisando o sistema trifásico de fixação da pena, as atenuantes foram totalmente ignoradas, vez que a acusada possuía circunstâncias judiciais favoráveis e não ostentava condenações ou folha de passagem policial.

Dada a situação da acusada, que possuía duas atenuantes em que as mesmas não foram reconhecidas foi interposto um recurso para buscar a redução da pena abaixo do mínimo legal.

Todavia, o recurso foi desprovido, sob argumentos que buscam afastar a incidência das atenuantes, e tais argumentos são os mesmos já analisados no final do capítulo anterior, ou seja, as alegações de possibilidade de uma discricionariedade exacerbada pelo magistrado, possibilidade de redução da pena a zero, e violação do princípio da legalidade por descumprir os mandamentos legais. (BRASIL, 1997, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700604985&dt_publicacao=10/11/1997>. Acesso em: 22 set. 2013)

Porém, a partir de algumas ponderações feitas por alguns doutrinadores, e outros julgados contrários ao enunciado 231, vê-se que os argumentos sustentados pelo tribunal são facilmente superados por uma simples análise constitucional

Em relação à alegação de que ao magistrado seria dada uma liberdade extremada de modo a causar alguns absurdos jurídicos tais como reduzir a pena a um quantitativo zero e ferir o princípio da individualização da pena não merecem prosperar, eis que a liberdade dada ao juiz seria vinculada à fundamentação e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (BOSCHI, 2006)

A tese de que caso as atenuantes não fossem adstritas aos mínimos legais poder-se-ia ter uma pena fixada em zero é algo totalmente inconcebível para o direito brasileiro, vez que como a própria redação do art. 65 do Código Penal diz, “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”, logo, não se trata de circunstâncias que podem eximir o réu de cumprir pena. (VIANNA, 2007).

Ademais, a redução da pena abaixo do mínimo legal, não significa uma violação ao princípio da legalidade por desrespeitar os parâmetros legalmente impostos pela lei, pelo contrário, a superação do atual posicionamento do STJ significa um respeito ao princípio da legalidade, por cumprir o mandamento do art. 65, bem como possibilita uma melhor aplicação do princípio da individualização da pena ao se buscar ao máximo a aplicação de uma pena mais adequada ao réu que praticou o delito. (VIANNA, 2007)

Desse modo, pode-se notar que os argumentos sustentados pelos julgadores partidários do atual entendimento não são seguros, pelo contrário chegam a ser até frágeis demais por serem superados a partir de uma simples análise principiológica.

Portanto, em razão dessa fragilidade, é que mesmo após de ter sido a matéria sumulada, diversos tribunais estaduais possuem entendimento contrário ao Superior Tribunal de Justiça, e aplicam em várias de suas sentenças e acórdãos, razão pela qual alguns se inclinam para a necessidade de superação do enunciado de súmula.

3.1 Posicionamentos Jurisprudenciais e Doutrinários Contrários ao Enunciado de Súmula nº 231

O descontentamento com a limitação na dosimetria da pena, implantada pelo enunciado de súmula, é de magnitude significativa em nossos tribunais e na doutrina, sendo que, apesar de ser um posicionamento minoritário, uma corrente de renomados juristas se manifesta no sentido de ser necessária a superação do entendimento vigente no STJ.

No âmbito dos tribunais ordinários pátrios, podemos encontrar alguns acórdãos que refletem sobre a necessidade de superação desse enunciado de

súmula de nosso ordenamento jurídico. Tais julgados contrapõem o enunciado em face dos princípios constitucionais, apontando o entendimento do STJ como sendo inconstitucional.

Nesse ponto, vale ressaltar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que, embora não seja unânime, possui alguns acórdãos favoráveis à superação do enunciado de súmula.

No julgamento da Apelação Criminal nº 1273, em 2010, o desembargador Edson Ulisses de Melo preponderou o princípio da individualização da pena e da legalidade em face do entendimento do STJ para acolher o apelo e reduzir a pena abaixo do mínimo legal.

A partir de seu voto, depreende-se o que já havíamos dito acerca da necessidade de redução da pena aquém do mínimo legal para priorizar os princípios constitucionais da individualização da pena e da legalidade.

“A meu juízo, o entendimento firmado no STJ e no STF não está de acordo com a garantia constitucional da individualização da pena, consagrada no art.5º, inciso XLVI, da CF/88, que reza: Art.5º.(...). (...). XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...).Ora, não aplicar atenuante constatada nos autos sob o fundamento de que a pena provisória, fixada na segunda fase da dosimetria penal, não pode ficar aquém do mínimo legal, consiste, no meu ponto de vista, em verdadeira afronta a tal garantia, cuja base axiológica é o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF/88), criando, assim, distorções, haja vista possibilitar o mesmo tratamento a réus em situações distintas, violando o mandamento constitucional da isonomia, que consiste em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desnívelam (*in* Oração aos Moços. Rui Barbosa). Ademais, o artigo 65 do diploma repressivo é norma cogente, portanto de aplicação obrigatória, e, por isto, não permite que se deixe de aplicar qualquer circunstância atenuante, pois prevê, como alhures mencionado, que sempre será esta aplicada, portanto comando de ordem imperativa da norma infraconstitucional.” (BRASIL, 2011, Disponível em:<http://jurisprudencia.tjse.jus.br/search?q=cache:Du3oH2m2kMcJ:www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp%3Ftmp_numprocesso%3D2010319429%26tmp_numacordao%3D20115521+1273+&client=juris_sg&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris_sg&ie=UTF-8&site=sg-acordaos&access=p&filter=0&getfields=*&oe=UTF-8>.

Acesso em 11 set. 2013)

Igualmente importantes se mostram os julgamentos que têm ocorrido perante o Tribunal do Rio Grande do Sul, corte esta conhecida por sua

jurisprudência revolucionária e tomada como referência por vários juízes em todo o país.

No tocante ao enunciado 231 do STJ, em alguns momentos o TJRS já afastou sua aplicação para preservar os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

“ROUBO: 1. PALAVRA DA VÍTIMA. OUTROS ELEMENTOS INFORMATIVOS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA; 2. MAJORANTE. EMPREGO DE ARMA BRANCA. DESNECESSÁRIA A APREENSÃO E PERÍCIA; 3. PENA-BASE. OPERADORAS DO ART. 59, CP. MÍNIMO LEGAL. 4. PENA PROVISÓRIA. ATENUANTE. AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE 5. EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCIPIO DA INDERROGABILIDADE DA PENA. 1. Conjunto probatório suficiente a amparar o decreto condenatório pelas informações colhidas do depoimento da vítima. A palavra da vítima, subsidiada por outros elementos informativos da prova, merece ser prestigiada e autoriza, nas circunstâncias, a condenação. 2. Quando a arma empregada para o roubo é faca, prescinde-se, pela sua natural potencialidade lesiva, do exame pericial. Majorante de emprego de arma devidamente comprovada. 3. A pena-base deve corresponder ao resultado colhido da análise das circunstâncias judiciais e, se estas não são prejudiciais ao réu, deve permanecer no patamar mínimo abstrato. 4. Os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena abrigam a possibilidade de, estando a pena-base fixada no mínimo legal, romper com este limite se presente atenuante prevista legalmente. 5. A multa não pode deixar de ser aplicada pelo juiz, sob pena de violação ao princípio da inderrogabilidade da pena, visto que é um imperativo legal. Recurso Parcialmente Provido.” (BRASIL, 2007, Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70020082814&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AAramis%2520Nassif&as_q>> Acesso em: 14 set. 2013)

Além disso, esse egrégio Tribunal entende que o réu tem direito ao reconhecimento das atenuantes a seu favor, e tais devem ser aplicadas mesmo que a pena fique abaixo do mínimo legal em razão de seu aspecto positivo.

“ESTELIONATO. PEDIDO DE DOAÇÃO PARA ENTIDADE ASSISTENCIAL. ABSOLVIÇÃO. Não cabe absolver o réu quando a prova do dolo emerge dos autos. PENA. DOSIMETRIA. RÉU MAIOR DE SETENTA ANOS À DATA DA SENTENÇA. ATENUANTE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. A aplicação de atenuante é direito do réu, motivo pelo qual deve ser aplicada mesmo que a pena fique aquém do mínimo. APLICAÇÃO DO ART. 171, § 1º, CÓDIGO PENAL. Pena carcerária substituída por multa. APELO DEFENSIVO

PARCIALMENTE PROVIDO.” (BRASIL, 2007, Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70017019944&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AGenac%25C3%25A9ia%2520da%2520Silva%2520Alberton&as_q=>>. Acesso em: 14 set. 2013)

Importante verificar o pequeno trecho do voto da Desembargadora Genacéia da Silva Alberton que pacificou o entendimento na 5ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como sendo contrário ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Porém, de acordo com a posição que se adota nesta 5ª Câmara Criminal, não importa que a fixação da pena fique abaixo do mínimo, isto porque as atenuantes são circunstâncias que, pelo seu aspecto positivo merecem ser consideradas na diminuição da reprimenda a fim de que o sancionamento observe a individualidade do acusado (art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal). Portanto, a aplicação da atenuante é um direito do acusado.” (BRASIL, 2007, Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70017019944&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AGenac%25C3%25A9ia%2520da%2520Silva%2520Alberton&as_q=>>. Acesso em: 14 set. 2013)

Na mesma vertente é o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em que a incidência de circunstâncias atenuantes pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal cominado abstratamente na lei penal incriminadora, em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena:

“PENAL. ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. ABSORÇÃO DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA PREVISTO NA LEI 9437/97 PELO CRIME DE ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA – CIRCUNSTÂNCIA QUE SEMPRE ATENUA A PENA. 1. As regras incriminadoras dos fatos que construíram meio de execução para a prática de delito principal são absorvidas pelas normas deste último, observado o princípio da consunção. Assim, o crime de porte ilegal é absorvido pelo de roubo qualificado pelo emprego de arma se a conduta do réu estava dirigida para a lesão ao patrimônio alheio. 2. A confissão espontânea prevista no art. 65, inciso III, alínea ‘d’, do Código Penal, configura circunstância que sempre atenua a pena, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal. Decisão: Conhecer e prover parcialmente o apelo, por maioria.” (BRASIL, 2003, Disponível em:

<<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgiin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62730,54026,22969&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=175895>>. Acesso em: 30 set. 2012)

Verifique-se a transcrição de trecho do acórdão prolatado pelo desembargador Edson Alfredo Smaniotto, relator da Apelação Criminal nº 17895, julgada em 2003, cuja ementa acima foi transcrita, que, com objetividade e clareza, fundamenta a necessidade de superação do Enunciado nº 231 do STJ:

“Todavia, sem embargo do prestígio da Súmula 231 do colendo STJ, venho adotando o entendimento, com a devia vênua, em sentido contrário: o argumento enunciado na Súmula 231 se baseia na existência do princípio da reserva legal, ao definir que a lei, em abstrato, considerou o grau mínimo da pena cominada ao crime. Ocorre que o princípio constitucional da reserva legal, bem como o da anterioridade da lei penal, aparecem inscritos nos capítulos das garantias individuais e coletivas, não sociais, da Carta Magna. Nesse sentido, é de se perguntar: em que momento da cominação legal o cidadão se sente protegido pelo princípio da reserva legal. Por certo, na certeza de que jamais será condenado por pena superior a que estiver prevista em prévia lei, jamais na certeza de que a sua pena não poderá ser fixada aquém do mínimo.” (BRASIL, 2003, Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgiin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62730,54026,22969&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=175895>>. Acesso em: 30 set. 2012)

Desse modo, não se pode ignorar que a esmagadora maioria da jurisprudência está em consonância com o entendimento do STJ. Contudo, essas decisões dos tribunais ordinários, mesmo que esparsas, demonstram que a questão ainda é latente na jurisprudência.

Na doutrina as discussões também não cessaram com a edição do enunciado do STJ, pelo contrário, foram apresentados ainda mais fundamentos para superação do enunciado de súmula, ainda que boa parte da doutrina resistisse à superação de tal enunciado.

Nas lições de Paulo Queiroz, pode-se notar que o magistrado deve atentar para a aplicação de uma pena justa e proporcional ao delito, observando as múltiplas variáveis do caso, devendo utilizar os parâmetros cominados pela lei como indicativos para a reprimenda a ser imposta. (QUEIROZ, 2011)

Para este doutrinador, não haverá uma violação ao princípio da legalidade, pois, aplicar a pena correta e justa, independentemente se aquém do mínimo legal, é uma exigência de proporcionalidade. Portanto, o juiz deve adequar a pena, tanto

podendo reduzir a pena aquém do mínimo legal, e também ultrapassá-la além do máximo, naqueles casos em que seja necessária uma reprimenda maior.

Assim, Queiroz (2011, p. 380) explana em breves, porém sábias palavras, o seu posicionamento contrário ao enunciado nº 231 do STJ, confira-se:

“De acordo com a doutrina e a jurisprudência (majoritárias), o juiz não poderia fixar a pena abaixo do mínimo legal, porque, se o fizesse, violar-se-ia o princípio da legalidade das penas. Nesse exato sentido, dispõe a Súmula 231 do STJ: ‘A incidência de circunstâncias atenuantes não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal’. Não estamos de acordo com isso. E mais: temos que, mesmo não existindo circunstâncias atenuantes em favor do réu, o juiz pode fixar pena abaixo do mínimo legal. Primeiro, porque a possibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal não implica violação ao princípio da legalidade; segundo, porque aplicar a pena justa, não importando se no mínimo legal, aquém ou além dele, é uma exigência de proporcionalidade; terceiro, porque o compromisso fundamental do juiz não é com a pena mínima, mas com a pena proporcional.”

Ora, a partir desses pontos, vemos que a atenção que a doutrina postuladora da superação do enunciado é no sentido de que dogmática da fixação da pena é uma questão que envolve tantos fatores subjetivos que não podem ficar sujeita a uma limitação quantitativa tal qual impõe o enunciado em discussão.

Limitar a incidência de uma pena aos parâmetros legais significa condenar o réu com circunstâncias atenuantes a seu favor a uma pena injusta, pois simplesmente implicaria em ignorar tais circunstâncias que notadamente lhe tiram o caráter de criminoso inapto à ressocialização.

Apresentando outro viés para a possibilidade de aplicação da pena aquém do mínimo legal em virtude de circunstâncias atenuantes, e conseqüente necessidade de superação do enunciado nº 231, Rogério Greco pondera que o STJ realizou uma interpretação *contra legem*, tendo em vista que o advérbio “sempre” utilizado na redação do art. 65 do Código Penal abrangeria, inclusive, os casos em que já fora fixada pena no mínimo legal. Nesse sentido, vale conferir suas ponderações (2011, p. 166/167):

“Essa, infelizmente, tem sido a posição da maioria de nossos autores, bem como de nossos tribunais, que, numa interpretação *contra legem*, não permitem a redução da pena-base, em virtude da existência de uma circunstância atenuante, se aquela tiver sido fixada em seu patamar mínimo. [...] Dissemos que tal interpretação é

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

O posicionamento de Greco²⁰ é importante, pois até mesmo um dos membros do Ministério Público está sensível à problemática imposta pela jurisprudência do STJ, e sente a necessidade de interpretação diversa. (GRECO, 2011)

Nesse sentido, ousamos dizer que muitos outros membros do órgão estatal acusatório são partidários do posicionamento de Greco, e também estão postulando pela necessidade de cancelamento do enunciado de súmula, tendo em vista a gravidade de injustiças que pode causar.

Claro que se o órgão acusador apresenta argumentos para a superação do enunciado de súmula hoje vigente, a advocacia de defesa não poderia ficar atrás, razão pela qual Celso Delmanto, conceituado advogado criminal, advoga a tese contrária ao entendimento pátrio hoje. (DELMANTO, et al., 2010)

Embasado nos ensinamentos de James Tubenclak, Agapito Machado e Miguel Loebman - autores que mesmo antes da edição do enunciado de súmula postulavam pela possibilidade de as atenuantes reduzirem a pena abaixo do mínimo legal – Delmanto propõe vários argumentos contrários à súmula, iniciando com o fato de que a reforma operada na parte geral do Código Penal em 1984 não colocou nenhuma norma expressa que vedasse a aplicação da analogia *in bonam partem*, bem como a equidade e a melhor individualização da pena. (DELMANTO, et al., 2010)

A possibilidade de uma redução da pena abaixo do mínimo legal decorre, também, de uma analogia que se pode realizar no âmbito do próprio Código Penal. Dentro do crime de homicídio temos como causa especial de diminuição de pena o fato de o homicídio ter sido cometido por agente impelido de relevante valor social

²⁰Rogério Greco é Procurador de Justiça pelo estado de Minas Gerais

ou moral, o que reduz a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3(um terço)²¹. Porém, temos o motivo de relevante valor social ou moral como atenuante genérica, prevista no art. 65, inciso III, alínea “a” do Código Penal, e aí surge a principal indagação: por que permitir a redução da pena abaixo do mínimo legal para o homicídio, enquanto que o mesmo motivo previsto como circunstância atenuante não reduziria a pena para crimes menos graves? (DELMANTO, et al., 2010)

Trata-se de uma simples interpretação analógica, mas que cria uma pergunta sem resposta razoável à manutenção do entendimento do STJ, e que se mostra de suma importância para a superação do enunciado de súmula. Além disso, realiza uma comparação entre réus com circunstâncias judiciais semelhantes, porém um com circunstâncias atenuantes favoráveis e outro sem nenhuma circunstância atenuante.

Se formos aplicar a literalidade do art. 65 do Código Penal, seria perfeitamente possível a redução da pena aquém do mínimo legal, e tal redução ainda estaria de acordo com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e individualização da pena. Em contrapartida, se decidíssemos pela aplicação do enunciado 231 da Súmula do STJ, haveria uma clara violação do princípio da individualização da pena, pois estaríamos aplicando a mesma pena a dois réus, porém, cada qual com suas peculiaridades casuísticas.

Portanto, a obediência ao entendimento do STJ desvaloriza as circunstâncias atenuantes, por haver um desestímulo em sua aplicação, tal é a lição de Celso Delmanto (DELMANTO, et al., 2010, p. 301):

“Permitimo-nos aduzir um outro argumento: atualmente, dois corréus acusados do mesmo crime, ambos com circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59), não havendo nenhuma agravante (arts. 61 e 62) ou causas especiais de aumento ou diminuição da pena, com a diferença de um ser menor e ter confessado (atenuantes do art. 65, I, primeira parte, e III, d), a sanção para os dois será a mesma, ou seja, o mínimo cominado, por inexistência de fundamento legal para exacerbar a do maior que não confessou e, segundo o entendimento tradicional, para diminuir abaixo do mínimo a do menor que não confessou.” [...] “Com isso, desvalorizam-se atenuantes de primeira grandeza como a menoridade e a confissão, *desestimulando* esta última, que dá ao julgador, quando feita em juízo, sob o contraditório,

²¹Art. 121, § 1º - Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).

a certeza moral da condenação. Tais exemplos, a nosso ver, demonstram a *incoerência* e a *injustiça* da solução preconizada pela posição predominante.”

Nos ensinamentos de Luiz Regis Prado, a reforma do Código Penal em 1984, que atribuiu uma fase na dosimetria da pena para análise das circunstâncias agravantes e atenuantes por si só já autorizaria a redução da pena aquém do mínimo legal em virtude de uma atenuante. (PRADO, 2011).

No sistema anterior à Lei nº 7.209/84, havia apenas duas fases, e as atenuantes eram ponderadas na primeira fase de dosimetria da pena, estando, portanto, limitadas aos limites mínimos cominados para o tipo penal. Entretanto, com o advento de uma fase única e exclusivamente para análise das circunstâncias atenuantes e agravantes, as penas não necessitariam ficar, obrigatoriamente, adstritas aos limites mínimos, em razão de serem circunstâncias que vêm de fora do núcleo do tipo, e como tais, necessitam de serem levadas em consideração. (PRADO, 2011)

No mesmo sentido se posiciona Cezar Roberto Bitencourt, lecionando que o entendimento do Enunciado nº 231 decorre de uma interpretação analógica desautorizada pela lei, a qual está baseada na norma proibitiva consistente no art. 48 do Código Penal anterior à alteração de 1984.

O art. 48, parágrafo único²², do Código Penal de 1940, estabelecia uma causa especial de diminuição de pena, mas que previa expressamente que a pena não podia ficar abaixo do mínimo legal. Portanto, realizando uma interpretação analógica, equivocada, a doutrina e a jurisprudência defensora, do enunciado de súmula, se basearam nesse dispositivo anterior e estenderam sua aplicação para as atenuantes na segunda fase de fixação da pena pelo método trifásico. (BITENCOURT, 2013)

Ademais, o seu magistério ensina que o art. 65 é uma norma cogente em sua redação – ao utilizar o advérbio sempre – e como tal se mostra como norma de ordem pública, cuja aplicação é obrigatória. (BITENCOURT, 2013)

²² Art. 48 [...] **Atenuação especial da pena**

Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até a metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido.

Ainda, Bitencourt (2013, p. 783) apresenta uma observação a respeito da ilegalidade que o magistrado cometeria caso fixasse a pena-base acima do mínimo legal, apenas para evitar o conflito com o STJ, no caso de existir alguma circunstância atenuante. Logo, a questão envolve diretamente a responsabilidade do magistrado, confira-se:

“Será igualmente desabonador fixar a pena-base acima do mínimo legal, ao contrário do que as circunstâncias judiciais estão a recomendar, somente para simular, na segunda fase, o reconhecimento de atenuante, previamente conhecida do julgador. Não é, convenhamos, uma operação moralmente recomendável, beirando a falsidade ideológica.”

Por todo o exposto, fica claro que tanto a doutrina quanto a jurisprudência apresentam argumentos sólidos para a superação do enunciado nº 231 do Superior Tribunal de Justiça. Por outro lado, os argumentos favoráveis à manutenção do enunciado são limitados e precários.

Portanto, em que pese não termos esgotados todos os doutrinadores de renome e todos os julgados importantes contrários ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, fica claro que mesmo com a predominância de posicionamentos no sentido de manutenção do enunciado, existem muitas questões pertinentes que afrontam essa posição majoritária, por entender ser contrário à própria dicção legal, bem como por violar claramente princípios constitucionais, devendo, assim, serem discutidas mais cuidadosamente.

3.2 O Vínculo entre a Decisão Judicial e o Enunciado nº 231 do STJ

Uma das grandes discussões em torno do enunciado 231 do Superior Tribunal de Justiça diz respeito ao enorme poder conferido aos magistrados caso pudessem fixar a pena abaixo do mínimo legal. Para alguns, a superação do entendimento do STJ implica diretamente em permitir ao magistrado aplicar a pena que bem entender, inclusive podendo reduzi-la a zero. (VIANNA, 2007)

Assim, o magistrado possuiria um enorme poder em suas mãos podendo aplicar uma pena totalmente arbitrária, razão pela qual, o STJ pacificou o entendimento em questão, para evitar que o magistrado transfira para o processo seus ânimos e humores na aplicação da pena.

Todavia, devemos notar que ao aplicar uma pena, e caso entenda de forma contrária aos ditames do Superior Tribunal de Justiça, o magistrado não estará realizando uma atuação arbitrária, mas sim estará utilizando uma discricionariedade conferida pelo próprio código penal.

Conforme já salientamos previamente, a lei penal não determinou um quantitativo de redução da pena para o caso de incidência das atenuantes, limitou-se a dispor que tais circunstâncias sempre atenuariam a pena. Nesse sentido, verifica-se que houve uma omissão legislativa ao deixar que o quantitativo a ser agravado ou atenuado se sujeitasse a uma ponderação do juiz. (TELES, 2004)

Portanto, tal discricionariedade concedida ao magistrado se mostra oportuna e adequada, na medida em que o direito é um constructo, e nos casos criminais podem haver tantas variáveis que uma atenuante muito importante em um caso, pode não ser tão relevante em outro. Como a lei penal não pode se aplicar sozinha, fica a cargo do magistrado realizar um juízo de ponderação e valoração para solucionar os casos levados ao crivo do judiciário.

Logo, o magistrado deve fazer uma análise não só da lei penal, mas do direito como um todo, para que se possa aplicar uma pena adequada e propensa a atingir as finalidades específicas do direito penal. Conforme salienta Ney Moura Teles (2004, pg. 423):

“As circunstâncias atenuantes estão enumeradas nos arts. 65 e 66 do Código Penal. Incidente uma delas, impõe-se a diminuição da pena aplicada, em quantidade que o juiz determinar, conforme entenda necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Não há, como já disse, determinação legal sobre o *quantum* da atenuação, e, como entendemos, pode ser a pena fixada abaixo do grau mínimo.”

Importante salientar que a aplicação das atenuantes abaixo do mínimo legal não reflete uma arbitrariedade do magistrado, mas sim uma discricionariedade conferida pela própria lei, posto que o juiz é o único capaz de analisar o caso concreto, ponderar todas as circunstâncias, e decidir da melhor forma possível para chegar a um ideal de justiça.

A arbitrariedade é um reflexo dos próprios valores e critérios pessoais utilizados pelo o juiz (cuja utilização se mostra totalmente ilegal), o que não se confunde com discricionariedade, que trata de uma margem de liberdade conferida

pela lei, a fim de que se possa atingir as finalidades almejadas pela lei em um determinado caso concreto, sempre submetida à uma motivação da decisão tomada. (CAPEZ, 2010)

Portanto, ao magistrado é conferida uma discricionariedade, entretanto, tal discricionariedade não é absoluta, está restrita aos princípios gerais de direito, e vinculada à necessidade de fundamentação das sentenças. (TELES, 2004; NUCCI, 2007)

Assim, além de vermos que a superação do enunciado 231 não implicaria em uma insegurança jurídica por conferir poderes extremos aos juízes, devemos ver, também, que a sentença judicial, como mecanismo que exaure a jurisdição e que conterà o entendimento acerca do enunciado, está sujeita a alguns requisitos formais, sendo o principal deles a motivação.

Em qualquer área do direito, a função do magistrado ultrapassa a simples aplicação da lei, pois o legislativo ao elaborar as normas não consegue esgotar todas as hipóteses possíveis que podem ocorrer no caso concreto, e assim, prevendo de forma genérica alguns casos, deixa a cargo do juiz a aplicação do direito como um todo.

Então, o juiz, como operador do direito, e única pessoa capaz de analisar julgar o caso concreto buscando um ideal de justiça, deve adequar a lei e todo o direito a um caso concreto para solução do conflito. Ou seja, compete ao juiz não só aplicar a lei pura e secamente, mas também, observar os costumes, princípios gerais de direito e realizar uma ponderação entre isso tudo, com os ditames da lei, para sentenciar. (LOPES JÚNIOR, 2010)

Mas daí surge uma pergunta: como o magistrado explica o que foi priorizado no caso e o por que dessa preferência? Transferindo tal questionamento para a discussão do enunciado 231, poderíamos ter a indagação: como o magistrado explica o por que da redução, ou não, da pena abaixo do mínimo legal, e qual foi o seu motivo?

A resposta para ambas as perguntas se mostra simples: através da fundamentação da sentença. É na fundamentação de sua decisão que o magistrado

irá expor os motivos que o levou a decidir contrariamente o STJ, e o que preponderou em sua decisão. (LOPES JÚNIOR, 2010)

Conforme explica Fernando Capez (2010, p. 511), vemos que a motivação ou fundamentação da sentença é o que nos permite entender a razão de sua decisão, mas também se mostra uma forma de controle contra eventuais abusos do julgador, cuja decisão está sempre sujeita ao duplo grau de jurisdição.

“Motivação (ou fundamentação), requisito pelo qual o juiz está obrigado a indicar os motivos de fato e de direito que o levaram a tomar a decisão(art. 381, III). É também garantia constitucional de que os julgamentos dos órgãos do poder judiciário são públicos e ‘fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade’ (art. 93, IX da CF – com redação determinada pela EC n. 45/2004).”

Portanto, a prolação de uma sentença em desacordo com o entendimento do STJ não importa necessariamente em um abuso do magistrado por decidir de forma arbitrária. Mas sim, importa em uma tentativa do magistrado em garantir da forma mais ampla possível os direitos dos réus condenados, de forma que fundamentará a sua sentença visando adequar da melhor forma possível o direito ao caso concreto.

Desse modo, fica claro que toda a arte de solução dos casos concretos depende de uma subjetividade, interpretação e prudência do magistrado para que se possa chegar o mais próximo possível da justiça. (LOPES JÚNIOR, 2010)

E, sensível a essa questão, o Congresso Nacional apresentou o Projeto de Lei nº 3.473/2000, que busca conferir uma subjetividade maior à dosimetria da pena, para que não sejam violados os direitos do acusado. Assim, tal projeto busca a inserção de um dispositivo no Código Penal (art. 68-A), para que o juiz possa realizar um juízo de ponderação, e em determinados casos adequar a pena fora do sistema trifásico, reduzindo-a ou aumentando-a. (BRASIL, 2000, Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19717>>. Acesso em: 23 set. 2013)

Contudo, tal projeto de lei ainda não foi objeto de votação em plenário, e mesmo que aprovado não sanará a discussão referente ao enunciado em questão, necessitando de uma imediata revisão do entendimento sumulado pelo STJ, em que pese, já apresentar um avanço em termos de liberdade do magistrado para decidir mais adequadamente a pena ao caso concreto.

CONCLUSÃO

No Direito Penal, a fixação da pena com observância das normas prescritas no Código Penal, juntamente com análise dos princípios constitucionais, é medida que se impõe indispensável ao magistrado, para que possa ser garantido o ideal de justiça.

A sentença ou acórdão que vai condenar um réu e estabelecer a pena a ser cumprida é o ato jurídico perfeito que finaliza o processo penal. E, como elemento que põe termo ao processo, deve transmitir uma segurança jurídica ao condenado, de modo que não responda de maneira mais grave, ou branda, ao delito cometido, mas que traduza uma pena proporcional ao seu crime.

Assim, um bom conhecimento acerca das questões típicas da dosimetria da pena, tal qual os princípios constitucionais aplicáveis, o sistema trifásico de aplicação da pena e as principais discussões que integram todo o método de determinação da pena, é um requisito essencial à qualquer operador do direito atuante na área criminal.

Ademais, ter uma visão crítica dos institutos e das principais discussões relativas à dosimetria da pena também se mostra importante para qualquer acadêmico de direito, ainda mais quando os juristas se degladiam por meio de argumentos jurídicos, que aos poucos modelam o nosso ordenamento.

Assim, foi possível visualizar a importância da correta dosimetria da pena com suas peculiaridades, de modo que esta refletirá na privação de um dos direitos mais preciosos do ser humano, a liberdade.

Um réu que seja condenado não deve ficar a mercê de arbítrios e humores, mas deve ter assegurado seu direito a uma pena proporcional e individualizada, para que arque com sua falta perante a sociedade, sem responder por ato que não cometeu.

Portanto, abordamos, ao longo de três capítulos, os principais requisitos e circunstâncias que gravitam em torno da fixação da pena, realizando, também, um paralelo com o caminho que o magistrado deve percorrer para se chegar a pena definitiva e individualizada.

O conhecimento acerca do método trifásico adotado pelo código penal, bem como todas as circunstâncias que o integram foram abrodados nos dois primeiros capítulos, permitindo ao leitor ter uma visão mais detalhada acerca da fixação da pena.

Ainda, colocamos em pauta a maior discussão existente acerca da dosmetria da pena, que reside no Enunciado nº 231 do STJ, situando o problema no âmbito do sistema trifásico e apresentando as principais violações e consequências que o presente Enunciado apresenta.

Logo, o prévio conhecimento do histórico dos sistemas de fixação da pena, bem como todo o método utilizado pelo magistrado para determinar uma pena ao caso concreto são de suma importância para que se possa debater a necessidade de manutenção ou superação do enunciado de súmula.

Apesar de firmado o entendimento de que as atenuantes não reduzem a pena abaixo do mínimo legal, vimos que a discussão ainda se mostra atual e implica em sérias violações ao direito brasileiro, inclusive, ferindo direitos subjetivos dos réus, como o direito à correta individualização da pena.

Ademais, a questão envolve uma séria discussão no âmbito constitucional, vez que fere diversos princípios constitucionais e princípios penais, tais como da proporcionalidade e da própria individualização da pena.

Assim, colocamos em contraposição o entendimento que embasa a manutenção do enunciado de súmula com vários posicionamentos contrários a tal enunciado, o que permitiu concluir que existem muito mais argumentos no sentido de superação da súmula, que de manutenção.

A discussão, possui uma relevância extremamente prática, pois mesmo que o enunciado tenha sido editado a mais de dez anos atrás, a pesquisa demonstrou que a discussão perdura até os dias atuais com a existência de importantes precedentes jurisprudenciais dos tribunais.

Portanto, o presente trabalho buscou permitir ao leitor conhecer todas as questões que envolvem a correta aplicação da pena, bem como elaborar um juízo crítico acerca da principal discussão nessa área, evitando, assim, que simplesmente se submetam ao posicionamento sumulado pelo STJ e o aplique de maneira mecanizada sem realizar nenhum tipo de reflexão anterior.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. ed. especial. Rio de Janeiro: Saraiva de Bolso, 2011;

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1;

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006;

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3473/2000*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19717>>. Acesso em: 23 set. 2013;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 146.056/RS*. Quinta Turma Criminal, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 07/10/1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199700604985&dt_publicacao=10/11/1997>. Acesso em: 22 set. 2013;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no REsp nº 819.339/SP*. Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 22/03/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28819339.NUME.+OU+819339.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nsrqzak>>. Acesso em: 11 set. 2013;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 85673/PA*. Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 31/05/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885673.NUME.+OU+85673.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/be9jxcs>>. Acesso em: 11 set. 2013;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 597270/RS*. Plenário, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 26/03/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28597270%2ENUME%2E+OU+597270%2EPRCR%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20090326%29&base=baseRepercussao>>. Acesso em: 30 set. 2012;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Apelação Criminal nº 175895*. Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto, julgado em 04/04/2003. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-in/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62730,54026,22969&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=175895>>. Acesso em: 30 set. 2012;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70020082814*. Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Aramis Nassif, julgado em 11/07/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70020082814&tb=jurisnova&partialfields=tribunala%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AAramis%2520Nassif&as_q=>>. Acesso em: 14 set. 2013;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70017019944*. Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton, julgado em 23/05/2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70017019944&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunala%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=Relator%3AGenac%25C3%25A9ia%2520da%2520Silva%2520Alberton&as_q=>>. Acesso em: 14 set. 2013;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Sergipe. *Apelação Criminal nº 1273*. Câmara Criminal, Rel. Des. Edson Ulisses de Melo, julgado em 03/05/2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjse.jus.br/search?q=cache:Du3oH2m2kMcJ:www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp%3Ftmp_numprocesso%3D2010319429%26tmp_numacordao%3D20115521+1273+&client=juris_sg&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris_sg&ie=UTF-8&site=sg-acordaos&access=p&filter=0&getfields=*&oe=UTF-8>. Acesso em: 11 set. 2013;

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal: parte geral*. 7 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007; v. 3;

DELMANTO, Celso. et. al. *Código Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2003;

GONTIJO, André Pires. *A Revisão do Enunciado nº 231 da Súmula do STJ: por uma máxima efetividade da força normativa do princípio da individualização da pena*, 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15468-15469-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 de ago. de 2013;

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5 ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011;

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral, arts. 1º a 120*. 11 ed. Niterói/RJ: Impetus, 2009;

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 3;

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed. Sérgio Antonio Fabris. Porto Alegre, 2003;

MELO, Edson Ulisses de. *O princípio da Individualização da Pena em Confronto Com a Súmula 231 do STJ*. Revista da ESMESE, nº 17, ano 2012, p. 65-91. Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/17.pdf#page=65>>. Acesso em: 05 de ago. de 2013;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

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

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. 10 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2011. v.1;

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: parte geral*. 7ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

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

VIANNA, Renata de Castro. A Súmula nº 231 do STJ: Breve Discussão sobre a súmula nº 231 do STJ e seus reflexos constitucionais. *Justilex: Revista Jurídica*, nº 68, ago. 2007. p. 28-31. v. 6;

ZIMMERMANN, Dagma. *Súmulas do STJ comentadas*: Coleção: Operadores do Direito. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2002. v. 1.