



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

DANIELA BARROSO STRIEDER

**A INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA SÚMULA 231 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

BRASÍLIA – DF

2015

DANIELA BARROSO STRIEDER

**A INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA SÚMULA
231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Marcus Vinicius Reis Bastos.

BRASÍLIA – DF

2015

DANIELA BARROSO STRIEDER

**A INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Marcus Vinicius Reis Bastos.

Brasília/DF, ... de ... de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Marcus Vinicius Reis Bastos
Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Dedico este trabalho às minhas bisavós, que sempre foram exemplos de mulheres fortes, aos meus pais, meu irmão e ao Raphael P. Miller, que me incentivaram e me deram todo o apoio para que a conclusão deste fosse possível.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço ao meu mestre e orientador Marcus Vinicius Reis Bastos, pelo incentivo, apoio e encorajamento, contínuos, desde o nosso primeiro contato; aos demais mestres da casa, pelos conhecimentos transmitidos; à minha família, em especial meus pais e meu irmão, e ao meu namorado Raphael Pereira Miller, por toda ajuda que me deram, pela paciência para comigo, e por sempre estarem presentes, mesmo nos momentos mais difíceis, fazendo possível mais essa vitória.

RESUMO

O presente trabalho de monografia tem o objetivo de analisar, sob a perspectiva constitucional e legal, a súmula número 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que foi publicada em 1999, com o objetivo de impedir a redução da pena aquém do mínimo legal pela incidência das circunstâncias atenuantes. Inicialmente explica-se a evolução do Direito Brasileiro, das suas constituição e do seu Direito Penal, a fim de que se entenda que, em decorrência de uma série de acontecimentos mundiais, hoje o Direito Penal Brasileiro não mais possui um caráter meramente vingativo, mas sim educativo, que visa a reinserção do sujeito à sociedade e o desencorajamento da conduta delitiva. Neste contexto, foca-se na questão dos princípios constitucionais e dos princípios constitucionais penais. Em seguida, é feita uma análise da possibilidade do rompimento do mínimo legal e demonstrada a divergência doutrinária acerca do assunto. Ao final, aborda-se a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando-se os seus precedentes e os argumentos que ensejaram sua criação.

Palavras-chave: Fixação da pena. Circunstâncias atenuantes. Rompimento do mínimo legal. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This dissertation aims review legal and constitutional points of the Súmula 231 of Superior Tribunal de Justiça, published in 1999, to stop the sentence reduction below the legal minimum when applied the extenuating circumstances. Initially is explained the evolution of Brazilian rights, the constitutions and the criminal law, to make possible understanding that in result of a series of world events, the criminal law today no longer has a vengeful character, but it has educative character, aimed the reinsertion of the person to the society and the criminal conduct discouragement. In this way the focus is the constitutional principles and the criminal constitutional principles. Then the possibility of disruption of the legal minimum is parsed and the doctrinal disagreement on the subject is shown. At the end, the Súmula. 231 of Superior Tribunal de Justiça is approached, showing its precedents and the arguments that gave rise to it.

Keywords: Sentencing. Extenuating circumstances. Disruption of the legal minimum. Súmula 231 of Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. DOSIMETRIA DA PENA	11
1.1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA.....	11
1.1.1. Constituição Política do Império do Brasil e o Código Criminal do Império do Brasil	11
1.1.1.1. A Constituição	11
1.1.1.2. O Código Criminal	12
1.1.2. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil e o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil	13
1.1.2.1. A Constituição	13
1.1.2.2. O Código Penal	13
1.1.3. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil e a Consolidação das Leis Penais de Piragibe	14
1.1.3.1. A Constituição	14
1.1.3.2. O Código Penal	15
1.1.4. Constituição dos Estados Unidos do Brasil	15
1.1.5. Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Código Penal de 1940	16
1.1.5.1. A Constituição	16
1.1.5.2. O Código Penal	17
1.1.6. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e as Alterações do Código Penal	18
1.1.6.1. A Constituição	18
1.1.6.2. O Código Penal	19
1.1.7. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	19
1.2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	20
1.2.1. Princípio da Legalidade	21
1.2.2. Princípio da Proporcionalidade	22
1.2.3. Princípio da Individualização da Pena	23

1.3. CÁLCULO DA PENA.....	24
1.3.1. Primeira Fase – A <i>pena-base</i>	26
1.3.2. Segunda Fase – A <i>pena provisória</i>	26
1.3.3. Terceira Fase – A <i>pena definitiva</i>	38
2. ATENUANTE E O ROMPIMENTO DO MÍNIMO LEGAL.....	29
2.1. A DOCTRINA MINORITÁRIA E A POSSIBILIDADE DA REDUÇÃO DA PENA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA	31
2.2. A DOCTRINA MAJORITÁRIA E A IMPOSSIBILIDADE DA REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL DURANTE A SEGUNDA FASE DO CÁLCULO DA PENA	33
3. A SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OS CONTRA-ARGUMENTOS	35
3.1. Até Onde os Costumes Podem Interferir no Direito Penal?	37
3.2. Entendimento Análogo dos Artigos 59 e 67, do Código Penal	40
3.3. Analogia e o Direito Penal	43
3.4. “Pena Zero” e Estipulação da Pena “ <i>ad absurdum</i> ”	47
3.5. A Aplicação Limitada das Atenuantes e o Consequente Favorecimento às Contravenções Mais Graves	49
3.6. A Desvalorização da Confissão Espontânea	52
3.7. Somente As Causas de Aumento e de Diminuição Permitem a Fixação da Pena Aquém ou Além dos Limites Previstos no Tipo.....	53
3.8. Prevalência da Norma Superior	53
3.9. A Súmula <i>contra legem</i>	57
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

O objetivo da presente monografia é analisar o texto da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, sob uma perspectiva constitucional e legal, demonstrando os diversos aspectos de contradição entre a súmula e a Constituição e a súmula e o Código Penal.

Para a criação de uma lei, o legislador deve respeitar as normas Constitucionais, que são hierarquicamente superiores a todas as outras normas do ordenamento jurídico brasileiro. Após essa observância, ele poderá criar um texto de uma lei ordinária sem ferir quaisquer dos princípios estabelecidos na Carta Magna.

Para a interpretação das normas, o magistrado, que é uma figura aplicadora da lei, deve ficar adstrito aos princípios constitucionais e ao texto legal, sendo-lhe permitido o uso da analogia e dos costumes apenas nos casos em que a lei for obscura ou omissa, todavia sendo-lhe vedada a não observância dos princípios constitucionais ao momento da interpretação da lei, bem como lhe é vedada a possibilidade de criação de uma nova lei, pois esse é um papel exclusivo do legislador.

Após a interpretação do texto normativo, é possível que diversos magistrados julguem casos similares de uma mesma forma, o que gera a “jurisprudência”, e, do conjunto de jurisprudências, poderá surgir uma Súmula, que nada mais é do que uma uniformização de jurisprudências.

Fica claro de perceber que as normas infraconstitucionais decorrem das Constituições e que as Súmulas decorrem das interpretações de ambas. Desta feita, constata-se que, hierarquicamente, uma súmula é inferior à lei ordinária e uma lei ordinária é inferior à Constituição Federal. Portanto, a criação das Súmulas é admissível (e muito comum no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de pacificar questões passíveis de controvérsias), mas ela deve respeitar tanto a lei ordinária quanto a Constituição. Caso contrário, tratar-se-á de uma Súmula *contra legem*.

A Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que será debatida na presente dissertação, surgiu da interpretação que diversos legisladores deram ao texto penal, utilizando-se de analogia e costumes. Em assim sendo, o objetivo do presente trabalho será abordar, no possível, a extensão da Súmula 231/STJ, seu surgimento, os argumentos que a sustentam e que direcionaram a decisão do Superior Tribunal de Justiça, bem como tecer comentários e esmiuçar os

argumentos contrários à Súmula, tratando, principalmente, do Princípio da Individualização da Pena e Princípio da Legalidade.

Desta maneira, serão abordados neste trabalho os Princípios Constitucionais e a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Para uma melhor compreensão da problemática apresentada, faz-se necessária uma apresentação da evolução legislativa brasileira, a fim de evidenciar a importância dos Princípios Constitucionais, e demonstrar a forma que tais princípios interferem no Direito Penal Brasileiro. Por fim, é indispensável detalhar a Súmula 231, demonstrando sua origem, seus precedentes e os argumentos que a sustentam.

Enfim, ao final da abordagem de um contexto histórico e de todos os conceitos envolvidos, será apresentada a fundamentação que orienta a doutrina minoritária, em contraposição com os argumentos do STJ e da doutrina majoritária defensora da Súmula.

1. DOSIMETRIA DA PENA

1.1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Antes de adentrar no mérito da dosimetria da pena, é preciso entender que a Constituição Brasileira sofreu diversas alterações, sendo a atual Constituição vigente a sétima Constituição do Brasil e o Código Penal acompanhou, e mantém-se acompanhando essas alterações.

É importante frisar que, conforme será abordado, o último Código Penal produzido no Brasil, ainda em vigor, é de 1940 e, após sua decretação, o surgiram outras três constituições, apresentando diferenças grotescas entre uma e outra, principalmente quanto às garantias individuais. Todavia, apesar de o Código Penal em vigor ser mais velho (1940) do que a atual Constituição (1988), não é esta quem deve obedecer àquele, mas sim o oposto.

O Código Penal é uma norma infraconstitucional. Trata-se de uma Lei Ordinária que, se de encontro à Constituição, será considerada nula. Víctor Gabriel Rodríguez¹ leciona que a interpretação do texto penal deve ser feita a partir do texto constitucional, observando-se tanto os Direitos e Garantias Fundamentais, enunciados no artigo 5º da Carta Magna, quanto o grau hierarquicamente superior da Constituição, legitimadora (e limitadora) da intervenção penal e, ao mesmo passo, sistematizadora das obrigações mínimas de intervenção penal, ou seja, estipula os limites de minimalização que devem existir.

1.1.1. Constituição Política do Império do Brasil e o Código Criminal do Império do Brasil.

1.1.1.1. A Constituição

A primeira Constituição brasileira foi outorgada em 25 de março de 1824, pelo Imperador D. Pedro I, e foi elaborada por um Conselho de Estado². Nesta percebeu-se um progresso nos direitos fundamentais e demais garantias, pois, à

¹ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 79.

² BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

época, o Brasil foi fortemente influenciado pelos ideais liberais³ oriundos da Revolução Francesa, esta responsável por espalhar pelo mundo os pressupostos da liberdade, igualdade e fraternidade.

Neste mesmo contexto histórico, o Brasil viu-se também influenciado pela independência norte-americana, que provou a capacidade de organização de um Estado de direito e soberano no Novo Mundo, de modo que foi proclamada a independência do Brasil, em 1822⁴.

Assim, o nascimento da primeira Constituição do Brasil ocorreu ao longo da transição do Estado absolutista para o Estado liberal, o Brasil, à época, acabara de tornar-se independente, e foi marcada pela constitucionalização dos direitos, influenciada pelos princípios da Revolução Francesa, porém gerando algumas contradições, pois manteve, por exemplo, a escravidão e o voto restrito aos homens e censitário (de acordo com a renda)⁵.

1.1.1.2. O Código Criminal

Quanto ao Direito Penal da época, a Constituição de 1824, em seu art. 179, XVIII, estipulou a necessidade de ser organizado, “o quanto antes, um Código (sic) Civil, e Criminal, fundado nas solidas (sic) bases da Justiça e Equidade”⁶ e aboliu os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, todas as penas cruéis e que a pena passasse da pessoa do condenado, estabelecendo ainda que as cadeias deveriam ser seguras, limpas, bem arejadas, havendo a hipótese de separação de penitenciárias de acordo com o crime.

Em resposta à Constituição, D. Pedro sancionou, em 16 de dezembro de 1830, o Código Criminal do Império do Brasil⁷, norteado pelos princípios da Revolução Francesa, buscando o reconhecimento da liberdade, igualdade e fraternidade, prevendo a anterioridade da lei (art. 1º e art. 179, XI), a individualização da pena (art. 179, XX), a existência de atenuantes e agravantes (artigos. 15 a 17), julgamento especial aos menores de quatorze anos (art. 10, 1º) e a pena de morte

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 97.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 5 ed. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 39.

⁵ SENADO FEDERAL. *Introdução ao direito constitucional*. Turma 08. Instituto Legislativo Brasileiro. Apostila, disponível em: <<http://saberes.senado.leg.br/>>. Acesso em: out. de 2014.

⁶ BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

⁷ BRASIL. Código Criminal (1830). *Código Criminal do Império do Brasil*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

em casos específicos, ocorrendo apenas na força (art. 38), não podendo ser atribuída a crimes tentados ou à mulher gestante (art. 34 e art. 43, consecutivamente). Todavia, o Estado ainda não havia se separado da igreja, por isso o Código mantinha-se com algumas falhas.

1.1.2. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil e o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil

1.1.2.1. A Constituição

A segunda Constituição do Brasil surgiu ao fim do período Brasil Império, diante da instauração da República brasileira, no ano de 1891⁸, tendo sido promulgada com o nome de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 24 de fevereiro deste mesmo ano⁹.

Neste contexto, o Brasil tornou-se uma República Federativa em 15 de novembro de 1889, por meio do Decreto nº 1, redigido por Rui Barbosa¹⁰. Como decorrência deste fato, surgiu a Constituição da República Federativa, que instituiu a tripartição dos poderes¹¹, nos moldes preconizados por Montesquieu¹².

Em respeito aos direitos fundamentais, esta segunda Constituição os aprimorou, extinguindo algumas penas cruéis como a de galés, a de banimento e a de morte, persistindo esta última somente na legislação militar, em tempos de guerra e ainda foi constitucionalizada, pela primeira vez, a garantia ao *habeas corpus*¹³ – art. 72, § 22 -.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 5 ed. Brasília: OAB Editora, 2004 p. 257/258.

⁹ BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*, disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 107.

¹¹ *Ibidem*. p. 108.

¹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes/Montesquieu*; introdução, tradução e notas de Pedro Viena Mota. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 168 *et seq.*

¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.* p. 109.

1.1.2.2. O Código Penal

Em decorrência da instauração da República e da nova Constituição, em 11 de outubro de 1890¹⁴, foi publicado o Decreto N° 848, o Código Criminal da República que, em observação ao texto constitucional, que proibiu as galés, a pena de morte e o banimento judicial.

O Código Penal instalou o regime penitenciário de caráter correccional e passou a contemplar a pena de prisão, o banimento de caráter temporário, a interdição e a suspensão e perda do emprego público e multa.

1.1.3. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil e a Consolidação das Leis Penais de Piragibe

1.1.3.1. A Constituição

A terceira Constituição brasileira é marcada pelo período histórico em que está inserida. Após a “Revolução de 1930”, ascendeu ao poder Getúlio Vargas, por meio de um governo provisório. Neste período, a Constituição de 1891 foi revogada e o Congresso Nacional dissolvido¹⁵.

Apesar do avanço em algumas áreas¹⁶ ao longo do Governo Provisório, como, por exemplo, no Código Eleitoral, que apresentava agora sufrágio universal, direto e secreto, englobando voto feminino e várias garantias trabalhistas (descanso semanal remunerado, férias remuneradas, licença-maternidade e jornada máxima de trabalho de 8 horas), o Brasil ainda encontrava-se sem Constituição.

Houve a “Revolução Constitucionalista de São Paulo”¹⁷, de julho a outubro de 1932, obrigando Vargas a convocar uma Assembleia Constituinte, a fim de promulgar uma Constituição, fato ocorrido em 16 de julho 1934¹⁸.

¹⁴ BRASIL. Decreto (1890). *Decreto n° 848, de 11 de outubro de 1890*. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm>. Acesso em: 26 de fev. de 2015.

¹⁵ BERNARDES, Juliano Taveira. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 113.

¹⁶ SENADO FEDERAL. *Introdução ao direito constitucional*. Turma 08. Instituto Legislativo Brasileiro. Apostila, disponível em: <<http://saberes.senado.leg.br/>>. Acesso em: out. de 2014.

¹⁷ FIGUEIREDO., & Vizeu, L. (1975). *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. [VitalSource Bookshelf version], disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5107-8/epubcfi/6/30>>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

Desta feita, o Brasil passou de Estado Liberal ou Estado de Direito para Estado Social de Direito, onde o Estado deveria garantir o mínimo para as pessoas poderem viver uma vida digna, apresentando uma Constituição, dentre outras características, mantenedora da forma republicana; assegurou o direito a voto universal, direto e secreto – abrangendo o voto feminino –; manteve o país laico, porém de forma mais amenizada do que a Constituição de 1891, onde o casamento religioso voltou a produzir efeitos civis e o ensino religioso em escolas públicas tornou-se facultativo; criou a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho e as Comissões Parlamentares de Inquérito; e previu, pela primeira vez, o Mandado de Segurança e a Ação Popular¹⁹.

1.1.3.2. O Código Penal

O Decreto nº 847 não foi bem aceito por Getúlio Vargas, tendo sido alvo de diversas críticas e gerou uma necessidade quase imediata de modificá-lo, mas como a modificação não podia ser feita de maneira imediata, surgiram várias leis para alterá-lo, tanto na classificação dos delitos, quanto na intensidade das penas, constituindo uma verdadeira bagunça no Direito Penal Brasileiro.

Diante das incertezas e da dificuldade de conhecer e aplicar a lei penal, geradas pelo Decreto e as leis posteriores que o alteravam, o desembargador Vicente Piragibe consolidou as leis extravagantes através do Decreto nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932²⁰, denominado Consolidação das Leis Penais de Piragibe²¹, que perdurou até 1940.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

¹⁹ SENADO FEDERAL. *Introdução ao direito constitucional*. Turma 08. Instituto Legislativo Brasileiro. Apostila, disponível em: <<http://saberes.senado.leg.br/>>. Acesso em: out. de 2014.

²⁰ BRASIL. Decreto (1932). *Decreto n. 22.213 ? de 14 de dezembro de 1932*. Aprova a Consolidação as Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe, disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=27379&norma=42869>>. Acesso em: 26 de fev. de 2015.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91.

1.1.4. Constituição dos Estados Unidos do Brasil

Influenciado pela Alemanha nazista e pelo regime fascista dominante da Itália, Getúlio Vargas realizou um golpe de Estado²², outorgando a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 10 de novembro de 1937²³, de cunho fascista, alcunhada de “A Polaca”²⁴, por possuir diversas semelhanças com a Constituição Polonesa de 1935, criando assim o Estado Novo.

A Constituição de 1937 apresentou diversos retrocessos no que diz respeito ao texto da Constituição de 1934, como, dentre outros, a extinção da Justiça Eleitoral, a dissolução dos partidos políticos e a eleição para Presidente da República passou a ser indireta.

No âmbito dos direitos fundamentais, os retrocessos²⁵ foram ainda maiores, havendo retirado do texto constitucional o Mandado de Segurança e a Ação Popular; o princípio da irretroatividade das leis praticamente deixou de ter eficácia; estabeleceu-se a censura prévia, restringindo-se o direito à liberdade de manifestação do pensamento e todos os jornais viram-se obrigados a inserir comunicações do Governo; passou a ser admitida a pena de morte para crimes políticos e para crimes de homicídio por motivo fútil; e a greve foi proibida.

Neste período mantinha-se o Código Penal de 1890 e a Consolidação de Piragibe.

1.1.5. Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Código Penal de 1940

1.1.5.1. A Constituição

Após entrar em uma crise política, ao término da Segunda Guerra Mundial, Getúlio Vargas viu-se obrigado a convocar eleições para Presidente do Brasil, e os militares depuseram-no em 1945²⁶.

²² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 118.

²³ BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

²⁴ PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras*, volume IV, 1937. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. p. 18

²⁵ SENADO FEDERAL. *Introdução ao direito constitucional*. Turma 08. Instituto Legislativo Brasileiro. Apostila, disponível em: <<http://saberes.senado.leg.br/>>. Acesso em: out. de 2014.

²⁶ BERNARDES, Juliano Taveira. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114.

As eleições foram vencidas por Eurico Gaspar Dutra, que convocou a Assembleia Constituinte e promulgou a Constituição do Brasil de 1946, em 18 de setembro do referido ano²⁷, cujo papel era o de redemocratizar o Brasil, sendo considerada por Celso Bastos²⁸ uma das melhores, se não a melhor, já feita, de forma que, tecnicamente, o autor a considera correta e ideologicamente, marcada por um pensamento libertário tanto no campo político quanto no campo social.

Dentre as principais mudanças, cabe destacar a proteção adequada aos direitos fundamentais, onde o Mandado de Segurança e a Ação Popular voltaram ao diploma constitucional; a pena de morte foi novamente vedada, salvo em tempo de guerra e de acordo com a legislação militar; e reconheceu-se, novamente, o direito de greve.

1.1.5.2. O Código Penal

Com o avanço da sociedade, a busca por direitos humanos e a aplicação de penas menos rígidas, durante a ditadura Vargas, Alcântra Machado²⁹ elaborou um anteprojeto de Código Penal, buscando consertar as irregularidades.

O projeto foi apreciado e aprovado, em 7 de dezembro de 1940, por uma Comissão Revisora³⁰, sendo publicado o Decreto-Lei n° 2.848³¹, em vigor até hoje, comumente conhecido como Código Penal Brasileiro.

Este novo código apresentava um rol de penas principais, sendo elas penas de reclusão de, no máximo, trinta anos – conforme disposto no art. 55³² –, e detenção para privação de liberdade e penas de multa, raramente substitutas das penas privativas de liberdade.

Foram apresentadas as penas acessórias no art. 67, as quais eram perda da função pública, interdições de direitos e publicação da sentença e admitia-se a possibilidade de cumulação de penas principais e acessórias.

²⁷ BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 126.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 91.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ BRASIL. Decreto (1940). *Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 de fev. de 2015.

³² *Ibidem*.

Outra inovação do Código foi a instauração das medidas de segurança, aplicáveis aos agentes “perigosos”, ou seja: doentes mentais ou agentes de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente ou parcialmente incapaz de entender a ilicitude de sua ação ou omissão, ao tempo do crime; os ébrios habituais condenados por crimes cometidos em estado de embriaguez; reincidentes em crimes doloso; e condenados filiados a associação, bando ou quadrilhas, com o propósito de educação e reinserção do agente à sociedade.

As medidas de segurança variavam entre as detentivas (art. 88, §1º): internação em manicômio judiciário, em casa de custódia e tratamento, em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional e as não detentivas (art. 88, § 2º): liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares e exílio local, sendo possível a imposição de uma pena somada à uma medida de segurança.

1.1.6. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e as Alterações do Código Penal

1.1.6.1. A Constituição

Após o golpe de 1964, houve a ascensão dos militares ao poder, e o Brasil passou a ser regido por Atos Institucionais³³, que já haviam, praticamente, determinado a anulação da Constituição de 1946. Então, em 24 de janeiro de 1967³⁴, os militares outorgaram uma nova Constituição.

A população viu-se completamente insatisfeita com os frequentes abusos de poder, o que acarretou diversas manifestações principalmente estudantis³⁵. Desta forma, o governo tentou calar os manifestantes, editando o Ato Institucional nº 5 de dezembro de 1968³⁶, gerando uma arbitrariedade nunca antes vista.

³³ BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 5 ed. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 433.

³⁴ BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm#art189>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 435/436.

³⁶ BRASIL. Ato institucional (1968). *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968*. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar

O Estado de polícia passou a tomar conta do país e a Constituição de 1967 deixou de ser levada em consideração, passando a ter caráter meramente encobridor do autoritarismo militar. Então, em 17 de outubro de 1969³⁷, foi publicada a Emenda Constitucional n° 01³⁸, que modificou o texto da Constituição de 1967, deixando-a ainda mais abusiva e autoritária.

Neste contexto, a Constituição de 1967 seguida da Emenda n° 1 de 1969, conforme leciona Celso Ribeiro Basto, permitiu a suspensão dos direitos e garantias constitucionais, reduzindo a autonomia individual, “no que se revela mais autoritária do que as anteriores.”³⁹

1.1.6.2. O Código Penal

O Código Penal de 1940 continuou vigente durante o período da ditadura militar, tendo sido alterado diversas vezes, mas sem nunca deixar de vigorar.

Dentre as alterações e revogações de artigos e projetos de leis produzidos neste período, as mais importantes mudanças foram as leis n° 6.416/1977⁴⁰, que alterou o rol das sanções e 7.209/1984⁴¹, que modificou a Parte Geral do Código Penal (artigos 1 a 120) por inteiro.

1.1.7. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Após vinte anos de ditadura e total desrespeito às garantias constitucionais, bem como aos direitos humanos, em 5 de outubro de 1988, foi

mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

³⁷ BRASIL. Emenda Constitucional (1969). *Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.* p. 447

³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 134.

⁴⁰ BRASIL. Lei (1977). *Lei n° 6.416 de 24 de maio de 1977*. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6416.htm>. Acesso em: 03 de mar. de 2015.

⁴¹ BRASIL. Lei (1984). *Lei n° 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em: 03 de mar. de 2015.

promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, visando, conforme consta em seu Preâmbulo,

assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias ⁴²

Verifica-se que, nesta Constituição, atualmente vigente, os direitos fundamentais do indivíduo passaram a ter maior visibilidade, tendo sido consolidados em nosso ordenamento. Alguns desses direitos surgiram de forma inédita, como foi o caso da inafiançabilidade do racismo e da tortura, bem como a possibilidade de impetração de um *habeas data*.

Em decorrência da consolidação dos direitos fundamentais, surgem então os denominados Princípios Constitucionais, previstos na Constituição, servindo como um núcleo de todo o direito brasileiro, sendo o que CRISAFULLI (1952)⁴³ definiu como uma norma jurídica determinadora de várias outras subordinadas, cujos conteúdos deverão estar de acordo com a norma, tanto aquela expressa em lei quanto a dedutíveis do respectivo princípio geral que a contém.

Portanto, baseando-se nos princípios constitucionais, os legisladores produzem as normas infraconstitucionais. De igual forma, os juristas norteiam-se pelos princípios para a correta aplicação da norma, e, se julgados de forma similar por diversas vezes, podem vir a gerar jurisprudências e súmulas. O desrespeito a tais princípios é visto como uma inconstitucionalidade, o que pode causar a revogação, ou a anulação de uma lei ou súmula.

1.2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS

Princípios são, como define De Plácido e Silva⁴⁴, em sentido vulgar, aquilo que pode ser traduzido como o começo da vida ou o primeiro momento da existência das coisas e das pessoas. Amplamente, trata-se do início, ou da origem de qualquer coisa. Na norma jurídica, é uma expressão que remete a uma espécie de norma jurídica de conteúdo genérico, por exemplo: “todos são iguais perante a lei”, em contraposto com a regra ou ao preceito, que é uma norma como um todo,

⁴² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 de fev. de 2015.

⁴³ CRISAFULLI, 1952, *apud* Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*, 2011. p. 257.

⁴⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 1090.

aquilo que chama-se de lei, detentora de caráter individualizado, voltado a apenas uma modalidade de pessoas, por exemplo: “o idoso tem direito à assistência de sua família”.

Conforme leciona Cezar Roberto Bittencourt⁴⁵, o Direito Penal brasileiro foi originado em conformidade com os preceitos de igualdade e liberdade do Iluminismo, de modo que, atualmente, o Direito Penal tem um caráter menos bárbaro do que aquele vigente à época do estado Absolutista, tendo sido impostos limites à intervenção estatal nas liberdades individuais.

Muitos dos princípios limitadores passaram a integrar o Código Penal dos países democráticos e, posteriormente, restaram assentados nas respectivas Constituições, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais de cada indivíduo. É importante ressaltar que, apesar de tais princípios terem assento na Constituição após integrarem o Código Penal, isso em nada interfere no fato de seu poder ser hierarquicamente superior à norma penal, devendo esta obedecer àquele, estando passível de nulidade caso não o faça.

Frise-se que a Constituição de 88 teve maior preocupação com os assuntos criminais, de forma que determinou alguns princípios relativos à pena, denominados de princípios constitucionais penais, que se dividem em princípios expressos e implícitos. Dentre os princípios expressos, estão situados os princípios da legalidade, da pessoalidade da pena, da individualização da pena e da humanização. Já no grupo dos princípios implícitos, estão os da proporcionalidade e da função ressocializadora da sanção penal.

A fim de dar continuidade ao estudo do presente projeto, cabe destacar os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da individualização da pena.

1.2.1. Princípio da Legalidade

Após a análise do breve histórico de alterações da Constituição brasileira, verifica-se que a sociedade brasileira foi a maior vítima dessas constantes mudanças, vez que, por diversas vezes, viu-se com seus direitos individuais limitados ou anulados, devido à arbitrariedade do sistema instaurado.

Diante de uma compreensível preocupação com os direitos individuais, o legislador fez questão de, ao momento da produção da Carta Magna de 1988,

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1/2.

assegurar aos indivíduos o respeito a esses direitos, delimitando o poder do Estado sobre seus cidadãos, com a criação do Princípio da Legalidade. Princípio este que, como sustentado por Luiz Luisi, “é uma conquista inarredável, sendo um dos alicerces do direito penal contemporâneo”⁴⁶.

O princípio da legalidade surge em decorrência desta preocupação com o direito individual e serve como base para todos os ramos do direito, de forma que não poderá haver qualquer penalização a quem cometer ato não previamente disposto em lei. Trata-se do que Paulo Anselmo von Feurbach denominou como “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”⁴⁷.

Este princípio de inspiração iluminista opera como imposição restritiva tanto ao legislador, quanto ao magistrado enquanto aplicador da lei. Quanto ao primeiro, Alberto Jorge Correia de Barros Lima⁴⁸ explica que apenas à lei é dada a possibilidade de criminalizar, de forma que atos infralegais, como decretos e portarias, não tem esta designação. Já em relação ao segundo, entende-se que o juiz deve-se ver ligado à lei, todavia, quando essa for omissa ou dúbia, poder-se-á fazer o uso da analogia, de acordo com os costumes, sem que fira o Princípio da Legalidade.

1.2.2. Princípio da Proporcionalidade

Pode-se dizer que este princípio, assim como o Princípio da Legalidade, tem a função de garantir os direitos individuais, protegendo os cidadãos contra os excessos do Estado.

Como as penas aplicadas pelo Direito Penal dizem respeito à restrição de direitos, LUIZ LUISI⁴⁹ explica que, além de tal restrição só ser legítima quando constituir, de fato, em meio necessário para a proteção do bem jurídico tutelado, faz-se indispensável aplicação da proporcionalidade à importância do bem, à gravidade da ofensa e à intensidade da culpabilidade do agente no momento da estipulação da pena.

⁴⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 181.

⁴⁷ FEURBACH, 1801, *apud* PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, 2014. p. 86.

⁴⁸ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.99.

⁴⁹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 184.

Apesar de não estar expressamente disposto na Constituição Federal de 1988, é evidente que o Princípio da Proporcionalidade tem lugar na nossa Constituição, nas palavras de Bonavides, como “norma esparsa no texto constitucional”⁵⁰.

Bonavides explica que o desrespeito ao princípio da proporcionalidade é a mais grave inconstitucionalidade que pode ser cometida, pois a ausência da proporcionalidade seria o mesmo que a ausência da ordem constitucional, ou seja, sem a proporcionalidade, não há qualquer garantia à liberdade, que só se faz possível em uma realidade distante de arbitrariedade e poderes absolutos.⁵¹

Em referência a Montesquieu⁵², Feldens explica que deve existir uma relação harmoniosa entre as penas, de modo que uma desproporcionalidade, ou seja: uma aplicação de pena desnecessária e descabida, pode ser comparada a uma “tirania”, que Montesquieu denomina como um “crime maior”, uma agressão maior à sociedade, e é imprescindível que um crime maior seja evitado mais veemente do que um crime menor, já que aquele fere mais a sociedade do que este.

1.2.3. Princípio da Individualização da Pena

Inicialmente, o Direito Penal tinha caráter punitivo e vingativo⁵³. À época, as penas eram desumanas e variavam de torturas à morte em praça pública, com o propósito de vingar a sociedade.

Um exemplo de lei da época é o Código de Hammurabi, que consagrou a regra do “olho por olho, dente por dente”, conhecida como Lei de Talião, a fim de que as penas fossem impostas de forma “proporcional” ao crime cometido, atribuindo a pena de morte a crimes mais graves.

Desta forma, este período foi composto da aplicação das penas de vingança que variavam entre vingança privada – os crimes privados eram punidos com penas que se estendiam a todos os membros da família do apenado–, vingança divina – punir o agente criminoso era visto como forma de satisfazer os deuses, logo aqui a pena tinha caráter de vingança e purificação– e vingança pública – a pena

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 434.

⁵¹ *Ibidem*. p. 435.

⁵² FELDENS, Luciano. *A Constituição penal a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 157.

⁵³ DELMANTO, Celso. et al. *Código penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55-60.

deixa de ser imposta em nome de um deus e passa a ser imposta em nome de um chefe da sociedade, representante do interesse coletivo –.

Após o início do Iluminismo, penas mais brandas passaram a ser aplicadas ao condenado. A sociedade foi mudando e os princípios e costumes doravante dela acompanharam essa mudança. Além da repulsa social de torturas explícitas e penas desmedidamente severas aos condenados, o mundo sofreu diversas modificações e as pessoas passaram a exigir seus direitos e respeito à sua dignidade.

Em decorrência dessas mudanças, a pena, nos dias de hoje, é vista como uma forma de reinserção do indivíduo à sociedade. Ela tem caráter educativo, buscando conciliar a prevenção geral e especial com a retribuição jurídica da pena, possibilitando o indivíduo a expiar e reconciliar-se com a sociedade⁵⁴.

Dentre os diversos princípios estipulados na Constituição Federal⁵⁵, encontram-se o Princípio da Individualização da Pena disposto no art. 5º, inciso XLV, que determina expressa proibição da pena passar da pessoa do condenado e o inciso XLVI, que regula a individualização da pena.

Como diz o nome, o Princípio trata de um processo de individualização da pena, ou seja, a pena deve ser proporcional ao delito praticado, na forma em que foi praticado e por quem foi praticado, não podendo ser genericamente atribuída a qualquer agente em qualquer caso, pois a pena não trata de uma punição ao agente, mas sim à conduta, devendo esta última ser analisada em concreto, para que possa vir a ser punida. Caso contrário, a pena deixa de ter caráter educativo, para voltar a ser uma pena de caráter vingativo.

O Princípio da Individualização da Pena, portanto, garante que a pena seja fixada pela culpabilidade e tenha como uma de suas missões a recuperação do indivíduo.

Sobre a individualização da pena, Celso Delmanto⁵⁶ (*et al*) leciona que sua aplicação deverá ser feita conforme a necessidade e sua imposição na quantia apta a garantir a “reprovação do delito praticado”, de forma proporcional, reafirmando os valores sociais, desestimulando a prática delituosa pelos demais

⁵⁴ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 452.

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 de mar. de 2015.

⁵⁶ DELMANTO, Celso. *et al*. *Código penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 272.

indivíduos da sociedade e prevenindo, por meio da ressocialização do condenado, a sua reintrodução no seio social.

1.3. CÁLCULO DA PENA

O cálculo da pena, denominado “dosimetria da pena”, no Direito Penal brasileiro norteia-se pelo modelo trifásico de Nelson Hungria, buscando respeitar o princípio constitucional da individualização da pena.

Cabe ressaltar que, à vigência do Código Penal de 1940 antes das alterações, restava-se controversa a questão da aplicação da pena, de modo que não sabiam se a mesma deveria ser aplicada no modelo bifásico de Roberto Lyra ou no modelo trifásico de Nelson Hungria.

No modelo bifásico, a conduta deveria ser analisada de forma geral, aplicando, em primeira fase, tanto as circunstâncias do atual artigo 59, quanto as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) para, posteriormente, serem aplicadas as causas de aumento e de diminuição. A segunda fase, conforme explica Guilherme de Souza Nucci, se fundamenta nas coincidências entre circunstâncias legais e circunstâncias de aumento e diminuição, de modo que não há razões sólidas para separá-las⁵⁷.

No modelo trifásico, contudo, primeiro é analisada a conduta do agente, de forma minuciosa, a fim de estipular uma pena-base, que, à falta de circunstâncias legais e causas de aumento e de diminuição, torna-se a pena definitiva.

Posteriormente são analisadas as circunstâncias legais (que dividem-se em atenuantes e agravantes), objetivando incidir sobre a pena-base as circunstâncias dos arts. 61, 62, 65 e 66, atingindo-se a pena provisória.

Por fim, em um terceiro momento, sobre a pena provisória (não é sobre a pena-base inicial), são aplicadas as causas de diminuição ou de aumento, chegando-se à pena definitiva.

Para Nucci este critério torna mais clara a fixação da sanção penal, de modo que é imprescindível que cada estágio tenha devida fundamentação expressa na decisão proferida pelo magistrado, de forma que a ausência desta

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 450.

fundamentação poderá ensejar a nulidade da sentença, ou, no mínimo, a redução da reprimenda estipulada.⁵⁸

Com a dúvida pairando sobre a cabeça dos legisladores e aplicadores, a nova redação da Parte Geral do Código Penal, em seu artigo 68, foi clara, determinando que deveria ser aplicado o sistema trifásico, sob pena de nulidade da Sentença caso haja a não observância do método trifásico.

1.3.1. Primeira Fase – A *pena-base*

Tratando da individualização da pena, o art. 68 do Código Penal preceitua a primeira fase do cálculo, em que afere-se a conduta do agente, isto é, uma pena calculada utilizando-se como referência as circunstâncias judiciais, que nada mais são do que circunstâncias não definidas em lei, de modo que fica a cargo do julgador a função de identifica-las e mensurá-las.

Estas circunstâncias não dizem respeito ao fato (crime) em si, mas ao agente, de modo que devem ser observadas a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos do mesmo, bem como as circunstâncias em que ele se encontrava, as consequências do crime cometido e se, de alguma forma, o comportamento da vítima interviu no ato por ele praticado, conforme dispõe o artigo 59⁵⁹, do Código Penal.

Neste primeiro momento destaca-se que o objetivo da pena é a correção do agente e sua reeducação e ressocialização.

Com o decorrer dos anos, a pena deixou de ser vista como uma forma de vingança da sociedade para o agente, ou do Estado para o agente, e passou a ter um caráter correcional. Portanto o Código Penal busca auferir as diversas condições enunciadas no *caput* do art. 59 a fim de que ao agente seja atribuída uma pena proporcional à reprovação de seu delito, mas sem deixar de levar em consideração as suas condições pessoais, que poderão tanto beneficiá-lo ou prejudicá-lo, mas sempre visando individualizar a pena para a pessoa do condenado.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 450 e 451.

⁵⁹ BRASIL. Decreto (1940). *Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 de mar. de 2015.

Depois da aplicação da pena-base, são consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; e, por último, as causas de diminuição e de aumento, conforme dispõe o texto do artigo 68 do Código Penal.

1.3.2. Segunda Fase – A *pena provisória*

Essa segunda fase diz respeito à aplicação de atenuantes e agravantes que, conforme demonstrado na breve explanação histórica do Direito Penal, foram inseridos primeiramente no ordenamento penal jurídico brasileiro em 1830, sendo que ainda hoje são situações que merecem e têm real valor no que tange à aplicação da pena.

Para o cálculo desta segunda fase, são analisadas, em caráter obrigatório, as circunstâncias legais, ou seja, as agravantes (art. 61, CP) e as atenuantes (art. 65, CP), cujo propósito é agravar ou abrandar a pena em certa quantidade não determinada pelo legislador. Verifica-se que existem, além das atenuantes e agravantes específicas, as agravantes (art. 62, CP) e atenuantes (art. 66, CP) genéricas, sendo estas circunstâncias anteriores ou posteriores ao delito, que não são previstas taxativamente, de modo que cabe à discricionariedade do Juízo sentenciante reconhecê-las, enquanto aquelas são fatores taxativamente previstos em lei⁶⁰.

Para maior compreensão, Delmanto conceitua as circunstâncias atenuantes como “dados ou fatos, de caráter objetivo ou subjetivo, que estão ao redor do crime e atenuam a sua pena, embora não interfiram no tipo”⁶¹ e as agravantes como “dados ou fatos, de natureza objetiva ou subjetiva, que se acham ao redor do crime, mas cuja existência não interfere na configuração do tipo, embora agravem sua pena”⁶².

A respeito da aplicação das atenuantes e das agravantes, resta ao aplicador da lei uma dúvida, pois tais circunstâncias não são, como são as causas de aumento e de diminuição, mensuradas pelo Código Penal. Desta forma, não sabe-se que valor real tais atenuantes e agravantes devem ter ao momento de sua aplicação. A única coisa que se sabe é que são de aplicação obrigatória, pois,

⁶⁰ BRASIL. Decreto (1940). *Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 de mar. de 2015.

⁶¹ DELMANTO, Celso. et al. *Código penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 300.

⁶² *Ibidem*. p. 287.

conforme estipula os artigos 61 e 65, são circunstâncias que sempre agravam ou diminuem.

A fim de apresentar uma solução para a ausência de mensuração do valor das atenuantes e agravantes, Cezar Roberto Bitencourt sustenta a aplicação de um valor que não extrapole o limite mínimo das causas de aumento e de diminuição, ou seja, o doutrinador sugere que o limite à mensuração das atenuantes e agravantes seja de um sexto, pois, caso as circunstâncias legais rompessem os limites das causas de aumento e de diminuição, elas estariam se equiparando à essas, que, de acordo com o autor, apresentam maior intensidade.⁶³

Outro debate gerado pelo texto legal a respeito do cálculo da pena provisória é no que tange à (im)possibilidade de atenuar a pena aquém do mínimo legal. Apesar de ser uma decisão já pacificada e sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda há uma doutrina minoritária que entende contrariamente ao órgão Superior, suscitando um conflito que será esmiuçado no próximo capítulo.

1.3.3. Terceira Fase – A pena definitiva

A terceira fase da aplicação da pena diz respeito aos fatores de acréscimo ou redução da pena, estipulados em quantias fixas (ex.: dobro, metade) ou em limites (ex.: “em até um terço”; “de um a dois terços”).

Como dito anteriormente, a aplicação destes fatores incidirá na pena provisória, ou seja, naquela pena que já sofreu os acréscimos ou as diminuições das atenuantes ou agravantes, a fim de não “pular” uma fase do método trifásico.

Diferente das circunstâncias legais, às causas de aumento e diminuição há a determinação do valor a ser acrescido ou reduzido. Desta forma, quando o valor é fixo, ou é um limite, incide na terceira fase de fixação da pena, e quando o valor é previsto em limites ou em quantidades variáveis, calcula-se pelas circunstâncias da própria causa de aumento ou diminuição, e não pelas circunstâncias do crime, pois estas já foram consideradas para o cálculo da pena-base.

Em respeito à aplicação das causas de aumento e de diminuição, oposto às circunstâncias judiciais, estas são expressamente permitidas a aumentar a pena acima do máximo legal, bem como diminuí-la abaixo do mínimo.

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 240.

2. ATENUANTE E ROMPIMENTO DO MÍNIMO LEGAL

Conforme dito anteriormente, uma questão que suscita controvérsias diz respeito à atenuação da pena durante a segunda fase do cálculo, pois o sistema trifásico adotado no Código Penal estipula, em sua segunda fase, que deverão ser levados em consideração as atenuantes e agravantes do crime. A fim de manter a ordem do sistema trifásico, o legislador, criou o artigo 65, que diz respeito às circunstâncias que "sempre" deverão atenuar o crime.

Veja-se que o legislador fez questão de utilizar o advérbio "sempre", a fim de que não houvesse exceções à essa disposição, uma vez que o sistema trifásico exige que sejam aplicadas as atenuantes, bem como as agravantes, em sua segunda fase.

Em respeito ao termo utilizado pelo legislador ("sempre") e à uma análise ao Código Penal, pode-se verificar que, de fato, não há a intenção do legislador de permitir quaisquer exceções para a aplicação das atenuantes, isto porque, quando admite exceções, o legislador deixa expresso, como é o caso do inciso IV, do artigo 141⁶⁴, cujo texto utiliza-se da expressão "exceto" para limitar a aplicação da causa de aumento.

Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:
IV – contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, **exceto** no caso de injúria. (grifo nosso)

No mesmo sentido, o legislador utiliza-se da expressão "salvo", para impor uma exceção, como é o caso, dentre vários outros, do artigo 14, Parágrafo único⁶⁵, cujo texto diz: "**Salvo** disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços." (grifo nosso).

Ainda em questão ao advérbio escolhido, é cabível ressaltar que o advérbio "sempre" é utilizado com demasiada restrição e cuidado no Código Penal,

⁶⁴ BRASIL. Decreto (1940). *Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 de março de 2015.

⁶⁵ *Ibidem*.

justamente porque abrangem as situações como um todo, sem possibilitar a aplicação de quaisquer exceções. Tamanho é o cuidado do legislador na hora de escolher as palavras, que o termo⁶⁶ sempre é encontrado apenas cinco⁶⁷ vezes em nosso Código Penal, de modo que todas são hipóteses que não admitem exceções.

A saber: o artigo 39 determina a obrigatoriedade do trabalho remunerado; o artigo 56 estipula a obrigatoriedade da aplicação das penas do art. 47 quando houver violação dos deveres inerentes à profissão, atividade, ofício, cargo ou função; o artigo 61 enumera as circunstâncias que obrigatoriamente agravarão as penas; o artigo 65 delimita quais as circunstâncias que obrigatoriamente atenuam as penas; e, por fim, o artigo 97, §3º, estabelece a obrigatoriedade da desinternação ou liberação ser sempre condicional.

Art. 39 - O trabalho do preso será **sempre** remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social. (grifo nosso)

Art. 56 - As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 47 deste Código, aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, **sempre** que houver violação dos deveres que lhes são inerentes. (grifo nosso)

Art. 61 - São circunstâncias que **sempre** agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...] (grifo nosso)

Art. 65 - São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena: [...] (grifo nosso)

Art. 97 - [...] § 3º - A desinternação, ou a liberação, será **sempre** condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. (grifo nosso)

Assim sendo, surge a dúvida: se o legislador não admite exceções à aplicação de atenuantes, por que há controvérsias sobre o assunto?

Apesar de o legislador não entender como cabíveis as exceções ao caso em tela, a jurisprudência, por diversas vezes, entendeu pela impossibilidade da redução da pena, na segunda fase, para aquém do mínimo legal, então o Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão no sentido de não ser admissível atenuar a pena aquém do mínimo legal, editando a Súmula 231/STJ.

Apesar de haver uma Súmula contrária à aplicação de atenuantes rompendo o mínimo legal, e de o entendimento majoritário ser de acordo com a tal súmula, a controvérsia se mantém, sendo a doutrina majoritária favorável ao órgão

⁶⁶ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p 58.

⁶⁷ BRASIL. Decreto (1940). *Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 de março de 2015.

Superior e a doutrina minoritária desfavorável, apresentando críticas a limitação de atenuantes da pena.

2.1. A DOUTRINA MINORITÁRIA E A POSSIBILIDADE DA REDUÇÃO DA PENA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA

A crítica de Bitencourt⁶⁸ é contrária a uma das alegações feitas pela doutrina majoritária, a qual seja a necessidade de se fazer uma análise analógica do texto legal para aplicar atenuantes e agravantes. Resta demonstrado pelo doutrinador a opinião de que o entendimento da impossibilidade de redução da pena para aquém do mínimo legal, por meio das atenuantes, é equivocado.

Segundo o autor, tal entendimento partiu de uma interpretação analógica do Parágrafo único do artigo 48, do antigo texto do Código Penal de 1940 (Lei n. 7.209/84), antes disciplinador de uma causa de diminuição de pena, onde o agente participava de um crime menos grave, mas o dispositivo impedia a imposição da pena abaixo do mínimo cominado. Para Bitencourt, de uma leitura correta do artigo revogado aferir-se-ia que tal previsão não poderia ser estendida para as circunstâncias atenuantes, como faziam à época de sua vigência, nem muito menos pode-se estendê-la às circunstâncias atenuantes hoje em dia.

Por fim, Bitencourt aduz que o dispositivo do artigo 65 determina a aplicação obrigatória das atenuantes, pois seu texto diz “sempre atenuam a pena”, independentemente de a mesma encontrar-se no mínimo cominado. Em assim sendo, a não observância à aplicação de atenuantes e agravantes fere os princípios da individualização da pena, da legalidade estrita, bem como fere o direito público subjetivo, caracterizando uma inconstitucionalidade manifesta.

Delmanto também critica a aplicação de atenuantes por analogia, demonstrando, que, por causa dos limites impostos à redução das atenuantes, os magistrados estão deixando de fazer menções à segunda fase da aplicação da pena, pelo simples fato de a mesma já encontrar-se no limite cominado pelo tipo penal, fato que gera incoerência e injustiça.⁶⁹

JAMES TUBLENCHLAK (1991)⁷⁰ argumenta que, a partir da reforma de 1984 não há qualquer norma que proíba expressamente a analogia *in bonam partem*, a equidade, a melhor individualização da pena e etc. e ainda relembra que o

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 220 e 221.

⁶⁹ DELMANTO, Celso. et al. *Código penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 301.

⁷⁰ JAMES TUBLENCHLAK, 1991, *apud* DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, 2010. p. 300.

motivo de relevante valor social ou moral, que, em um crime mais grave é causa de diminuição de pena, possibilitando a redução da pena para abaixo do mínimo legal, é também previsto como uma atenuante, disposta no artigo 65, III, alínea a, que é utilizado para crimes menos graves.

Todavia, segundo o entendimento majoritário, não pode ser fator de atenuação da pena para aquém do mínimo legal, pelo simples fato de tratar-se de uma atenuante e não de uma causa de diminuição de pena. Ou seja: ao agente que comete um crime de homicídio (art. 121, Código Penal), é dada a possibilidade de ter a pena reduzida abaixo do mínimo legal pela incidência da causa de diminuição do motivo de relevante valor moral ou social, tendo seu crime desclassificado de homicídio para homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, primeira parte, do Código Penal), ao passo que um agente que comete um crime banal de furto simples não poderá ser privilegiado com o *mesmo* motivo, pelo simples fato de tal benefício estar elencado como circunstância legal (art. 65, inciso III, a).

Assim sendo, verifica-se que a doutrina majoritária acaba favorecendo, indiretamente, apenas aqueles que cometem crimes mais graves, o que fere, além de tudo, o princípio da igualdade.

Outro defensor da doutrina minoritária é Luiz Regis Prado, que explica que as circunstâncias atenuantes e agravantes não podem, em tese, conduzir a fixação da pena além ou aquém, respectivamente, dos limites máximo e mínimo cominados abstratamente no tipo penal, fazendo, entretanto, uma ressalva para os casos em que, ao longo da determinação da pena-base o juiz, que deve ater-se aos limites delimitados no tipo legal do delito (art. 59, II), aplicar a pena imposta no mínimo, pois nestes casos, será conferida ao juiz a possibilidade de, à análise da segunda fase, aplicar uma pena inferior ao limite mínimo, já que o artigo 68 do Código Penal não consigna nenhuma restrição.

Para Luiz Regis Prado, não seria aplicável a redução da pena quem do mínimo legal apenas no Código Penal de 1940, que adotava o sistema bifásico de aplicação da pena (onde o juiz deveria apreciar as circunstâncias atenuantes e agravantes juntamente com as circunstâncias judiciais), todavia é perfeitamente admissível hoje, uma vez que hoje é adotado o critério trifásico.⁷¹

⁷¹ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.527.

2.2. A DOUTRINA MAJORITÁRIA E A IMPOSSIBILIDADE DA REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL DURANTE A SEGUNDA FASE DO CÁLCULO DA PENA

Da vertente majoritária fazem parte alguns renomados autores, como Guilherme de Souza Nucci, Damásio E. de Jesus, Alberto Silva Franco.

Na opinião de Nucci, é inconcebível o rompimento do mínimo legal pelas atenuantes, pois tais circunstâncias “não fazem parte do tipo penal”⁷², ou seja, não têm o objetivo de extrapolar os limites do tipo penal. O doutrinador explica que ao estipular o mínimo e o máximo da pena em abstrato, o legislador obrigou o juiz a movimentar-se apenas dentro destes limites, não sendo permitido ultrapassá-los, a não ser no caso de aplicação das causas de aumento ou de diminuição, que fazem, por sua vez, parte da estrutura típica do delito, de forma que o juiz apenas segue orientações do legislador.

Lycurgo de Castro Santos (1996) explicou que o rompimento do mínimo legal pelas atenuantes não é possível, pois fere o princípio da legalidade, uma vez que a pena mínima já está estipulada pelo legislador e, por isso, é o limite mínimo, a partir do qual a pena cumpre seus “pressupostos de prevenção especial e geral”, bem como gera um perigo à segurança jurídica⁷³.

Alberto Silva Franco⁷⁴ aduz que o entendimento da possibilidade de superação dos limites previstos pelo tipo penal geraria um sério perigo ao direito à liberdade, uma vez que, assim como poderia possibilitar o juiz de aplicar a pena aquém do mínimo legal, com a incidência de atenuantes, tal interpretação também ensejaria na aplicação além do máximo legal, pela incidência de agravantes, o que seria um “golpe mortal” à legalidade da pena e à liberdade dos cidadãos.

Além desses argumentos, Alberto Silva Franco suscita que as agravantes e atenuantes são circunstâncias acidentais, não devendo ter maior valor do que os elementos da própria estrutura típica, que são elementos limitadores das decisões dos juízes. O autor também assevera que a falta de limites para as circunstâncias legais ensejaria uma maior importância à elas do que às causas de aumento e de diminuição, vez que estas tem seus limites cominados no Código

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 500.

⁷³ LYCURDO DE CASTRO SANTOS, 1996, *apud* Guilherme de Souza Nucci. *Código penal comentado*, 2010. p. 440.

⁷⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1: parte geral. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1240.

Penal e aquelas poderiam ter qualquer valor imposto, ante a ausência de limitação expressa no mesmo Código. Por fim, sustenta que a deliberação demasiadamente ampla embarçaria a aplicação do sistema trifásico estipulado pelo art. 68 do CP.

Damásio E. de Jesus⁷⁵ ampara a tese de que as atenuantes não se confundem com causas de diminuição de pena, de modo que estas atuam tanto na fase de dosagem concreta da pena, quanto na fase de cominação abstrata, enquanto aquelas apenas atuam no campo da individualização concreta da pena, não refletindo na pena abstrata.

Para Damásio, ao admitir-se que as atenuantes reduzam a pena aquém do mínimo legal, bem como que as agravantes elevem a pena para além do máximo, causar-se-ia o “golpe mortal” ao princípio da legalidade, anteriormente citado, pelo autor Alberto da Silva Franco. Assim sendo, o juiz não estaria adstrito aos limites legais em fase de circunstâncias legais e, como o Código não estipula limites a elas, seria o mesmo que dá-las um valor maior ao emprestado às causas de aumento e diminuição, que têm limites.

O doutrinador declara que, diante da ausência de limites expressamente impostos às atenuantes e agravantes, o juiz ficaria possibilitado de, *ad absurdum*, elevar a pena abusivamente além do quantum máximo, bem como poderia aproximar-se da “pena zero” no tocante da aplicação de atenuantes.

⁷⁵ JESUS, Damásio E de. *Código penal anotado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 240/243.

3. A SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E OS CONTRA-ARGUMENTOS

A apontada Súmula do Superior Tribunal de Justiça traz em seu texto *ipsis litteris* que "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.". Seus precedentes⁷⁶ são os seguintes Recursos Especiais (REsp): REsp 146056/RS; REsp 49500/SP; REsp 46182/DF; REsp 32344/PR; Resp 5691/PR; REsp 7287/PR⁷⁷.

A título de representatividade, é cabível apresentar a ementa proferida no REsp 46182/DF⁷⁸, pela quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, de presidência e relatoria do Ministro Jesus Costa Lima, sendo unânime o entendimento de dar provimento ao recurso do Ministério Público:

PENAL. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. MENORIDADE E CAUSA DE AUMENTO. FIXAÇÃO DA PENA. CRITÉRIOS.

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

2. Precedentes.

Dentre os argumentos utilizados nas Decisões precedentes à criação da Súmula, estão: a) "nunca predominou o entendimento de que as agravantes e atenuantes pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei, tanto no sistema bifásico quanto no trifásico"⁷⁹; b) "O C.P., em seu

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1999). *Súmula n. 231*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 07 de mar. de 2015.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1991). *Recurso Especial nº 7.287/PR, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100004812&dt_publicacao=06-05-1991&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1994). *Recurso Especial nº 46182/DF, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400088477&dt_publicacao=16-05-1994&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>. Acesso em: 04 de ago. de 2015.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1997). *Recurso Especial nº 146056/RS, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatoria do Ministro Felix Fisher, Brasília*, disponível em:

art. 59, II, diz: 'dos limites previstos'. e o art. 67, assevera "no limite indicado"⁸⁰; c) a ausência de limite para a aplicação da lei e a "pena zero"⁸¹; d) a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis serem condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, não é argumento decisivo, pois a aplicação da pena não pode ser produto de "competição"⁸²; e) a expressão "sempre atenuam" não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal⁸³; f) o direito brasileiro não permite a redução da pena para aquém do mínimo legal por incidência de circunstância atenuante⁸⁴; g) as circunstâncias atenuantes da pena tem cominação *in abstracto* e enseja o Juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base⁸⁵⁸⁶; h) se fixada a pena-base no mínimo legal, a título de atenuante, nada mais pode reduzir, pois estaria transformando a atenuante em causa de diminuição⁸⁷;

Após a exposição de todos os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para justificar a edição da Súmula, será feita uma exposição dos contra-argumentos às justificativas utilizadas pela doutrina majoritária, bem como uma demonstração de novos argumentos que deveriam ser levados em consideração pelo órgão superior, mas não o são.

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 07 de mar. de 2015.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1997). *Recurso Especial nº 146056/RS, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatoria do Ministro Felix Fisher, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 07 de mar. de 2015.

⁸¹ *Idem*.

⁸² *Idem*.

⁸³ *Idem*.

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1994). *Recurso Especial nº 49500/SP, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatoria do Ministro Assis Toledo, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400166222&dt_publicacao=15-08-1994&cod_tipo_documento=2>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1994). *Recurso Especial nº 46182/DF, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400088477&dt_publicacao=16-05-1994&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>. Acesso em: 04 de ago. de 2015.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1994). *Recurso Especial nº 32.344/PR, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatoria do Ministro Vicente Cernicchiaro, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199300046675&dt_publicacao=17-05-1993&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1992). *Recurso Especial nº 15.691/PR, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Voto Vista do Ministro Vicente Cernicchiaro, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100212121&dt_publicacao=03-05-1993&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

3.1. Até Onde os Costumes Podem Interferir no Direito Penal?

Verifica-se nos acórdãos precedentes à Súmula 231 que um dos argumentos expostos é o de que “nunca predominou - nem sequer mereceu destaque - o entendimento de que as **agravantes e atenuantes (ao contrário das majorantes e minorantes)** pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei”⁸⁸ (grifos do autor). Desta forma, observa-se que o argumento leva em conta os costumes como orientadores da interpretação da norma. A questão que se suscita diante deste argumento é: “até que ponto os costumes podem intervir da interpretação da norma penal?”.

Inicialmente, cumpre destacar que a doutrina, conforme leciona Paulo Nader⁸⁹, distingue três formas de costumes:

Primeiramente, há o *secundum legem*, que causa divergências de definições.

Uma primeira arte da doutrina entende esta primeira forma de costume como uma prática social correspondente à lei, ou seja, a lei determina novos padrões de comportamentos sociais;

A segunda parte da doutrina o entende como um costume interpretativo, pelo qual a prática social espontaneamente consagra um determinado tipo de aplicação das normas;

Uma terceira corrente não admite essa espécie de costume, pois alegam que ele é uma prática decorrente de lei, e não uma norma gerada pela sociedade (como deveriam ser os costumes);

Por fim, há aqueles que entendem que o costume *secundum legem* se caracteriza quando a lei encaminha os seus destinatários a determinados costumes, estipulando os seus comportamentos. Para este entendimento, a norma costumeira atua efetivamente como fonte formal, apesar de sua aplicação dar-se por lei;

Em seguida, há o *praeter legem*, que é o aplicado na hipótese de lacunas legais, sendo admitido pela generalidade das legislações, estando, inclusive, elencado no artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro;

E, por fim, existe o costume *contra legem*, que contraria as normas de

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1997). *Recurso Especial nº 146056/RS, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatoria do Ministro Felix Fisher, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 07 de mar. de 2015.

⁸⁹ NADER, Paulo, *Introdução ao estudo do direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 160.

Direito escrito. É majoritário o entendimento de que uma lei só pode ser revogada por outra, portanto ele não é utilizado no Direito Brasileiro.

Frise-se que é sabida a importância do costume para a evolução do direito penal brasileiro, uma vez que antigamente eram os costumes que regiam as normas penais. Um exemplo clássico são as XII Tábuas de Hamurabi⁹⁰, que foram, em grande parte, compilações de costumes. Todavia, o que não se admite é que hoje ainda seja dado o mesmo valor aos costumes que se dava antigamente e isso porque o Direito escrito já absorveu quase totalmente as normas consuetudinárias⁹¹, de tal forma que, hoje, o direito costumeiro tem apenas a função de suprir a lei.

Portanto, os costumes, assim como a analogia e os princípios gerais do direito, são usados no ordenamento jurídico brasileiro como integradores de lacunas. Ou seja: quando a lei é omissa ou obscura, utilizar-se-á destes para integrar a lacuna deixada pelo legislador. É esse o texto do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”⁹².

Todavia, o que se verifica no caso em tela não é a apresentação de lacuna pelo legislador, nem, muito menos, uma norma de Direito Civil, Trabalhista ou Comercial, que admitem expressamente o Direito costumeiro como fonte. Na verdade, o que se tem aqui, é uma norma de direito penal, que, conforme explica Paulo Nader⁹³, sequer admite a norma costumeira como uma fonte de direito, em decorrência do princípio da reserva legal.

Mesmo que se deixe de lado o fato de o Direito Penal não admitir a norma costumeira como fonte, ainda não há que se falar de lacunas, afinal, não há qualquer brecha na expressão “sempre”.

Em respeito ao princípio da legalidade deve-se entender a expressão “sempre” como “sem exceções”, “sem ressalvas”, obedecendo-se a lei *stricto sensu*. E no tocante ao Princípio da Individualização da Pena, deve-se entender a expressão “sempre” como uma ordem imposta ao aplicador da lei, para que o mesmo individualize a pena nos mínimos detalhes, sem deixar de aplicar as agravantes ou atenuantes, sempre que estas existirem.

⁹⁰ NADER, Paulo, *Introdução ao estudo do direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 155.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² BRASIL. Decreto (1942). *Decreto-lei n° 4.657, de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 de mar. de 2015.

⁹³ NADER, Paulo. *Op. cit.* p. 161.

Comprova-se, portanto, que não há que se falar em lacuna. Todavia, ainda assim, o magistrado vem entendido pela interpretação pelos costumes para justificar a não aplicação da norma penal, desobedecendo todas as regras já predeterminadas, ou seja: a individualização da pena, a legalidade e o fato de o direito penal sequer utilizar-se de costumes como uma fonte.

Na tentativa de entender a colocação doutrinária, mesmo que imagine-se uma situação hipotética, onde o direito penal admita a utilização do direito costumeiro como fonte, e onde o advérbio “sempre” tenha uma dúbia interpretação, verifica-se que, ainda assim, seria inconstitucional a utilização dos costumes para a interpretação da norma, de acordo com o que depreende-se da leitura do julgamento do REsp 30705/SP⁹⁴.

No supracitado Recurso Especial, o Ministro Adhemar Maciel lecionou acerca do tema, asseverando que o sistema jurídico brasileiro não admite o perecimento de uma lei por seu simples desuso, em decorrência do princípio da supremacia da lei escrita (fonte principal de direito), desta feita, a obrigatoriedade de uma lei só termina com a sua revogação por outra lei. Em outros termos, o costume *contra legem* não pode ter existência jurídica. Ou seja: por mais que o termo “sempre” tenha uma utilização equivocada em nosso Código Penal, não se pode simplesmente deixar de admitir a sua obrigatoriedade pelo simples fato de os magistrados não terem entendido que sua escrita está correta. Se não há lei reformando o texto penal, não há que se falar em costumes.

Entende-se, portanto, da aplicação da lição de Adhemar Maciel ao presente caso, que há uma evidente desobediência à ordem hierárquica da lei sobre os costumes, de modo que a afirmação de que “nunca foi predominante o entendimento de que as atenuantes e agravantes pudessem levar a pena para fora limites legais”, consiste na tentativa de asseverar que, por nunca ter predominado a interpretação *stricto sensu* da lei, a mesma deva perecer, deixando de ser aplicada da maneira em que está escrita, para simplesmente passar a utilizar-se de costumes a fim de orientar a norma jurídica no tocante à aplicação de penas na segunda fase.

Em outro julgamento pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, o ministro Mauro Campbell Marques, em realização do voto-vista do REsp

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1995). *Recurso Especial nº 30.705/SP, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200331432&dt_publicacao=03/04/1995>. Acesso em: 11 de março de 2015.

1.200.125/RS⁹⁵, analisando um acaso concreto e específico, onde os costumes de um determinado local estavam sendo utilizados como maneira de justificar um ato inconstitucional cometido, proferiu sabiamente que a aplicação de um costume local *contra legem* não derroga a Constituição Federal, de modo que as peculiaridades locais devem sempre ser observadas, contudo desde que reforcem a obediência ao sistema jurídico, mas sem nunca servir como uma justificativa para a desobediência constitucional.

Conforme dito anteriormente, o advérbio “sempre” das circunstâncias atenuantes carrega não só o peso do Código Penal, mas também é orientado pela Constituição Federal, que prevê a necessidade de individuarmos a pena ao aplicá-la, bem como estipula a ordem de que a lei deverá ser obedecida. Portanto, deixar de aplicar o texto da lei, não só desobedece ao Código Penal, mas também a Constituição e, conforme muito bem colocado pelo ministro Mauro Campbell, os costumes não podem servir em desobediência à Constituição. Ao contrário. Estes apenas poderão atuar como reforço daquela.

Ante todo o exposto, constata-se que o argumento dos costumes é fraco e falho. Tanto por se tratar de uma norma de Direito Penal, que sequer admite os costumes como fonte, quanto por não haver qualquer lacuna a ser preenchida; ser a interpretação costumeira uma desobediência ao princípio da individualização da pena e da legalidade; e ainda por se tratar de uma inconstitucionalidade, pois o “costume” em tela é *contra legem*.

3.2. Entendimento Análogo dos Artigos 59 e 67, do Código Penal

Outro argumento oferecido ainda pelo REsp 156056/RS⁹⁶, utilizado como precedente para a criação da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, é o de que, apesar de não serem valoradas as atenuantes, não se pode romper o mínimo determinado pelo tipo penal uma vez que o art. 59, II diz “dos limites previstos” e o art. 67 assevera “no limite indicado” para limitar a valoração das

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2012). *Recurso Especial nº 1.200.125/RS, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001157390&dt_publicacao=15/06/2012>. Acesso em: 11 de mar. de 2015.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1997). *Recurso Especial nº 146056/RS, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatoria do Ministro Felix Fisher, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 07 de mar. de 2015

atenuantes. Tais alegações não têm qualquer razão de ser.

Primeiramente cabe destacar que o artigo 59 refere-se exclusivamente à pena-base, conforme estipula o próprio artigo 68 do Código Penal, cuja primeira parte do texto diz “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código”.

Veja-se que o doutrinador dividiu o artigo 68, que estipula o sistema trifásico, em três partes: na primeira, ele fala da pena-base, que será regulada pelo artigo 59; na segunda são citadas as atenuantes e agravantes; e na terceira são mencionadas as causas de aumento e diminuição. A regra de que o artigo 59 regulará a pena-base não se estende às agravantes e atenuantes, bem como não se estende às causas de aumento e de diminuição e crer em sentido contrário à isso seria o mesmo que ferir o sistema trifásico de aplicação da lei.

Conforme se infere do texto do artigo 59, o juiz que, durante a aplicação da pena base, deverá atender-se aos critérios da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, bem como dos motivos, das circunstâncias e consequências do crime, e ainda do comportamento da vítima, estabelecerá a quantidade de pena aplicável para a reprovação e prevenção do crime, dentro dos limites cominados.

Contudo, a exigência do supramencionado artigo não se estende à segunda fase do sistema trifásico, determinada no artigo 68, do Código Penal, pois tal entendimento ensejaria também na extensão à terceira fase, já que todas as três estão elencadas no mesmo artigo 68, e isso seria uma clara contradição, uma vez que é de conhecimento comum que as causas de aumento e de diminuição – presentes na terceira fase da aplicação da pena – têm a capacidade explícita de diminuir a pena para alguém ou aumentá-la para além do mínimo e do máximo, respectivamente, previsto em lei.

Portanto, não há que se falar de extensão do texto do artigo 59 aos artigos 61, 62, 65 e 66, assim como não se estende à terceira fase da pena, de modo que cada fase tem suas regras e seus limites, não cabendo analogias infundadas para justificar qualquer alteração do texto legal.

No que tange ao artigo 67, além do fato de o artigo 68 não fazer qualquer ressalva à observação do texto deste dispositivo para a limitação da valoração das circunstâncias legais, verifica-se, de novo, um equívoco do magistrado, pois tal artigo refere-se única e exclusivamente ao concurso de

circunstâncias legais, e a realidade do rompimento do limite legal pela aplicação de atenuantes vai muito além do concurso, uma vez que tais atenuantes são desconsideradas simplesmente pelo fato de a pena-base já ter sido aplicada no mínimo legal, independente de quantas sejam as atenuantes existentes no caso em concreto.

Verifica-se que o artigo 67 é uma regra para os casos específicos em que haja mais de uma atenuante e/ou agravante e, diante disso, o magistrado deverá dar preponderância às de natureza subjetiva, calcadas na personalidade do agente e nos motivos determinantes da prática da infração de modo que, por exemplo, diante de um caso real em que haja menoridade e o desconhecimento da lei, a menoridade preponderará sobre esta, conforme explica Damásio de Jesus⁹⁷ e Delmanto⁹⁸.

Todavia o fato de ser necessária a preponderância, a fim de criar um critério de aplicação de atenuantes e agravantes em concurso, não quer dizer que todas as circunstâncias atenuantes e agravantes dever-se-ão ser calculadas dentro dos limites previstos, pois essa não é uma regra disposta em nenhum artigo do Código Penal, nem mesmo no artigo 68, que determina as regras de aplicação do sistema trifásico.

Além disso, mesmo que a interpretação do artigo 67 se estendesse a todas as circunstâncias legais, verifica-se que o dispositivo traz em seu texto a expressão “**aproximar-se** do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes” (grifo nosso), ou seja, ele refere-se aos limites das próprias circunstâncias, e não do tipo penal, e mesmo que assim não o fosse, “aproximar-se do limite” não significa manter-se “dentro dos limites previstos”. E já restou comprovado que, quando é a intenção do legislador criar essa barreira de aplicação, ele o faz de maneira explícita e límpida, como é o caso do artigo 59, II, que fala “a quantidade de pena aplicável, **dentro** dos limites previstos” (grifo nosso).

Assim sendo, verifica-se a diferença entre o artigo 59, II e o artigo 67, onde um deixa claro que a intenção é a de “aproximar-se” dos limites, podendo afastar-se deles de acordo com a aplicação das circunstâncias oriundas do caso em concreto e, no outro a intenção é de limitar a quantidade “dentro” dos limites, não se falando em afastar ou aproximar, mas em limitar-se de acordo com o tipo previsto,

⁹⁷ JESUS, Damásio E de. *Código penal anotado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 248.

⁹⁸ DELMANTO, Celso. et al. *Código penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308.

comprovando-se a interpretação equivocada.

Ainda no que tange ao artigo 67, cumpre-se destacar que o texto deste refere-se às hipóteses em que ocorre o concurso de atenuantes e agravantes, todavia o que se debate não é apenas quando há a presença desse concurso, mas a impossibilidade da atenuação a pena na existência de qualquer circunstância legal.

Segundo a ordem da súmula 231, quando há a prévia estipulação do mínimo legal, durante a aplicação da pena-base, ocorrerá a restrição da aplicação de qualquer atenuante que possa existir no caso em concreto, pois o entendimento da doutrina majoritária é o de que, diante da pena-base já estipulada no mínimo, a segunda fase deverá ser descartada, a fim de que não se diminua ainda mais a pena com a incidência de atenuantes, não sendo uma ordem restrita apenas aos casos de concurso de atenuantes, mas atingindo os casos em que haja uma única atenuante que será completamente descartada, ainda que possua importantíssimo valor à resolução do mérito da causa (como é o caso da confissão).

Por todo o exposto, fica comprovada que a interpretação análoga dos artigos 59, II e 67, do Código Penal, são incabíveis diante do presente dilema, uma vez que o artigo 59 não se estende às demais fases de aplicação da pena, e o artigo 67 não abrange todas as hipóteses de ilegalidade e inconstitucionalidade que vêm ocorrendo no que tange à segunda fase da aplicação da pena e, mesmo que se considerasse justa a sua interpretação análoga, tal texto ainda é favorável à doutrina minoritária e não à majoritária, pois se utiliza da expressão “**aproximar-se** dos limites” (grifo nosso) e não “restringir-se aos limites”, ou “em obediência aos limites” ou até mesmo (como expressa o artigo 59, cuja intenção é a de, realmente, limitar o juiz) “**dentro** dos limites” (grifo nosso).

3.3. Analogia e o Direito Penal

No que diz respeito ao argumento acima, é cabível ressaltar que se trata de um argumento baseado em analogia, ou seja, em um método de integração da lei que consiste em uma interpretação extensiva ou indutiva que se tem do texto legal, decorrente da semelhança que o mesmo guarda com um outro texto legal, sendo uma interpretação que não restringe-se apenas à gramática do dispositivo

legal, mas regula-se por casos idênticos⁹⁹.

Para a interpretação analógica, não basta, portanto, que haja a semelhança entre casos, mas é também necessário que exista a mesma razão para que o caso seja decidido de igual modo (*Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo*)¹⁰⁰.

Tal método de integração¹⁰¹ da lei, todavia, jamais deverá ser confundida com as fontes formais de direito, pois não formulam diretamente uma norma jurídica, apenas servindo de orientação para o aplicador localizá-las, e também não se deve confundir com um processo de interpretação do Direito, porque a integração não se ocupa em definir o sentido e o alcance das normas jurídicas¹⁰².

Assim como os costumes, a analogia é admitida como um procedimento de integração legal, no âmbito do direito trabalhista, civil, processual civil e tributário, para integrar as lacunas deixadas pelo legislador. A lacuna, por sua vez, é uma omissão do legislador, tanto quando ele deixa completamente de tratar de determinado tema, como quando ele deixa a critério do julgador¹⁰³ a aplicação de determinada norma.

No caso em tela, há uma lacuna proposital deixada pelo legislador, a fim de dar alguma discricionariedade ao julgador no que tange à valoração das atenuantes e agravantes. Quanto a isso não há o que se discutir. Trata-se de um critério subjetivo de mensuração das circunstâncias legais, oriundo da interpretação do próprio magistrado ao caso em concreto.

Todavia, o que se tem havido é uma equivocada interpretação de que a lacuna presente diz respeito à aplicação das atenuantes e agravantes e não à valoração das mesmas. No que diz respeito à aplicação, todavia, não há que se falar em lacuna, uma vez que o legislador foi claro quando utilizou-se do advérbio “sempre”, tornando obrigatória a aplicação de tais circunstâncias, conforme dito anteriormente.

Apesar de ser evidente que a lacuna consista apenas no que tange à mensuração das circunstâncias legais, a doutrina majoritária vem insistindo no entendimento de que tal lacuna refere-se à obrigatoriedade da aplicação de tais

⁹⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 105.

¹⁰⁰ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 30 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 433.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 432.

¹⁰² NADER, Paulo, *Introdução ao estudo do direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 191-192.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 191.

circunstâncias, tendo, inclusive, já apresentado uma solução analógica para uma interpretação dos artigos 61 e 65 diferentes daquela que deveria ter-se ao ler tais dispositivos.

Tal doutrina simplesmente desconsidera completamente o termo “sempre”, justificando-se com a interpretação analógica tanto do disposto nos artigos 59, II, 65, IV, d, e 71 do Código Penal atual, conforme citado pelo Ministro William Patterson¹⁰⁴, quanto com o disposto no artigo 67, como visto no item anterior, que foi utilizado como justificativa pelo Ministro Felix Fisher¹⁰⁵.

O problema da interpretação de tais magistrados e da doutrina majoritária, consiste, contudo, no fato de que a analogia, por mais que admitida em diversos ramos do direito, é, bem como no Direito Fiscal¹⁰⁶, vedada também no Direito Penal, em decorrência do princípio da legalidade, já discorrido neste trabalho, que determina a regra do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, de modo que todo crime deve ser qualificado em lei e toda pena deve estar nela estabelecida.

Como majestosamente ensina De Plácido e Silva, a interpretação analógica no Direito Penal implicaria na usurpação do Poder Judiciário ao Legislativo, desta forma, o princípio da legalidade, que restringe o uso da analogia no Direito Penal, traz como resultado, o fato de que apenas o legislador pode incriminar e somente ele está permitido de estabelecer sanções e fixar penas para os delitos que qualificou.¹⁰⁷

Em assim sendo, por mais que a doutrina majoritária tenha se esforçado para achar uma solução a um problema por eles criado, verifica-se que não há qualquer dilema a ser resolvido no que tange à obrigatoriedade de aplicação das circunstâncias legais, de modo que sua aplicação para o rompimento do mínimo legal não se trata de uma ilegalidade, nem, muito menos, de uma interpretação errônea da norma, vez que o legislador deixou clara a sua intenção de tornar tal aplicação obrigatória quando utilizou-se do termo sempre (termo este pouquíssimas

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1991). *Recurso Especial nº 7.287/PR, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100004812&dt_publicacao=06-05-1991&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1997). *Recurso Especial nº 146056/RS, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatoria do Ministro Felix Fisher, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=3>>. Acesso em: 07 de mar. de 2015.

¹⁰⁶ NADER, Paulo, *Introdução ao estudo do direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 196.

¹⁰⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 106.

vezes utilizado pelo legislador, justamente por tratar-se de uma hipótese que não permite exceções e, por isso, deve ser utilizado com cautela).

Ademais, percebe-se que, mesmo quando há lacunas no Direito Penal – o que é uma verdade apenas no que tange à quantificação das circunstâncias atenuantes, mas não no tocante à aplicação em si –, ficará impedido o julgador de utilizar-se de analogias para a integração de tais lacunas, em decorrência do princípio da legalidade.

Portanto, não é cabível a interpretação analógica dos dispositivos do artigo 59, inciso II, ou 67, ou 71, ou quaisquer outros que sejam asseverados pela doutrina majoritária, pois a utilização da analogia no Direito Penal é equivocada e, conforme leciona a Ministra Maria Thereza de Assis Moura¹⁰⁸, “terminantemente proibida em direito penal”, em decorrência do princípio da legalidade. A Ministra explica que a interpretação analógica poderá ser feita, eventualmente, para fixar um preceito casuístico seguido de uma norma genérica, devendo amoldar-se à norma penal, sem nunca sobrepor-se aos princípios do Direito Penal, todavia, diverge da analogia, que consiste em “aplicar uma hipótese não prevista em lei” e é vedada no Direito Penal.

Ainda é cabível ressaltar que, além de o uso da analogia consistir em flagrante ilegalidade, e até inconstitucionalidade, uma vez que fere um princípio constitucional – o qual seja o princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal –, verifica-se que é uma clara analogia *in malam partem*, pois o réu está sendo limitado de seu direito da atenuação da pena, pelo simples fato de o julgador querer entender de forma divergente da norma clara expressa pelo legislador.

Verifica-se que, conforme acertadamente apontou a Ministra Maria Helena, é possível a aplicação da interpretação por analogia apenas nos casos em que haja lacunas da lei e tais deverão ser integradas, em respeito aos princípios do direito penal, apenas para fixar um preceito casuístico antes da aplicação de uma norma genérica.

No caso em tela, todavia, não há uma norma genérica, mas sim uma norma clara, taxativa e obrigatória; não há respeito aos princípios do direito penal,

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2011). *Recurso Especial nº 1022478/RN, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17632934&num_registro=200800099719&data=20111109&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 7 de mar. de 2015.

uma vez que resta clara a divergência de tal interpretação com os princípios da legalidade e da individualização da pena; e não há lacuna, pois “sempre” não permite mais de uma interpretação.

Em assim sendo, resta evidenciada a tentativa da criação de uma nova norma por analogia *malam partem*, a fim de proibir que o réu seja beneficiado com uma atenuante que lhe é de direito.

3.4. “Pena Zero” e Estipulação da Pena “*ad absurdum*”

Outro argumento da doutrina majoritária para a impossibilidade do rompimento do mínimo do tipo legal é que tal rompimento ensejaria a aplicação indiscriminada de atenuantes ou agravantes, uma vez que as mesmas não possuem um limite expreso no Código Penal, ao contrário das causas de aumento e diminuição o que, portanto, ensejaria em uma maior valoração às circunstâncias atenuantes e agravantes do que às causas de aumento e de diminuição, bem como ensejaria ainda a possibilidade de a pena chegar a quase zero ou de a pena ser elevada *ad absurdum* ilimitadamente, ameaçando, assim, o princípio da legalidade e da liberdade.

Todavia parece-me um tanto quanto ilógica tal afirmação, já que evidencia a intenção de evitar-se uma suposta ilegalidade com uma real ilegalidade. Ou seja: se algo ilegal pode vir a acontecer, deve-se exercer uma ilegalidade anterior, a fim de evitá-lo?

Inicialmente há que se falar que em nenhum momento a intenção foi a de supervalorizar as atenuantes. Deve-se perceber que o próprio legislador, ao fazer a distinção das três fases de aplicação da pena, tomou o cuidado de utilizar-se de termos diferentes para referir-se a segunda e a terceira fase, de modo que, nesta foram usadas as palavras “aumento” e “diminuição”, e naquela “atenuantes” e “agravantes”.

Verifica-se, portanto, que a intenção do legislador não é a de que na segunda fase haja a mesma ou maior diminuição do que na segunda, mas sim que haja uma “atenuação” da pena, isto é, que ela seja, de alguma forma, amenizada, suavizada, moderada.

O que ensejará, de fato, a diminuição em seu sentido estrito e em valor previamente estabelecido são as causas de diminuição. Quanto a estas não há

qualquer dúvida de que, por terem o papel de diminuir a pena, possuem maior valor do que aquelas, que tem a função de atenuar a pena, ou seja, que servem apenas para a moderação da pena, quando há presença de quaisquer dos requisitos elencados nos artigos 65 e 66, do CP.

Assim sendo, diante da diferença do peso que se dá à cada palavra escolhida pelo legislador, verifica-se que, apesar de não ter valoração prévia e expressamente estipulada no Código Penal, as circunstâncias atenuantes e agravantes deverão ser inferiores às causas de aumento e diminuição.

Se as causas de aumento e diminuição estipulam que poderão variar de 1/3 a 1/6, conclui-se que, conforme sugere Nucci¹⁰⁹, as agravantes e atenuantes não poderão ultrapassar o valor de 1/6.

Tal limitação se justifica porque, ao ver-se obrigado a cumprir o princípio da legalidade, o aplicador da lei deverá utilizar-se de parâmetros, mesmo que implícitos, que o possibilitem de obedecer à lei, e não criar uma nova, como é o que têm feito a doutrina majoritária, que optou por simplesmente ignorar a segunda fase da aplicação da pena, utilizando-se do argumento de que ela não poderá ser superior às causas de aumento e de diminuição, algo que, de fato, não poderá acontecer, mas também não poderá servir de escusa para o não cumprimento da lei, pois isso sim ensejaria uma ameaça ao princípio da legalidade.

Verifica-se que, no que tange às circunstâncias atenuantes e agravantes há, de fato, uma lacuna no que tange à valoração de tais circunstâncias, e não quanto à obrigatoriedade de sua aplicação, pois, como já restou comprovado no item 3.1.1., não há qualquer forma de interpretar-se o advérbio “sempre” de maneira diversa ao seu sentido *stricto sensu*, não havendo, portanto, que se falar em lacuna quanto à obrigatoriedade da aplicação da atenuante e, muito menos, em aplicação de costumes – que sequer são permitidos como fonte no direito penal – ou analogia para a sua interpretação.

O que acontece, na realidade, é que a lacuna presente nos artigos 61, 62, 65 e 66 diz respeito ao valor que deverá ser estipulado a tais circunstâncias, omitido pelo legislador, a fim de que se aplique um critério subjetivo à valoração de tais circunstâncias, analisando-se o fato em concreto.

Quanto a essa omissão de valores, que é real e evidente, há que se

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 499.

falar em uso de analogia para a integração, e tal analogia guiará a uma aplicação consciente das circunstâncias atenuantes e agravantes, não conduzindo a pena à zero ou a elevando *ad absurdum*, em prol do princípio da legalidade e da liberdade.

Todavia, a maneira de aplicar conscientemente as circunstâncias não é deixando de aplicá-las, como tem entendido a doutrina majoritária, mas sim estipulando que, apesar de seu critério subjetivo, tais circunstâncias não deverão ter um valor maior do que o valor das causas de aumento e de diminuição, por tudo que já foi dito até agora e por tais causas terem, comprovadamente, um valor superior às circunstâncias atenuantes e agravantes.

Assim sendo, as circunstâncias devem ter seu valor limitado, por analogia, ao limite do valor mínimo das causas de aumento e de diminuição, ou seja, o valor de um sexto, para que, de maneira alguma haja a pena zero, a elevação *ad absurdum* da pena, ou a não aplicação da segunda fase.

Verifica-se que a afirmação da pena zero e da elevação *ad absurdum* da pena não merece prosperar e não é válida para justificar a ilegalidade, esta sim real, que tem sido cometida no que tange à aplicação da segunda fase do sistema trifásico, que vem sendo desconsiderada pelos magistrados por entenderem que a sua aplicação poderia ensejar uma suposta ilegalidade, que não passa da esfera hipotética, ao contrário da ilegalidade que eles, de fato, cometem ao deixar de aplicar a segunda fase da pena, que constitui em clara ilegalidade, por desobediência aos textos dos artigos 61, 65 e 68, bem como uma inquestionável inconstitucionalidade, por desobediência aos princípios da individualização da pena e da legalidade.

3.5. A Aplicação Limitada das Atenuantes e o Consequente Favorecimento às Contravenções Mais Graves

Outra justificativa apontada pelos precedentes da Súmula para a impossibilidade do rompimento do mínimo legal é a de que “a aplicação da pena não pode ser produto de ‘competição’ entre os réus ou delinquentes”¹¹⁰. Para o relator Ministro Felix Fisher, não tem caráter decisivo o argumento de que dois réus, em uma hipótese de concurso de agentes, ambos com circunstâncias favoráveis, serem

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1997). *Recurso Especial nº 146056/RS, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatoria do Ministro Felix Fisher, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 07 de mar. de 2015.

condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter a seu favor mais de uma atenuante, consistir em injustiça e absurdo jurídico.

Primeiramente, cumpre-se destacar que, de fato, a aplicação da pena não deve ser vista como um produto de competição entre os réus, como colocou o Ministro, todavia, não se pode também aplicar as penas indiscriminadamente, dando ao Código Penal interpretações divergentes àquelas que o legislador buscava que se desse, tendo, inclusive, sido claro em seu texto, pois a pena não trata de uma mera forma de vingança social ao delito cometido. Ela deve ter um caráter reeducador e reintegrador do sujeito, bem como desencorajador da conduta ilícita, sempre sendo individualizada a cada caso em concreto e devendo-se utilizar-se da razoabilidade para determiná-la.

A individualização da pena consiste na tentativa de humanizá-la, para que o Estado não julgue todos aqueles que cometem delitos como igualmente “delinquentes”, já que as próprias circunstâncias do crime podem demonstrar que a questão não foi por delinquência, podendo, inclusive, sequer ser punida a ação do agente, caso analise-se o episódio em concreto e conclua-se que tal agente não agiu com dolo ou culpa, por exemplo.

Uma das fases dessa individualização da pena é, exatamente, a aplicação de atenuantes, logo, deve-se sim serem aplicadas as atenuantes, mesmo que para isso rompa-se a o mínimo legal, e isso porque as penas devem ser individualizadas e devem passar por um critério trifásico para serem aplicadas, sob pena de nulidade; e porque o artigo 68, do Código Penal, que estabelece a norma do sistema trifásico, não faz qualquer ressalva no que tange à impossibilidade do rompimento do mínimo, ao passo que, o artigo 65, por sua vez, é claro em sua ordem de que “**sempre** atenuam a pena” (grifo nosso).

Cumpre-se destacar que, além de consistir em injustiça e em um absurdo jurídico, não é razoável estipular que a segunda fase da aplicação da pena só beneficie um réu que ainda não atingiu a pena-base em razão de seu delito ter sido cometido de forma mais gravosa do que aquele que já a atingiu, pois isso fere o princípio da individualização da pena do réu que cometeu o delito de forma menos gravosa, fere o princípio da legalidade, no que diz respeito à aplicação obrigatória do sistema trifásico de Nelson Hungria e fere o princípio da igualdade, previsto no *caput*

do art. 5º da Carta Magna¹¹¹.

Se flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade não podem ser argumentos suficientes para comprovar a possibilidade do rompimento da pena mínima pelas atenuantes, então, de fato, não há mais que se falar em direitos e garantias fundamentais, em humanização do direito penal, ou em progresso do direito brasileiro.

Ao invés de progresso, então, verificar-se-á um retrocesso do Direito Penal brasileiro, que agora se limitará a beneficiar aqueles que agirem de maneira mais gravosa e não amparará aqueles que, além de possuírem conduta ilibada e boa personalidade, praticarem um delito com quaisquer atenuantes a seu favor.

O resultado de tal aplicação será um Direito Penal que não mais desencoraja a atitude ilícita, mas, ao contrário disso, que encoraje sua prática da forma mais gravosa possível, para que, aí sim, o réu possa ser beneficiado com a aplicação de atenuantes.

Além de todo o argumentado, ainda cabe questionar: se não é possível o rompimento do mínimo legal pelas atenuantes, para que elas servem, então? Pelo que se infere do discurso do Ministro, somado a leitura do disposto no artigo 59, do Código Penal, as atenuantes servem apenas para o benefício dos “delinquentes” não tenham uma conduta ilibada, sejam reincidentes, de má personalidade, tenham cometido o crime por motivo fútil ou torpe, sob as piores circunstâncias possíveis, cujo resultado foi o mais gravoso à vítima e que, por isso, não tenham sido condenados, em primeira fase da aplicação da pena, à pena-base, e não há que se questionar, pois as penas não devem ser “produto de competição” entre os réus.

Resta evidenciada a ilegalidade e a inconstitucionalidade da não aplicação das atenuantes da forma que vem sido feita, já que, como o é, tal circunstância passou a ser apenas um benefício aos réus mais perigosos, deixando de favorecer os de conduta ilibada e boa personalidade, mesmo que não haja qualquer ressalva no artigo 68 no que diz respeito à aplicação das atenuantes. O que ficou claro, portanto, foi a criação de uma nova norma pela jurisprudência, que vem sido indiscriminadamente aplicada, por mais injusta, ilegal e inconstitucional que seja.

¹¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 de fev. de 2015.

3.6. A Desvalorização da Confissão Espontânea

Outro resultado da aplicação das atenuantes da forma que vem sendo feita é a desvalorização completa da confissão espontânea, que é uma atenuante elencada no artigo 65, inciso III, alínea d, mas que, em decorrência da não aplicação correta das atenuantes, vem sendo desvalorizada pelo Direito Penal, já que os réus, graças à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, ao perceber que não serão agraciados com qualquer redução de sua pena, por menor que seja, não se verão mais incentivados a dar qualquer auxílio à resolução da lide.

A confissão espontânea é uma das principais formas de se resolver uma lide de maneira mais célere e menos onerosa, consistindo em um claro benefício para o Direito Penal, todavia, não é justo que apenas o magistrado e o Estado se beneficiem com tal ato, de forma que o legislador entendeu que o réu também deverá, de alguma forma, ser agraciado com uma atenuação de sua pena, ante sua colaboração para a resolução do mérito da questão. Agindo assim, o legislador acaba por incentivar o ato da confissão espontânea, que será um benefício para todos os envolvidos.

O que acontece é que, apesar de ser um benefício para todos os envolvidos, reduzindo, inclusive, os gastos do próprio Estado e os esforços do próprio magistrado – que deveriam mostrar-se deveras interessados por tal instituto –, em decorrência da Súmula 231, a confissão espontânea vem sendo completamente desencorajada, pois sabem agora os acusados que, mesmo que confessem seus atos, não ganharão nada em troca disso, pois o Superior Tribunal de Justiça definiu, indiretamente, que serão beneficiados com a atenuação da pena diante da confissão, apenas aqueles que não preencherem os requisitos do artigo 59 do Código Penal, de forma que os que preenchem todos aqueles requisitos, não serão mais incentivados a confessar e auxiliar no trâmite do processo.

Contudo é evidente a importância da confissão espontânea para o Direito Penal, não só no que tange à onerosidade do processo, mas também no tocante à sua celeridade, que é hoje um problema no direito brasileiro, devido ao alto índice de demanda do Poder Judiciário.

Diante da clara necessidade da confissão espontânea, o legislador fez a única coisa que poderia fazer, visando auxiliar a instrução do processo, que foi determinar uma forma de motivar o réu a auxiliar na resolução da lide, mas a

jurisprudência anos depois, criou um empecilho a essa celeridade e a essa redução de onerosidade, restando comprovado mais um ponto negativo da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça que, além de ser ilegal e inconstitucional, desencoraja um dos principais atos para uma resolução célere da lide.

3.7. Somente as Causas de Aumento e de Diminuição Permitem a Fixação da Pena Aquém ou Além dos Limites Previstos no Tipo

Por mais que já tenha sido repetido por diversas vezes que não haja qualquer limitação explícita para as circunstâncias atenuantes, tanto pela doutrina minoritária, quanto pela doutrina majoritária, um dos argumentos da doutrina majoritária é o de que somente as causas de aumento e de diminuição permitem a fixação da pena aquém ou além dos limites previstos no tipo, todavia esta não é uma ordem explícita em nenhuma parte do Código Penal, tendo sido uma regra criada pela própria doutrina majoritária, a fim de justificar o não rompimento do mínimo legal penas atenuantes.

A parte do Código Penal que refere-se às atenuantes e às agravantes limita-se a determinar que as mesmas deverão ser “sempre” aplicadas (art. 61 e 65, do Código Penal) e que comporão a segunda fase da aplicação da pena (art. 68 do mesmo Código), de modo que, neste segundo dispositivo, que diz respeito ao sistema trifásico, não há qualquer ressalva no tocante às circunstâncias agravantes ou atenuantes, como o faz para as circunstâncias judiciais, determinando que as mesmas obedeçam os critérios do artigo 59 – artigo este que determina explicitamente uma limitação às circunstâncias judiciais para dentro dos limites previstos no tipo penal –.

Em assim sendo, o argumento de que somente as causas de aumento e de diminuição podem levar a pena para aquém ou para além do mínimo e do máximo, respectivamente, penal, não encontra qualquer amparo no Código Penal, tratando-se, pois, de mais um costume criado para justificar a inaplicabilidade de atenuantes e agravantes para o rompimento dos limites previstos nos tipos penais.

3.8. Prevalência da Norma Superior

O voto proferido pelo Ministro William Patterson no Recurso Especial

7287¹¹², traz ainda a justificativa de não ser cabível reduzir a pena para aquém do mínimo legal com a incidência das atenuantes, porque isso contraria “a orientação jurisprudencial de outros Tribunais, inclusive o Egrégio Supremo Tribunal Federal”.

Primeiramente cumpre-se destacar que, por mais que seja entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, e até do Supremo Tribunal Federal, a impossibilidade da redução da pena para aquém do mínimo legal não passa de uma jurisprudência.

Jurisprudência, conforme leciona André Franco Montoro¹¹³, pode ter, no português, três significados, sendo o primeiro uma indicação da “Ciência do Direito”, em sentido estrito; o segundo refere-se a um conjunto de sentenças dos Tribunais, em sentido amplo, abrangendo tanto a jurisprudência uniforme quanto a contraditória; e o terceiro, que é a “jurisprudência” em sentido estrito, ou seja, apenas o conjunto de sentenças uniformes. Nesta última definição, encontra-se o significado de jurisprudência, utilizado pelo Direito Brasileiro, como uma fonte formal do direito positivo.

É importante ressaltar que, de fato, a jurisprudência tem um papel importante no Direito, pois ela, como dito anteriormente, é uma fonte formal do direito, de modo que deriva de uma interpretação que o juiz dá à lei, em determinado período de tempo, levando em consideração todas as alterações sociais à sua volta.

Um juiz, ao aplicar determinada norma passa a ser uma espécie de “criador de direito vivo”¹¹⁴, que observa todas as mudanças à sua volta, bem como a lei imposta naquele espaço-tempo, e determina de que forma mais benéfica à sociedade deverá ser feita a aplicação da lei, de acordo com as tendências sociais do momento, mas sempre limitado pela lei imposta pelo poder legislativo.

Todavia, apesar de ser sabida a importância da jurisprudência, deve-se ressaltar que a mesma não tem um papel tão significativo no ordenamento jurídico brasileiro e isso porque, no Brasil, há a predominância da lei escrita, de forma que, conforme bem ensinou Washington de Barros Monteiro (1980), “por mais reiterada que seja, a jurisprudência não constitui norma imperativa como fonte normal do

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1991). *Recurso Especial nº 7.287/PR, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100004812&dt_publicacao=06-05-1991&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

¹¹³ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 30 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 403.

¹¹⁴ *Ibidem*.

direito positivo”¹¹⁵, ou seja, nenhum juiz está obrigado a decidir um caso concreto de acordo com a jurisprudência dos tribunais Superiores, por mais afirmada que a mesma seja, ao passo que, nada impede que até mesmo os próprios Tribunais alterem suas jurisprudências, passando a orientá-las em sentido oposto aquele antes firmado.

Essa desvinculação do juiz para com a jurisprudência dos Tribunais superiores e até dos próprios Tribunais para com a jurisprudência por eles antes firmada, é resultado da premissa de que não incumbe ao Poder Judiciário a produção de lei, sendo este um papel única e exclusivamente do Poder Legislativo. Em assim sendo, as jurisprudências não tem papel, função ou força de lei, servindo as mesmas apenas para instruir os magistrados quando os mesmos encontrarem-se, por exemplo, diante de lacunas legais, sem saber como e o quê aplicar para o caso em concreto.

O que se percebe, portanto, é que a jurisprudência, como conjunto de decisões judiciais, consiste em uma fonte de deveres ou de direitos¹¹⁶, e ele complementa quando existente uma lacuna deixada pelo legislador, ou quando há um desacordo entre determinada norma e a realidade em que a sociedade vive.

Todavia, há de se ressaltar que, conforme afirmado por Kelsen¹¹⁷, deve ser feita uma diferenciação no que tange às fontes de direito. As decisões judiciais são fontes do Direito “num sentido **não** jurídico” (grifo nosso), uma vez que não possuem caráter vinculante, ao passo que as fontes do Direito positivo, são juridicamente vinculantes. As decisões judiciais, portanto, apenas terão o caráter vinculante quando uma norma jurídica positiva a delegue como fonte de Direito.

Nesse sentido, reitera-se a conclusão, já antes apresentada, de que as jurisprudências visam integrar lacunas e orientar os aplicadores da lei, todavia não têm um caráter vinculante, de modo que, “num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito”¹¹⁸.

É válido memorar que, no direito brasileiro, há a prevalência da lei escrita, principalmente no Direito Penal, que é regido pelos princípios da legalidade e da anterioridade legal, portanto, tal jurisprudência poderá servir para que o legislador entenda as alterações da sociedade e interprete a norma legal, todavia,

¹¹⁵ MONTEIRO, 1980, *apud* André Franco Montoro. *Introdução à ciência do direito*, 2013. p. 406.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 163.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

não deverá ser aplicada a jurisprudência quando a mesma for contrária à lei, justamente porque a jurisprudência não tem força de lei, e pelo fato de que, conforme anteriormente citado, a lei somente será alterada com nova lei.

No que diz respeito exclusivamente ao Direito Penal, deve-se entender que o mesmo é uma norma de caráter incriminador e, por isso, a sua interpretação deve atender diversos princípios, a fim de que a parte ré não seja completamente desfavorecida pelo texto penal.

Como sabiamente explica Víctor Gabriel Rodríguez¹¹⁹, a função garantista do Direito Penal luta por sua interpretação cada vez mais restrita, pois consiste em uma norma incriminadora, que trará prejuízos aos direitos do acusado. Rodríguez assevera que, com a interpretação restrita, toda a sociedade acabará sendo beneficiada, e isso porque, diante da interpretação restrita, exige-se que o legislador tenha uma maior precisão ao elaborar a norma, sem deixar brechas ou dúbias interpretações em seu texto, de forma que toda a sociedade passará a ter a segurança de que a vontade punitiva norteia-se por princípios democráticos, e não por uma determinada interpretação baseada em razões de política criminal.

Acontece que, mesmo diante de evidências que comprovem ser melhor para toda a sociedade que o texto legal seja interpretado estritamente, é sabido que a norma penal ainda possui determinadas brechas e falhas, diante disso, incumbe ao magistrado a difícil tarefa de afastar-se da interpretação estrita da norma, sem fugir à vontade expressa da lei, a fim de procurar entender a vontade do legislador no momento da produção da norma.

Para auxiliar a busca pela vontade da norma, deverá o intérprete orientar-se pela hierarquia de normas impostas no Direito brasileiro, que determina que a norma superior prevalecerá sobre a inferior. Portanto, em busca de entender o texto penal, deverá o intérprete voltar-se à sua norma hierarquicamente superior, ou seja, à Constituição, e nunca à uma norma hierarquicamente inferior – como é o caso da jurisprudência –.

Diante do que foi até aqui exposto, é possível visualizar que a jurisprudência é deveras importante para o Direito brasileiro, principalmente no que tange à sua capacidade evidenciar as alterações sofridas pela sociedade e apontar o descabimento e desuso de algumas leis.

¹¹⁹ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 70.

Porém as jurisprudências não têm força de lei e, por isso, é um equívoco alegar que não é possível interpretar determinada lei de uma forma ou outra, simplesmente porque isso contraria a jurisprudência, pois não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma norma que determine a necessidade da vinculação das decisões com o entendimento jurisprudencial, já que os intérpretes da norma deverão apenas ater-se aos textos legais e, quando necessária uma alteração dos mesmos, se dará mediante uma nova lei, sendo incabível a inaplicabilidade de uma lei pelo simples fato de existir uma jurisprudência contrária a ela.

Além do fato de a jurisprudência não ter força de lei e de não ser necessária a vinculação dos magistrados à mesma, existe no Direito Penal a regra de que o mesmo deverá ser interpretado restritivamente e, no caso em tela, verifica-se uma norma que determina que “são circunstâncias que **sempre** atenuam a pena: (...)” (grifo nosso), portanto, diante da função garantista do Direito Penal e da necessidade de que a lei seja interpretada restritivamente, bem como ao fato de que o intérprete da norma deverá utilizar-se dos valores sociais apenas para preencher as lacunas legais, não sendo, contudo, coautor da lei, portanto, sendo inadmissível a alteração do sentido do texto normativo quando unívoco¹²⁰, não é cabível, em hipótese alguma a interpretação divergente deste enunciado.

Tanto pelo fato de o direito penal ser garantista, quanto pelo fato de o intérprete não ser coautor da norma, bem como pela regra de que a norma deverá ser interpretada de acordo com a prevalência da norma hierarquicamente superior, verifica-se que não há que se falar em impossibilidade da redução da pena para aquém do mínimo legal com a aplicação de atenuantes, fundamentando-se na orientação jurisprudencial dos Tribunais – inclusive do Egrégio Supremo Tribunal Federal –, pois isso consistiria em uma ilegalidade.

3.9. A Súmula *contra legem*

Restou demonstrado que a existência de jurisprudência não é suficiente para justificar uma interpretação da norma de maneira contrária ao que está expresso no dispositivo legal, de modo que fora também ressaltada a

¹²⁰ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 77.

importância da jurisprudência para o ordenamento jurídico brasileiro, não tendo a função de fonte primária do Direito, mas podendo ser considerada uma fonte mediata do mesmo.

Após essas considerações é necessário falar, especificamente, das Súmulas, já que tal jurisprudência, que dá uma nova interpretação à norma disposta no art. 65 do Código Penal, foi sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, cabe destacar que o papel da Súmula é proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, bem como facilitar o trabalho dos Tribunais e dos advogados, simplificando a resolução de questões frequentemente julgadas.

Wanderley José Federighi¹²¹ explica que as súmulas são condensações de vários acórdãos, no mesmo sentido, a respeito de uma determinada tese jurídica, não possuindo efeito obrigatório, apesar do fato de que, após sumulados, diversos preceitos não mais são discutidos.

É preciso entender, todavia, que as Súmulas tem função apenas de auxílio ao Direito, não podendo ser vistas como verdades absolutas, nem tampouco podendo ensejar na acomodação dos advogados ou magistrados diante de seus enunciados, de forma que, deve-se rogar pelo cancelamento das mesmas quando já não mais atenderem as necessidades sociais.

Diante disso, verifica-se que as Súmulas, assim como a jurisprudência não sumulada, tem o objetivo de auxiliar a aplicação e a interpretação do direito, não tendo, contudo, um caráter imóvel, podendo vir a serem alteradas ou canceladas, quando verificar-se a incompatibilidade destas com o contexto social em que esteja inserida.

Assim sendo, resta comprovada a importância das Súmulas no Direito Brasileiro, todavia, deve-se ter devida atenção ao que se denomina súmula *contra legem*, que consiste em uma condensação de decisões equivocadas e contrárias à lei.

Por mais que seja sabido que os juízes não são como ilhas e que, apesar de ser deles exigida a imparcialidade, eles possuem suas convicções e paixões, é necessário que os mesmos não deixem estas convicções intervirem em seus julgamentos, de modo que, conforme explica Federighi¹²², é quando encontra-

¹²¹ FEDERIGHI, Wanderley José. *Jurisprudência e direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 25-26.

¹²² *Ibidem*. p. 54

se um juiz que separa “o joio do trigo”, não deixando suas convicções e paixões influírem em seus julgamentos, que verifica-se, de fato, “um verdadeiro juiz de Direito”.

A questão que aqui se coloca é a de que, apesar de a lei ser omissa, o papel dos juízes é apenas o de aplicação da lei, não havendo que se falar em interpretação do juiz de acordo com suas convicções do justo ou injusto para a integração de lacunas, e isso se infere do princípio da legalidade, disposto na própria Constituição Federal, que determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude **de lei**”¹²³ (grifo nosso), não sendo cabível ao juiz julgar de forma alheia à legislação quando a mesma não for omissa, e mesmo que omissa seja, será obrigatório o norteamento do magistrado pelos princípios e garantias fundamentais, e não por suas convicções próprias ou seus próprios ideais de justiça.

Resta comprovada a importância das Súmulas para o Direito, todavia, no caso concreto da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, o que se constata é que a mesma é uma Súmula *contra legem*, criada diante de um texto completo, com puro intuito de dar a este uma interpretação diversa àquela que dar-se-ia ao fazer uma leitura simples de seu enunciado. Tal súmula não foi produzida, como deveria, diante de uma omissão do legislador. Ao invés disso, ela foi criada para ditar uma nova norma divergente da disposta no Código Penal, consistindo em súmula claramente *contra legem*.

O ponto, porém, é que a súmula *contra legem* é vedada no ordenamento jurídico brasileiro, justamente pelo disposto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, que determina que o ordenamento jurídico será regido por leis, não incumbindo a ninguém a determinação de penas que não estejam dispostas nas mesmas

Em assim sendo, verifica-se que a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, por mais que recheada de precedentes e defendida por diversos doutrinadores, consiste não só em flagrante ilegalidade, mas também em inconstitucionalidade, pois trata de um texto que não fere somente o disposto em lei ordinária, mas também a princípios constitucionais – como o da legalidade e da

¹²³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 de fev. de 2015.

individualização do pena –.

Diante de tudo que foi explicado, é ainda cabível asseverar que poderia ser criada uma Súmula que estipulasse uma mensuração para a aplicação de atenuantes e agravantes, uma súmula que, diante da lacuna deixada pelo legislador, a fim de propiciar uma maior subjetividade ao valor a ser aplicado pelo juiz no que tange às atenuantes e agravantes, em determinados casos concretos, alegasse, por exemplo, que não dever-se-á aplicar às circunstâncias agravantes e atenuantes valor superior ao valor mínimo das causas de aumento e de diminuição. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça limitou-se a tratar de um tema que não possui qualquer lacuna a ser integrada, criando, assim, uma nova norma.

CONCLUSÃO

O Direito Penal brasileiro, regido pelo Código Penal de 1940, cuja Parte Geral foi alterada em 1984, sofreu diversas alterações ao longo dos anos, tendo em vista que, após sua decretação, sobreviveu a três Constituições brasileiras, sendo a última a de 1988, vigente até hoje, que tem um conteúdo mais humanitário e garantista, visando o bem-estar social e a garantia de direitos fundamentais a todos os cidadãos.

O Direito Penal hoje é norteado por uma série de Princípios dispostos pela Constituição Federal tanto de forma expressa (princípios da legalidade, da personalidade da pena, da individualização da pena e da humanização), quanto de forma implícita (princípios da proporcionalidade e da função ressocializadora da sanção penal) e os intérpretes e aplicadores da norma penal deverão sempre atentar-se a tais princípios, assim como deverá fazê-lo o legislador, ao alterar, revogar ou criar uma nova norma no Direito Penal.

É sabido que o Direito Penal, assim como qualquer outro ramo do Direito, possui lacunas em sua legislação, e essas lacunas trazem dúvidas de como poderá ser feita a integração, uma vez que este ramo do direito é regido pelo Princípio da Legalidade e não permite a integração de sua norma por analogia, costume, ou princípios do direito.

Em assim sendo, surgem as jurisprudências, que auxiliam a aplicação do Direito Penal ao tempo atual, bem como amparam o legislador no que tange à verificação da incompatibilidade de uma determinada norma penal com os padrões da sociedade, direcionando-o à correta alteração ou revogação do texto, em prol da sociedade.

Em decorrência de um aglomerado de jurisprudências em um mesmo sentido, surgem as Súmulas, que nada mais são do que um compilado dessas jurisprudências, servindo também para auxiliar a aplicação do direito, tanto para os advogados, quanto para a promotoria e os juízes, porém, deve-se lembrar de que as Súmulas, assim como as jurisprudências, não tem condão de revogação de lei, servindo apenas para auxílio e não devendo ensejar uma acomodação dos atores da lei, de forma que os mesmos deverão arguir nos casos em que as Súmulas mostrarem-se incompatíveis com a realidade social, a fim de que os Tribunais as

cancelarem ou as alterarem, pois seus textos não são definitivos.

A questão, contudo, é a de que, conforme dito, as jurisprudências e as Súmulas – assim como a analogia, os costumes e os princípios de Direito no campo do Direito Civil – atuam no campo do Direito Penal apenas como fontes jurídicas mediatas, a fim de preencher lacunas, não sendo admissíveis, em hipótese alguma, quando contrárias à lei, isso porque o princípio da legalidade veda, no Direito Brasileiro, a aplicação de normas ou sanções não dispostas em lei.

Frisa-se que, no Direito Penal, apenas uma lei pode alterar a outra, não havendo que se falar em novo texto legal ou inaplicabilidade de um texto legal simplesmente porque é contrário à jurisprudência, pois, assim como o Direito Penal deve adequar-se à Constituição, a jurisprudência é quem deve adequar-se ao Direito Penal e à Constituição, em decorrência da prevalência da norma hierarquicamente superior, não sendo admissível dar à jurisprudência força de lei.

A Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, porém, além de precedida por uma série de argumentos que não merecem prosperar, constitui o que se denomina uma súmula *contra legem*, pois configura uma tentativa clara de alteração do artigo 65 do Código Penal, que dispõe declaradamente a obrigatoriedade da aplicação das atenuantes, não havendo qualquer ressalva que impossibilite a aplicação das mesmas.

A limitação da aplicação de atenuantes quando isso acarretar na mensuração da pena aquém do mínimo legal, portanto, configura uma ilegalidade, pois é contrária ao disposto no artigo 65 do Código Penal, bem como ao texto do artigo 68 do mesmo Código, que ordena o sistema trifásico da aplicação da pena, não permitindo que se exclua a segunda fase – na qual se aplicam as circunstâncias legais atenuantes ou agravantes.

A limitação trata-se, ainda, de uma evidente inconstitucionalidade, pois fere o Princípio da Legalidade e o Princípio da Individualização da Pena (esse segundo porque um dos critérios para a individualização da pena é a aplicação de atenuantes e agravantes de modo que, deixar de aplicar essas circunstâncias legais enseja a desobediência da individualização da pena e, conseqüentemente, a aplicação de penas genéricas para crimes similares cometidos por agentes diferentes).

A aplicação da súmula *contra legem* 231 do Superior Tribunal de Justiça acarreta uma série de injustiças, como a aplicação de penas genéricas em

um sistema penal que passou por diversas alterações e, teoricamente, atualmente repudia a aplicação de penas sem o objetivo de reintegração, educação e ressocialização.

Igualmente, a aplicação de tal súmula acarreta no desmerecimento de uma das atitudes que mais auxilia a resolução do mérito de forma célere e pouco onerosa, a qual seja a confissão espontânea, que deixa de ter qualquer valor para o acusado, uma vez que o mesmo saberá que, diante de sua boa personalidade, ele não será beneficiado pela atenuante da confissão espontânea, pois a Súmula limitou tal benefício apenas àqueles que não tiverem sua pena-base calculada no mínimo legal, ou seja, àqueles que não tenham conduta ilibada, ferindo o princípio da isonomia, além de tudo.

É ainda cabível asseverar que poderia ser criada uma Súmula no que tange à valoração de atenuantes e agravantes, isso porque tais circunstâncias estão disciplinadas no Código Penal como obrigatórias, mas sem um valor específico determinado, pois o legislador deixou essa lacuna a fim de propiciar uma maior subjetividade ao valor a ser aplicado pelo juiz no que tange a tais circunstâncias, para que o mesmo possa variar de acordo com os casos concretos. Aí sim, comprovada a existência da lacuna, poderia a jurisprudência criar uma Súmula asseverando, por exemplo, que não dever-se-á aplicar às circunstâncias agravantes e atenuantes valor superior ao valor mínimo das causas de aumento e de diminuição.

Todavia, o que fez o Superior Tribunal de Justiça foi criar uma nova norma a fim de substituir o texto penal disposto no artigo 65, do Código Penal, que não preocupa-se com a real lacuna deixada pelo legislador, mas sim com a necessidade de vedar a aplicação do disposto no artigo 65, de modo que sequer há uma disposição do Superior Tribunal de Justiça ao que refere-se às causas agravantes, então chega-se a questionar se, de fato, a preocupação do Superior Tribunal é aquela alegada nos precedentes ou se não é somente a de criar uma nova norma, contrária ao disposto nos artigos 68 e 65 do Código Penal.

Assim sendo, resta evidenciada a inconstitucionalidade e a ilegalidade da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, de modo que deveria haver uma revisão de seu texto e o seu conseqüente cancelamento, já que a mesma não condiz com qualquer princípio penal ou constitucional, além de ensejar uma série de injustiças.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Direito constitucional e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 5 ed. Brasília: OAB Editora, 2004.

BRASIL. Ato institucional (1968). *Ato Institucional n° 5, de 13 de dezembro de 1968*. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

_____. Código Criminal (1830). *Código Criminal do Império do Brasil*, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

_____. Decreto (1940). *Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26 de fev. de 2015.

_____. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*, disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*, disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*, disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

_____. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*, disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*, disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*, disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm#art189>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 26 de fev. de 2015.

_____. BRASIL. Decreto (1890). *Decreto n° 848, de 11 de outubro de 1890*.

Organiza a Justiça Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm>.

Acesso em: 26 de fev. de 2015.

_____. Decreto (1932). *Decreto n. 22.213 ? de 14 de dezembro de 1932*. Aprova a Consolidação as Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe, disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=27379&norma=42869>>. Acesso em: 26 de fev. de 2015.

_____. Decreto (1942). *Decreto-lei n° 4.657, de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 de mar. de 2015.

_____. Emenda Constitucional (1969). *Emenda Constitucional n° 1, de 17 de outubro de 1969*. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

_____. Lei (1977). *Lei n° 6.416 de 24 de maio de 1977*. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6416.htm>. Acesso em: 03 de mar. de 2015.

_____. Lei (1984). *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em: 03 de mar. de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1991). *Recurso Especial nº 7.287/PR, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100004812&dt_publicacao=06-05-1991&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1992). *Recurso Especial nº 15.691/PR, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Voto Vista do Ministro Vicente Cernicchiaro, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100212121&dt_publicacao=03-05-1993&cod_tipo_documento=3>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1994). *Recurso Especial nº 46182/DF, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400088477&dt_publicacao=16-05-1994&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>>. Acesso em: 04 de ago. de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1994). *Recurso Especial nº 32.344/PR, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatoria do Ministro Vicente Cernicchiaro, Brasília*, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199300046675&dt_publicacao=17-05-1993&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1994). *Recurso Especial nº 49500/SP, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatoria do Ministro Assis Toledo, Brasília*, disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400166222&dt_publicacao=15-08-1994&cod_tipo_documento=2>. Acesso em: 08 de mar. de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1995). *Recurso Especial nº 30.705/SP, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200331432&dt_publicacao=03/04/1995>. Acesso em: 11 de março de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1997). *Recurso Especial nº 146056/RS, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatoria do Ministro Felix Fisher, Brasília*, disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700604985&dt_publicacao=10-11-1997&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 07 de mar. de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1999). *Súmula n. 231*, disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 07 de mar. de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2011). *Recurso Especial nº 1022478/RN, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17632934&num_registro=200800099719&data=20111109&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 7 de mar. de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2012). *Recurso Especial nº 1.200.125/RS, da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília*, disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001157390&dt_publicacao=15/06/2012>. Acesso em: 11 de mar. de 2015.

DELMANTO, Celso. et al. *Código penal comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEDERIGHI, Wanderley José. *Jurisprudência e direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FIGUEIREDO., & Vizeu, L. (1975). *Lições de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013. [VitalSource Bookshelf version], disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5107-8/epubcfi/6/30>>. Acesso em: 25 de fev. de 2015.

FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 1: parte geral. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JESUS, Damásio E de. *Código penal anotado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes/Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Viena Mota*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 30 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NADER, Paulo, *Introdução ao estudo do direito*. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PORTO, Walter Costa, *Constituições brasileiras*, volume IV, 1937. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

SENADO FEDERAL. *Introdução ao direito constitucional*. Turma 08. Instituto Legislativo Brasileiro. Apostila, disponível em: <<http://saberes.senado.leg.br/>>. Acesso em: out. de 2014.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 28 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.