



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

MÁRCIO CRISTIANO DA SILVA DA ROCHA

INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231/STJ

Brasília

2020

MÁRCIO CRISTIANO DA SILVA DA ROCHA

INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231/STJ

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Prof. Betina Günther, M.a

Brasília

2020

MÁRCIO CRISTIANO DA SILVA DA ROCHA

INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231/STJ

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Prof. Betina Günther, M.a

CIDADE, DIA MÊS ANO

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

SUMÁRIO

RESUMO	7
INTRODUÇÃO	8
1 PENA E DIREITO PENAL	9
1.1 Conceito.....	9
1.2 Evolução da aplicação da pena.....	13
2 DOSIMETRIA DA PENA – NELSON HUNGRIA	15
3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAI S.....	17
3.1 Princípio da legalidade.....	17
3.2 Princípio da individualização da pena.....	19
4. INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231/STJ	23
CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
REFERÊNCIAS	31

SÚMULA 231/STJ: INCONSTITUCIONALIDADE

Márcio Cristiano da Silva da Rocha¹

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar o verbete sumular n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, que assim preceitua: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Essa Súmula, então, decorre de uma construção doutrinária feita pelo STJ, em 1999, que viola frontalmente o sistema trifásico de dosimetria da pena e vários princípios constitucionais, em especial, o da individualização da pena. Ela impede, por exemplo, a atenuação da pena, na segunda fase da dosimetria de Nelson Hungria, quando o agente parte da primeira fase com a pena fixada no mínimo legal. Porém, o art. 65 do CP dispõe de circunstâncias que sempre atenuam a pena, não trazendo nenhuma ressalva quanto a sua aplicação. Ademais, tal artigo determina atenuar a pena em razão de condições e circunstâncias pessoais do acusado. Com isso, a determinação sumular acaba por violar o princípio constitucional da individualização da pena, ao desconsiderar, por exemplo, o fato de o acusado ser menor de 21 anos. Outra consideração é que a dosimetria da pena no Código Penal se faz com base no sistema trifásico de Nelson Hungria, implementado com a Reforma de 1984. Então, caso o apenado, na primeira fase, recebe a pena-base no mínimo legal, o magistrado salta diretamente para a terceira fase, adotando o sistema bifásico, que foi afastado com a Reforma, violando o art. 68 do CP que determina três etapas. Por fim, haja vista um Estado Democrático de Direito, uma rediscussão da constitucionalidade dessa Súmula faz-se necessária.

Palavras chave: Súmula 231 STJ. Dosimetria da pena. Circunstâncias atenuantes. Pena abaixo do mínimo. Inconstitucionalidade.

¹ Estudante do Curso de Direito do UniCEUB. E-mail: marcio.cristiano@sempreceub.com.

INTRODUÇÃO

Ab initio, é mister fazer um passeio sobre os diferentes conceitos de pena e sua evolução histórica no que concerne a sua aplicação para, depois, apresentar os problemas no tocante à Súmula 231/STJ³.

Além do mais, é necessária uma reflexão acerca da dosimetria da pena antes de 1984, na vigência do sistema binário de Roberto Lyra. Um dos problemas desse sistema era a divergência que se tinha no *quantum* da pena para delitos semelhantes. Ademais, o motivo dessa divergência era a ampla abertura para a discricionariedade do magistrado no momento de dosimetrar a reprimenda.

Por outro lado, com a reforma da parte geral do Código Penal em 1984, foi adotado o sistema trifásico no cálculo da pena.

Então, Néelson Hungria, grande defensor do sistema trifásico, entendia que a pena deveria passar por três fases. Com isso, deveria o juiz analisar, primeiramente, as circunstâncias judiciais previstas, hoje, no art. 59 do CP, para, *a posteriori*, levar em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, analisar as causas de aumento e de diminuição, previstas na Parte Geral ou na Parte Especial⁴.

Assim, o cálculo da pena, ao passar por mais etapas, resulta em penas mais próximas para delitos semelhantes. Este sistema foi então cravado no artigo 68 do Código Penal:

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento⁵.

Posto isto, é fundamental a análise das três fases desse sistema para a compreensão do problema apresentado por este trabalho sobre a inconstitucionalidade da Súmula 231/STJ

³ **Súmula 231** - A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (Súmula 231, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/1999, DJ 15/10/1999)

. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>

⁴ SHECAIRA. Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR. Alceu. Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 174-175.

⁵ BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

(“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”).

Ademais, serão apontados alguns princípios constitucionais penais diretamente afetados pelo verbete sumular, como o da individualização da pena, o da legalidade e o da dignidade da pessoa humana, tudo com o intuito de demonstrar que esse verbete deve ser afastado do ordenamento jurídico.

Dentre esses princípios, a súmula apresenta violação chapada ao que preceitua o princípio da individualização da pena, pois determina relação direta entre a conduta praticada e o ergástulo imposto, desprezando fatores subjetivos como, por exemplo, a menor idade relativa.

Por fim, o presente trabalho terá fundamento em pesquisa jurisprudencial e nos ensinamentos da doutrina criminal a fim de apresentar, como conclusão, uma análise crítica da súmula, sustentando-se sua inconstitucionalidade e a necessidade de uma nova releitura da dosimetria da pena.

1. PENA E DIREITO PENAL

1.1 CONCEITO

A palavra “pena” provém do latim *poena* e do grego *poiné* e tem o significado de infligência de dor física ou moral ao transgressor de uma lei⁷.

Ademais, o primeiro relato que se tem sobre pena está expresso na Bíblia, *in verbis*:

Então o Senhor Deus declarou à serpente: "Já que você fez isso, maldita é você entre todos os rebanhos domésticos e entre todos os animais selvagens! **Sobre o seu ventre você rastejará, e pó comerá todos os dias da sua vida**⁸.(grifo nosso)

Nesse sentido, pena seria o sofrimento imposto pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado de infração criminal⁹.

⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: *parte geral*. v. 1. 19 ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 47.

⁸ Bíblia Sagrada, gênesis 3, versículo 14.

⁹ EUGENIO, Cuello Calón. Derecho Penal. v. 1. Barcelona: Bosch, 1935, p. 544.

O Direito Penal, por conseguinte, é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas¹⁰.

Na mesma direção, Nucci conceitua Direito Penal como sendo o corpo de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação¹¹.

Dentro desse conceito, situa-se, portanto, a pena, que vem a ser a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes¹².

Outro conceito aponta ser a pena uma imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada, pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal¹³.

Sendo assim, pena é a resposta estatal aos que violam normas de convivência, instituto excepcional e subsidiário de controle social, visando proteger bens considerados essenciais à vida harmônica em sociedade¹⁴.

Nessa linha, narra Jorge Severiano:

De quando em quando, não apenas os indivíduos dentro da vida em sociedade, não se compreendem e entram em conflito, como seus interesses assumem forma prejudicial à vida coletiva.

Quando isto ocorre, diz-se que a ordem jurídica, fundamento da harmonia social, está alterada ou banida. Torna-se necessário restabelece-la, para o bem estar *communis*, e se a restabelece por meio da pena – elemento sancionador da lei, e nota diferenciadora da norma jurídica, da norma simplesmente moral.

Diante do exposto acima, a seguinte conclusão é certa, é fatal: o direito repressivo é uma necessidade¹⁵.

¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 5 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 27.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: Parte Geral Arts. 1º a 120 do Código Penal*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 59.

¹²NUCCI, Guilherme de Souza. *Conceito de pena*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-de-pena>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

¹³ SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte, ed. Del Rey, 2001, p. 182.

¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 8. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008. p. 488.

¹⁵ SEVERIANO, Jorge. *Justificativas Penas: ordem de superior legítimo. Estado de necessidade. Legítima defesa*. Livraria Jacyntho, Rio de Janeiro, vol. 5, p. 7-18, jun. 1936. p. 8-9.

Já Magalhães Noronha:

Em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: a *vingança privada*, a *vingança divina*, a *vingança pública* e o *período humanitário*. Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente, ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado¹⁶.

Então, na primeira fase, a vingança privada tinha como único fundamento a pura e simples retribuição a alguém pelo mal praticado. Essa vingança podia ser exercida não somente por aquele que havia sofrido o dano, como também por seus parentes ou mesmo pelo grupo social em que se encontrava inserido¹⁷.

Interessante passagem Bíblica faz menção à existência das chamadas “cidades refúgios”, destinadas a impedir que aquele que houvesse praticado um homicídio involuntário, ou seja, um homicídio de natureza culposa, fosse morto pelo vingador de sangue¹⁸ - a vingança privada.

Ademais, para impedir que parentes pagassem pelos atos do assassino, a Lei de Talião trouxe, ainda que de forma tímida, o princípio da proporcionalidade “olho por olho” e “dente por dente”, traduzindo a ideia de justiça, embora ainda ligada à vingança privada¹⁹.

Sobre essa Lei, esclarecem María José Falcón y Tella e Fernando Falcón y Tela:

Durante milênios o castigo dos atos criminais se levava a cabo mediante a *vingança privada*. A intervenção da coletividade se dava somente para aplacar a cólera de um deus que se supunha ofendido. Se produzia uma identificação delito-pecado, ideia que informará durante anos de forma decisiva toda a fisionomia penal. Nesta evolução, o *talião* supôs um tímido intento a fim de superar a absoluta arbitrariedade com que se aplicava a pena anteriormente²⁰.

Porém, para Carnelutti, o talião ainda não foi afastado dos sistemas penais atuais. Onde se tem prevista a pena de morte, geralmente ela é aplicada aos crimes mais graves, como o homicídio. Está-se, então, diante do talião nos tempos modernos²¹.

¹⁶ NORONHA, E. Magalhães. Direito penal: *parte geral*. v. 1, p. 20.

¹⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: *parte geral*. v. 1. 19 ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 47.

¹⁸ BÍBLIA, AT, Números 35. Versículo 6.

¹⁹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: *parte geral*. v. 1. 19 ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 48..

²⁰ FALCÓN Y TELLA, María José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción* – um derecho a castigar? p. 97.

²¹ CARNELUTTI, Francesco. El problema de la pena. Espanha: Juridicas Europa, 1947, p. 23.

Na vingança divina, por sua vez, Bruno Aníbal explica que o homem primitivo não regulava sua conduta pelos princípios da causalidade e da consciência em torno de sua essência e circunstância, mas sim no “*temor religioso ou mágico, sobretudo em relação com o culto dos antepassados, cumpridores das normas, e com certas instituições de fundo mágico ou religioso*”²².

Então, essa visão mágica e contraditória do homem e do mundo era nutrida pelos *totens e tabus*, os quais marcavam presença nas diversas modalidades da pena, com nítido e singular caráter expiatório²³.

Nas lições de Bitencourt, “*o castigo era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação*”²⁴.

Nessa fase, o direito de punir estava nas mãos da Igreja, que o exercia com arbitrariedade e sem nenhuma humanidade. Ademais, o culpado da prática de uma infração era condenado à morte de maneira cruel, sendo queimado, apedrejado, ou submetido a outros métodos desumanos.

Por outro lado, a centralização do poder deu origem a outra maneira mais segura de repressão, sem dar margem ao contra-ataque²⁵, a vingança pública. Nessa linha, a pena cominada ao agente passou a ser resposta oficial do Estado, com o intuito de proteger a coletividade.

Porém, o arbítrio em estipular penas cruéis e desumanas, sem uma cominação prévia associada ao delito, e o poder absoluto na mão das classes dominantes deixaram a população aterrorizada, pois não havia previsibilidade na ação estatal, resultando em insegurança jurídica²⁶.

Por fim, o período humanitário trouxe consideráveis modificações em diversas áreas do conhecimento, durante o Séc. XVIII, conhecido como “Século das Luzes” e, em se tratando de direito penal, a obra de Cesare Bonesana foi o divisor de águas.

²² BRUNO, Aníbal. Direito Penal: *parte geral*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I, p. 54.

²³ MASSON, Cléber. Direito Penal Esquematizado: *parte geral*. v. 1. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 74.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, v. 1, p. 73.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: *parte geral*. v. 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 115.

²⁶ JORGE, Wiliam Wanderley. Curso de Direito Penal: *Parte geral*. v. 1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 66.

Nessa obra, Marquês de Beccaria postulou por um tratamento mais humanitário ao preso, além de pugnar por estabelecimentos prisionais mais adequados, tornando-se o pai da ciência penitenciária²⁷.

Por fim, sobre o assunto, Beccaria asseverou que:

Podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão²⁸.

1.2 EVOLUÇÃO DA APLICAÇÃO DA PENA

Em tempos pretéritos, a reprimenda era estipulada conforme a discricionariedade judicial, não estando o juiz vinculado a preceitos legais²⁹. Assim, como é de se esperar, havia uma perseguição aos mais fracos, ocorriam injustiças e abusos, com o fim de proteger a camada privilegiada³⁰.

Na sequência, no período do Iluminismo, o juiz aplicava apenas a reprimenda com previsão legal, com o intuito de afastar arbítrios, abusos e imprevisibilidade nas sentenças³¹.

Mesmo assim, a aplicação da pena ainda era injusta, pois desconsiderava as circunstâncias dos fatos e a figura do sujeito³².

Porém, apesar da crítica, no Código Penal francês, a cominação da pena era uma atividade totalmente mecanizada³³. Nesse sentido, Galdino Siqueira, *in verbis*:

Sendo assim, o sistema da individualização da pena deixa ao julgador a difícil tarefa de apreciar o ilícito praticado, o criminoso e os extremos limites entre um mínimo e máximo previsto em cada tipo penal, para, assim, determinar o quantum da pena àquele infrator³⁴.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: *Causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 45.

²⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 16.

²⁹ MIRABETE. Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 297.

³⁰ GARCIA. Basileu. *Instituições de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. 1. Tomo II. p. 461.

³¹ *Ibidem*, p. 463.

³² MIRABETE. Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 297.

³³ FRAGOSO. Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 319.

³⁴ SIQUEIRA. Galdino. *Tratado de direito penal*. 2. Ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1950. Tomo II. p. 747-749.

Nessa linha, o Código Penal adotou o sistema de fases para se dosimetrar a pena. Sendo assim, divergia a doutrina quanto ao número de fases: de um lado, Roberto Lyra com o sistema bifásico e, de outro, Nelson Hungria, com o sistema trifásico.

Para Roberto Lyra, a forma de proceder ao cálculo deveria observar uma operação bifásica. Com isso, inicialmente, analisavam-se as circunstâncias judiciais do art. 42 (atual artigo 59), com o fim de se fixar a pena-base.

Por fim, incidiam todas as demais circunstâncias legais: agravantes, atenuantes, causas de aumento ou de diminuição, todas reunidas na segunda e última fase³⁵.

O Código Penal Brasileiro – CPB – antes da Reforma de 1984, no sistema de Roberto Lyra, em seu artigo 42, previa que:

Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime:

I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;

II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável³⁶.

Em relação a esse método bifásico, criticava-se o fato de que, misturando-se todas as circunstâncias legais na segunda fase, aumenta-se o grau de incerteza na fixação da pena³⁷.

Noutra linha, Nelson Hungria defendia que a pena deveria passar por um procedimento trifásico. Assim, analisa Sérgio Shecaria que:

[...] deveria o juiz analisar, primeiramente, as circunstâncias judiciais previstas, hoje, no art. 59 do CP, para depois considerar as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, verificar as causas de aumento e de diminuição, sejam previstas na Parte Geral, sejam na Parte Especial³⁸.

Diante desse confronto doutrinário, a Reforma Penal de 1984, incidente sobre a parte geral do Código Penal, acabou com a divergência, abraçando o pensamento de Nelson Hungria e adotando o procedimento trifásico, conforme artigo 68, *in verbis*:

³⁵ SHECAIRA. Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR. Alceu. Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 174-175.

³⁶ BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

³⁷SHECAIRA. Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR. Alceu. Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 275.

³⁸BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 dez. 2018.

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento³⁹.

Ademais, os doutrinadores defendiam uma pena justa e na medida necessária, indo ao encontro do sistema trifásico o sistema de aplicação da pena importa extraordinariamente ao êxito das leis repressivas. Deve ser habilmente organizado, para que a reação ao delito seja a necessária e justa⁴⁰.

Interessante citar, ainda, o sistema de dosimetria penal no Código de 1890, sistema objetivo e mais injusto que o sistema em fases. Nele, havia 5 graus de pena: máximo, sub-máximo, médio, sub-médio e mínimo. Nessa linha, o sub-máximo era a média simples do máximo e do médio e, o sub-médio era a média simples do médio e do mínimo.

Ademais, caso existissem, contra o autor do crime, circunstâncias agravantes, não havendo atenuantes, seria a pena imposta no máximo. Se só atenuantes, o mínimo. Se não existiam circunstâncias agravantes nem atenuantes, ou, existindo, se compensavam, era aplicada a pena no grau médio. Se, existindo atenuantes e agravantes, prevaleciam as atenuantes, o grau era entre o mínimo e o médio, isto é, o sub-médio; se prevaleciam as agravantes sobre as atenuantes, aplicava-se entre o médio e o máximo, isto é, o sub-máximo⁴¹.

Esse sistema, embora tivesse como escopo a segurança jurídica por impor amarras à discricionariedade do julgador, mostrou-se insuficiente frente à individualização da pena.

2 DOSIMETRIA DA PENA – NELSON HUNGRIA

A dosimetria da pena, questão intimamente ligada ao direito de liberdade, passou a adotar, a partir da Reforma da Parte Geral do Código Penal, o sistema trifásico proposto por Nelson Hungria, em seu art. 68, *in verbis*:

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por

³⁹BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

⁴⁰ GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1959, p. 465.

⁴¹ GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1959, p. 469.

último, as causas de diminuição e de aumento (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)⁴².

Assim, primeiramente, o juiz faz uma análise das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal (CP), *in verbis*:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [...]⁴³

Nessa análise, tendo em vista as circunstâncias judiciais, Ricardo Augusto Schmitt ensina que:

ao dosar a pena-base, as circunstâncias judiciais possibilitam que o apenado tenha a perfeita compreensão da razão que o magistrado teve para exasperar a pena ou não, permitindo, assim, um controle de legalidade, de eventual imparcialidade do julgador. Ao valorar as circunstâncias judiciais o sentenciante não se desincumbe do princípio-garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, de forma que cada circunstância judicial valorada negativamente ao apenado deve ter indicada satisfatoriamente sua motivação⁴⁴.

Após essa análise, o magistrado fixa a pena-base, levando em conta os limites em abstrato estabelecidos para cada tipo penal.

Findada a primeira etapa da dosimetria da pena e estabelecida a pena-base cabível ao condenado, esta dentro dos limites estabelecidos em abstrato, o magistrado adentra nas atenuantes e agravantes, inaugurando a segunda fase da dosimetria de Nelson Hungria.

Atenuantes, por sua vez, são circunstâncias que sempre atenuam a pena, elencadas no artigo 65 do CP e agravantes, por último, são circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualifiquem o crime, estando previstas nos artigos 61 e 62 do Código Penal.

Por fim, o legislador não prevê o percentual a ser descontado ou aumentado na pena em função dos agravantes e dos atenuantes.

⁴²BRASIL. Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 maio 2018.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória, Teoria e Prática. 7. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodvm, 2012. p. 114.

Nesse ponto, Cleber Masson ensina que agravantes e atenuantes genéricas são de aplicação compulsória pelo magistrado, que não pode deixar de levá-las em conta, quando presentes, na dosimetria da pena⁴⁵.

No mesmo sentido, José Antonio Paganella Boschi diz que as agravantes e atenuantes caracterizam-se como circunstâncias legais, genéricas, taxativas e obrigatórias⁴⁶.

A terceira fase da dosimetria, finalmente, consiste nas causas especiais de diminuição ou aumento de pena, aplicadas sobre o resultado a que se chegou na segunda fase, estas elencadas na parte especial e geral do Código Penal, chegando-se, por fim, à pena definitiva.

Como dito alhures, conclui-se que o sistema trifásico de Nelson Hungria é melhor e mais justo do que o sistema bifásico de Roberto Lyra, por assegurar mais garantias aos condenados.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Não obstante a ausência de hierarquia entre os princípios, vários doutrinadores ensinam que o princípio da legalidade é o principal do direito penal.

Ele encontra guarida na Constituição Federal em seu artigo 5º, II:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei⁴⁷;

⁴⁵ MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 662.

⁴⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 200.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Nesse sentido, o professor Nucci apresenta a seguinte definição para esse princípio:

o princípio da legalidade advém da Magna Carta (ano de 1215), com a finalidade de coibir os abusos do soberano. Estabelece somente constituir delito a conduta consagrada pela lei da terra (by the law of the land), vale dizer, os costumes, tão importantes para o direito consuetudinário. Com o passar do tempo a expressão transmutou-se para o devido processo legal (due process of law), porém seu significado não se alterou. Aliás, ampliou-se para abranger, além da vedação de punição sem prévia lei, outros princípios fundamentais, como a presunção de inocência, ampla defesa, o contraditório, dentre outros preceitos, enfim, sem os quais a justiça não atingiria seu status de dignidade e imparcialidade⁴⁸.

Nesse sentido, haja vista o mandamento legal impositivo na concessão das atenuantes sem nenhuma ressalva, a Súmula apresenta uma violação ao princípio da legalidade ao desobedecer um mandamento legal, nos casos em que estão presentes as atenuantes.

Contrariamente, a Súmula 231 foi publicada em 15/10/1999 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado dispõe que "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal⁴⁹."

Ademais, a questão chave do entendimento dessa Turma, que culminou com a elaboração da Súmula, foi a alegação de que a fixação da pena abaixo do valor mínimo especificado no tipo penal da condenação implicaria uma violação ao princípio da legalidade, trazendo insegurança, pois a determinação da pena não teria limitação.

Porém, tendo em vista os mandamentos legais, a não concessão das atenuantes, mesmo já fincada pena-base no mínimo legal, é que viola o princípio da legalidade, pois a lei não trouxe nenhuma ressalva para afastar a concessão das atenuantes.

Logo, a interpretação sistemática no sentido de afastar atenuantes é que vai de encontro ao princípio da legalidade.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Direito Penal Parte Geral. Vol. 1 esquemas&istemas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 231. Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v.5, n.17, p.227-264, mar.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

3.2 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena, pilar do Estado Democrático de Direito vigente e direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal (CF)⁵⁰, determina que a sanção penal aplicada seja um reflexo da análise, por parte do magistrado, de todos os elementos e circunstâncias presentes no caso concreto, de maneira que a pena imposta ao final esteja de acordo com a situação particular de cada réu.

Com efeito, se uma das finalidades da pena é a retribuição pelo crime praticado, deve-se buscar um processo de aplicação da lei penal personalizado, vedando-se em absoluto a padronização e a abstração no momento da imposição das sanções penais.

A resposta punitiva do Estado, então, deve equivaler a uma sanção justa e proporcional ao mal causado pelo agente à sociedade, isto é, deve estar de acordo com as suas finalidades, com a magnitude do bem jurídico afetado e com a gravidade da conduta contra ele perpetrada.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o princípio da individualização da pena é composto por três fases⁵¹.

Em primeiro lugar, na fase de individualização legislativa, o legislador fará uma seleção dos bens jurídicos mais importantes, escolherá as condutas que, se praticadas contra esses bens, serão passíveis de punição e irá dosar a quantidade de penas mínima e máxima que servirão de limites abstratos à atuação do magistrado na fase seguinte, conforme o sistema da relativa determinação.

Em seguida, na fase de individualização judicial, havendo a prática do crime e concluindo o juiz pela sua existência, proceder-se-á à fixação da pena ao agente, observando todos os elementos do caso concreto.

Por fim, na fase de individualização executória, haverá a execução da pena, na qual se deverá respeitar a classificação do condenado, seu comportamento e os benefícios a que fizer jus no cumprimento da sanção que lhe foi atribuída.

Diante disso, argumenta-se que a possibilidade de ultrapassar os limites da pena-base por meio da aplicação de uma circunstância atenuante viola a fase de individualização legislativa e o sistema da relativa determinação, pois que se deve observar as penas mínima e

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

máxima cominadas pelo legislador, sob pena de dar ensejo ao surgimento de um outro tipo penal e ferir a redação do art. 67 do Código Penal, que traz expressamente a palavra “limite”. Esse argumento, no entanto, não merece prosperar.

Ademais, conforme já foi mencionado, apesar de o art. 59 do Código Penal estabelecer que o magistrado deve observar os limites abstratos de pena impostos pelo legislador, tal dispositivo somente se aplica à pena-base, uma vez que o art. 68 do Código Penal traz a expressão “em seguida” para se referir às demais fases de aplicação de pena, às quais o art. 59 em questão não será aplicado.

Com efeito, se o ordenamento jurídico segue o sistema trifásico de aplicação da pena, é de se entender que não haverá o surgimento de um outro tipo penal, mas apenas a observância dos dispositivos em tela, os quais determinam o que o magistrado deverá seguir em cada fase de aplicação da pena.

Haverá, na verdade, o surgimento de uma pena provisória, que será confirmada ou não em sede de pena definitiva.

Ademais, não viola o art. 67 do Código Penal, pois ele se refere tão somente ao concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, em nada acrescentando na primeira fase de aplicação da pena.

Sendo assim, o limite de pena nele referido seria apenas em relação ao cômputo das circunstâncias preponderantes.

Em realidade, não se pode conceber um sistema de dosimetria penal em que se nega a aplicação de uma circunstância a que o réu faz jus. Isso seria ferir o princípio da individualização da pena, pois que não seriam analisados todos os elementos e circunstâncias do caso concreto e, conseqüentemente, não se chegaria à pena mais adequada e justa, vale dizer, na exata medida da culpabilidade do apenado.

Nesse sentido, tem razão Carmem Silvia de Moraes Barros quando afirma:

Por sua inegável carga garantística, o princípio da individualização da pena é irrenunciável. [...] Para que as garantias constitucionais sejam efetivadas é necessário que tenham real operatividade e que cumpram a função de tutela da dignidade da pessoa humana. Assim não bastam bonitos discursos ou boas leis, é necessário que as decisões judiciais – quer de conhecimento, quer executórias – estendam esses princípios até as máximas possibilidades de realização. Os juízes estão vinculados aos princípios constitucionais e não podem contrariá-los através de suas decisões⁵².

⁵² BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da

Em virtude disso, tem-se verificado uma prática nos Tribunais, à qual Cezar Roberto Bitencourt⁵³ dá o nome de “estelionato judicial”, para evitar que se ofenda o princípio da individualização da pena, de um lado, e a Súmula n. 231 do STJ⁵⁴, de outro, os juízes têm optado por, na primeira fase de aplicação da pena, encontrar, a todo custo, qualquer circunstância legal que eleve a pena-base, de modo que na segunda fase poderão, então, efetivar a atenuante presente no caso concreto.

Nesse ponto, é importante citar o conceito de atenuante:

circunstâncias legais atenuantes nada mais são que critérios estabelecidos pelo legislador para apurar a menor necessidade de reprovação pessoal do condenado, seja pelo reconhecimento de uma culpabilidade reduzida ou pela consideração de outros fatores que indiquem a desnecessidade de mais apenação, em face das circunstâncias peculiares do caso concreto.⁵⁵

Contudo, não há prática mais danosa ao princípio em tela do que aumentar a pena-base quando não há motivos para tanto.

É que se está afrontando, dessa forma, o direito fundamental do acusado de ter a sua pena-base estabelecida de acordo com a sua culpabilidade, com os seus antecedentes, com a sua conduta social, com a sua personalidade, com os seus motivos, com as circunstâncias e consequências do crime, e com o comportamento da vítima, nos termos do artigo 59 do diploma repressivo.

Além disso, não se pode esquecer que, independentemente da quantidade de pena imposta na pena-base, o art. 65 do Código Penal, que traz o rol de atenuantes, emprega o advérbio “sempre”, não havendo como se cogitar, portanto, da não aplicação de tais circunstâncias.

Nesse sentido, afirma Cezar Roberto Bitencourt que a “previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua obrigatoriedade⁵⁶”, sendo que Carlos Roberto Lofego Caníbal vai mais além, asseverando que se trata de norma cogente “[...] e norma

individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 26, abr. 1999, p. 293.

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O arbítrio judicial na dosimetria penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 85, n. 723, p. 400-501, jan. 1996. p. 497.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 231 de 22 de setembro de 1999*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

⁵⁵ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 781.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *O arbítrio judicial na dosimetria penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 85, n. 723, p. 400-501, jan. 1996. p. 497.

cogente em direito penal é norma de ordem pública, máxime quando se trata de individualização constitucional de pena⁵⁷”.

Dessa forma, o não reconhecimento de uma circunstância atenuante viola também o princípio da legalidade estrita, o qual, de acordo com Luigi Ferrajoli⁵⁸, determina que o julgador observe não só a legalidade formal das normas, que é a relativa aos procedimentos e à competência para sua edição, mas também a legalidade substancial delas, que diz respeito à sua filtragem constitucional.

Assim, ao contrário do que se tem afirmado, a possibilidade de redução da pena provisória para aquém dos limites da pena-base consiste na observância à fase de individualização legislativa, ao sistema da relativa determinação e ao princípio da legalidade estrita.

Não se pode, pois, pretender interpretar os dispositivos do Código Penal a fim de se chegar a uma conclusão previamente querida, sob pena de ferir direitos do apenado e a própria vontade do legislador.

A doutrina aponta que:

individualizar significa dar ao indivíduo o que é o correto para o seu caso, ou seja, estabelecer a pena em abstrato em consonância com o ordenamento jurídico (individualização legislativa), fixá-la na sentença condenatória em conformidade com o fato em julgamento (individualização em concreto) e adequá-la durante o cumprimento da pena (individualização executória)⁵⁹

Ademais, essa tese firmada na Súmula ofende de forma chapada o princípio da individualização da pena, como bem discorre o criminalista Vinícius da Silva Machado, *in verbis*:

Diz-se que o princípio da reserva legal, princípio-coringa que socorre qualquer argumentação jurídica legalista, impõe ao juiz a restrição de aplicar a pena somente nos limites fixados na lei penal. Contudo, a real agressão atinge um princípio bem mais específico do âmbito da determinação da sanção penal: nada mais, nada menos que o princípio da individualização da pena⁶⁰.

⁵⁷ CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. Pena aquém do mínimo: uma investigação constitucional-penal, 2005. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/3f3a0/3f3f5/3f6a9?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em 09 nov. 2018.

⁵⁸ FERRAJOLI, 2005 apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

⁵⁹ Grégio, Grécio Nogueira. Sentença criminal e aplicação da pena: uma “DR” com Nelson Hungria. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 303.)

⁶⁰ MACHADO, Vinícius da Silva. *Individualização da Pena: O mito da punição humanizada*. Florianópolis: Editora Modelo, 2010. p. 148.

Na mesma linha, a jurisprudência dos tribunais já vem escoando no sentido de afastar a referida Súmula 231/STJ:

PENAL. PENA. INDIVIDUALIZAÇÃO. PENA-BASE. GRAU MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. INCIDÊNCIA. REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.

No processo trifásico de individualização da pena é possível a sua fixação definitiva abaixo do mínimo legal na hipótese em que a pena-base é fixada no mínimo e se reconhece a presença de circunstância atenuante, em face da regra imperativa do art. 65, do Código Penal, que se expressa no comando literal de que tais circunstâncias sempre atenuam a pena. Habeas-corpus concedido⁶¹.

Por fim, além de outros princípios, a Súmula viola chapadamente os princípios da legalidade – ao impedir a concessão de direitos subjetivos do acusado sem previsão legal – e da individualização da pena – ao afastar características pessoais do acusado ao dosimetrar a pena.

4. INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231/STJ

Antes da reforma penal promovida pela Lei n. 7.209/84, o art. 42 e o 48, o parágrafo único do Código Penal assim estabeleciam:

Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Circunstâncias atenuantes:

São circunstâncias que **sempre** atenuam a pena:

[...]

Atenuação especial da pena

Parágrafo único. Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido⁶². *Grifo nosso*

⁶¹ HC 9.719/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/1999, DJ 25/10/1999, p. 130

⁶² BRASIL. *Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

Pela redação desses artigos, pode-se perceber que havia um limite à aplicação das circunstâncias atenuantes, o que se justificava pelo sistema bifásico de aplicação de pena de Roberto Lyra que vigia à época.

Por esse sistema, as circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais eram analisadas na primeira etapa, que culminava na pena-base, e as atenuantes e agravantes e as causas de aumento e de diminuição eram analisadas na segunda etapa, chegando-se à pena definitiva.

Dessa forma, resta evidente que a presente discussão não era cabível à época, já que a limitação imposta à pena-base também alcançava as circunstâncias legais. Nesse sentido, narra Dionísio Garcia:

Antes da reforma penal de 1984 era indiscutível na doutrina e na jurisprudência que as circunstâncias atenuantes e agravantes não tinham força de fazer ultrapassar a pena para aquém do mínimo, ou para além do máximo. Isto significava que, se na cominação mínima foi prefixada a pena-base, atendidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a existência de somente circunstâncias atenuantes era inoperante; de modo inverso, se, além de circunstâncias judiciais contrárias ao réu, só circunstâncias agravantes fossem apuradas, estas seriam irrelevantes se a pena-base tivesse sido fixada na quantidade máxima⁶³ [...]

Além disso, não se pode esquecer que o referido art. 48, parágrafo único do Código Penal⁶⁴, previa apenas uma hipótese em que a pena não poderia ser reduzida para aquém do mínimo, qual seja, se o agente quis participar de crime menos grave, o que acabou sendo generalizado para todas as demais circunstâncias atenuantes da época e dos dias atuais⁶⁵.

Acerca dessa generalização para os dias atuais, sustenta Cezar Roberto Bitencourt⁶⁶ que não se trata de uma “interpretação analógica, mas verdadeira analogia – vedada em direito penal – para suprimir um direito público subjetivo, qual seja a obrigatória (circunstância que sempre atenua a pena) atenuação de pena”, que está prevista no art. 65 do CPB. É que não há

⁶³ GARCIA, Dionísio. *As circunstâncias atenuantes e agravantes continuam adstritas aos limites punitivos do tipo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 653, p. 390-410, mar. 1990, p. 403.

⁶⁴ BRASIL. *Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

⁶⁵ CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. *Pena aquém do mínimo: uma investigação constitucional-penal*, 2005. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/3f3a0/3f3f5/3f6a9?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>>. Acesso em: 6 out. 2018.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 676.

qualquer lei que regule essa situação, sendo necessária uma analogia *in bonam partem* para suprimir essa lacuna.

Em seguida, no ano de 1963, sobreveio o art. 59 do Anteprojeto do Código Penal de 1969, que estabelecia “Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime”.

Ao contrário do dispositivo anterior, esse artigo impede expressamente que qualquer circunstância atenuante ultrapasse os limites legais cominados aos crimes. Entretanto, não se pode esquecer que, com a reforma promovida pela Lei n. 7.209/84, tal dispositivo não foi incorporado ao Código Penal vigente, o que impede que ele seja invocado como argumento à vedação trazida pela Súmula n. 231 do STJ⁶⁷.

Nesse mesmo sentido se posiciona Rosivaldo Toscano, o qual afirma que:

[...]

mesmo assim, o senso comum teórico passou a se ancorar no pensamento de um autor [Nelson Hungria] que não foi contemporâneo da L. 7.209/1984. Faltou, assim, historicidade na interpretação que culminou na Súmula 231/STJ e na repercussão geral do STF⁶⁹.

Por fim, quando da entrada em vigor da Lei n. 7.209 em 1984, os arts. 59 e 68 foram trazidos à parte geral do Código Penal de 1940:

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

[...]

Cálculo da pena

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 231 de 22 de setembro de 1999*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

⁶⁹ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 100, n. 908, p. 111-240, jun. 2011. p. 233.

Então, com uma simples interpretação sistemática desses artigos, pode-se ver claramente que o impedimento de fixação da pena abaixo do mínimo legal refere-se apenas à pena-base.

Assim, levando em consideração que o art. 68 em questão dispõe que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código”, bem como, nos dizeres de Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior, emprega a expressão “em seguida”, isto é, não mais se atendendo ao critério do art. 59, deve-se convir que a redação do art. 59 (e, conseqüentemente, de seu inc. II) se refere tão somente à primeira fase de aplicação da pena, vale dizer, à fixação da pena-base, não se estendendo, dessa forma, à pena provisória.

Sendo assim, conclui-se que todos os argumentos embasados nas legislações anteriores não se sustentam, principalmente porque em sentido diverso do que estabelece o Código Penal atual. Acolhê-los, portanto, violaria o princípio da legalidade, tão importante na seara do Direito Penal.

Argumenta-se contrariamente à aplicação cogente das atenuantes o fato de que a ausência de determinação do quantum de redução promovido por tais circunstâncias pode conduzir à pena zero, subsistindo, dessa forma, a impunidade no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar desse ser um raciocínio corriqueiro, ele não se sustenta.

Em primeiro lugar, a aplicação da pena não se traduz em mera dosimetria matemática, não havendo que se falar, por isso, em risco de se atingir a pena zero. As atenuantes, de acordo com o sistema trifásico adotado pelo Código Penal, são analisadas antes das majorantes e minorantes, de maneira que ainda subsiste a possibilidade de se elevar a pena após o cálculo das circunstâncias em questão.

Assim se posiciona Cezar Roberto Bitencourt, o qual aduz:

Outro grande fundamento para admitir que as atenuantes possam trazer a pena para aquém do mínimo legal é principalmente a sua posição topográfica: são valoradas antes das causas de aumento e de diminuição; em outros termos, após o exame das atenuantes/agravantes, resta a operação valorativa das causas de aumento que podem elevar consideravelmente a pena-base ou provisória⁷⁰ [...]

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 676.

No mesmo sentido, aponta o posicionamento de Rodrigo Duque Estrada Roig ao se pronunciar sobre a Súmula nº 231 do STJ, que de fato, o entendimento sumular se vale de uma concepção superada do ponto de vista legal para sustentar a finalidade político-criminal pretendida, qual seja, impedir o arrefecimento penal pela atenuação⁷¹ [...].

Ainda, na mesma direção, Rogério Greco aduz que:

o entendimento pela impossibilidade da redução é contra legem, posto que o art. 65 do CP, não fez qualquer tipo de ressalva ao utilizar a expressão “sempre”. Os limites impostos à pena-base não se aplicariam às circunstâncias legais⁷².

Por sua vez, José Antonio Paganella Boschi ensina que “em que pese a autoridade da Súmula, o sistema trifásico, a nosso ver, não põe obstáculo à hipótese sugerida, que bem reflete, aliás, o sentido e a finalidade do princípio da individualização da pena”⁷³.

Nesse sentido, tal princípio impõe que o magistrado analise o caso concreto, valendo dizer, as características objetivas e subjetivas de cada situação em particular, de maneira a cominar a sanção penal mais justa.

Nesse sentido, vale trazer a lição do Ministro Vicente Leal, do STJ:

O nosso Código Penal [...] estabelece regras de precioso alcance, que conferem relevância [...] a todas as circunstâncias do delito, de modo a que a pena imposta atenda a sua finalidade, na linha filosófica do sistema, que concebe a sanção penal como remédio jurídico de duplo alcance: reprovação e prevenção do crime. E na busca desse ideal merece relevo em outro princípio que ao primeiro se encontra estreitamente vinculado: o da proporcionalidade, que recomenda ao Juiz, ao fixar a pena, mensurar cuidadosamente as condições pertinentes ao acusado e ao delito, de modo a aplicar a adequada e justa sanção⁷⁴.

Aliás, vale ressaltar que atualmente não vigora mais o período revolucionário francês em que a burguesia, com destaque para Cesare Beccaria⁷⁵, receosa do poder que os juízes detinham no período absolutista e das arbitrariedades que eles cometiam, inaugurou o

⁷¹ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: Limites, Princípios e Novos Parâmetros*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 208.

⁷² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 534.

⁷³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 250.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 175136*. Relator: Ministro Vicente Leal. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800381120&dt_publicacao=08/03/2000>. Acesso em: 9 nov. 2018.

⁷⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 18.

brocardo do juiz como mera boca da lei e o sistema da absoluta determinação das penas com o fim de reduzir ao máximo a discricionariedade dos magistrados⁷⁶.

Em outras palavras, à época, a função dos juízes se limitava à aplicação mecânica da lei.

Por outro lado, pode-se afirmar que a proibição do cálculo obrigatório das circunstâncias legais – as atenuantes – constituiria uma analogia *in malam partem*, a qual é vedada em direito penal, porquanto se estaria criando uma norma que não existe no diploma repressivo.

Miguel Loebmann⁷⁷ vai mais além, sustentando que, na verdade, estar-se-ia diante de uma lacuna da lei, e que, por isso, a interpretação deve ser a mais benéfica possível ao apenado. Assim, para o autor, deve ser feita uma analogia *in bonam partem*.

A situação é que a vontade de justiça em relação ao mal causado pelo agente não pode conduzir a um desrespeito aos direitos individuais do apenado.

Aprofundando, no REsp 146.056/RS⁷⁸, que foi um dos precedentes originários da Súmula n. 231 do STJ⁷⁹, o Ministro Félix Fischer usou como argumento à impossibilidade de fixação da pena intermediária abaixo dos limites legais o fato de esse entendimento, desde 1940, nunca ter predominado. Em que pese isso seja verdadeiro, hoje, não se pode mais pensar assim.

Tal argumento, com a devida vênia, não merece prosperar, haja vista que a possibilidade de fixação da pena provisória aquém do mínimo legal, só faz sentido após a Reforma de 1984 e, antes dessa data, havia impossibilidade expressa.

Já no Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, os ministros confirmaram a jurisprudência que impede a fixação da pena abaixo do mínimo legal.

O caso foi levado ao Plenário por meio de um RE 597270 em que foi reconhecida a existência de repercussão geral.

⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral – arts. 1^o a 120*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁷⁷ LOEBMANN, Miguel. As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 81, n. 676, p. 385-405, fev. 1992. p. 393.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 146056*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=146056&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 09 out. 2018.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 231 de 22 de setembro de 1999*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

Por isso, a decisão da Corte deverá ser aplicada pelas demais instâncias do Judiciário em processos similares.

Esse recurso extraordinário foi interposto pela Defensoria Pública da União em favor de um condenado a seis anos e oito meses de reclusão por furto. A defesa, então, apelou e conseguiu reduzir a pena no TJ/RS, que foi fixada em quatro anos, seis meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto.

O Tribunal estadual, por sua vez, levou em conta duas atenuantes: a confissão espontânea e a reparação do dano.

O caso chegou ao STJ por meio de um recurso do MP/RS, que alegou a impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal em virtude da aplicação das circunstâncias atenuantes. O STJ concordou com a tese do MP/RS e reverteu a decisão de segunda instância.

A Defensoria Pública, por sua vez, recorreu ao Supremo alegando que quatro princípios constitucionais estariam sendo violados na decisão do STJ: o da legalidade, com o impedimento da aplicação de atenuantes na fixação da pena; o da igualdade, por tratar de forma igual os desiguais; o da individualização da pena; e o da proporcionalidade.

No Supremo, o relator do processo, ministro Cezar Peluso, afirmou que desde a década de 70, pelo menos, o Supremo tem jurisprudência consolidada em torno da matéria, contra a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Segundo ele, atenuantes genéricas não podem influenciar de modo decisivo a ponto de justificar a redução da pena aquém do mínimo legal⁸⁰.

Porém, essa vedação deveria ser fruto de processo legislativo e não de hermenêutica judiciária, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da individualização da pena, como explicado alhures.

Por fim, há muito tempo, essa Súmula macula o ordenamento jurídico brasileiro, necessitando uma rediscussão de mérito sobre a sua constitucionalidade frente ao princípio da individualização da pena e da legalidade, tendo por base novos entendimentos sobre a eficácia dos princípios constitucionais.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 597270*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2663001>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dito alhures, é notório que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça necessita de rediscussão, sendo que sua inconstitucionalidade vem sendo defendida por juízes e doutrinadores da atualidade.

Ademais, caso haja uma análise aprofundada e científica, sob a égide da Constituição Federal e de todos os direitos fundamentais com a visão moderna, percebe-se que a Súmula 231 do STJ viola frontalmente diversos princípios constitucionais, tais como a legalidade e individualização da pena, entre outros.

O texto da Súmula permite que aqueles que deveriam ter uma reprimenda menor, por não terem dado causa a qualquer valoração na primeira fase de aplicação da pena, são equiparados aqueles que tiveram uma conduta mais reprovável.

Na prática, caso dois réus fossem presos pela prática do mesmo crime, com nenhuma circunstância judicial valorada negativamente em primeira fase e, digamos que apenas um deles confessa a prática delitativa, este que colaborou com a instrução do processo e com o Poder Judiciário, facilitando-lhe o serviço, terá a mesma pena do outro réu, que não confessou.

Desta forma, não há como tal preceito ser justo, especialmente se levarmos em consideração a imensurável relevância dos princípios fundamentais insculpidos em nossa Magna Carta.

Por fim, embora permaneça quase que consolidado, por vinte anos, a aplicação da Súmula 231 do STJ, e ainda que este seja o posicionamento majoritário dos tribunais pátrios pela constitucionalidade da Súmula, denota-se que ela não encontra guarida na Constituição da República de 1988, pois sua aplicação indiscriminada ocasiona afronta chapada a direitos fundamentais do acusado, com a fixação de penas injustas, fixadas acima do devido, ferindo princípios constitucionais e, por isso, a rediscussão desse verbete é medida de justiça.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 187-212, out. 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 26, p. 291-295, abr. 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *O arbítrio judicial na dosimetria penal*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 85, n. 723, jan. 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. *Decreto Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 175136*. Relator: Ministro Vicente Leal. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=175136&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 09 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 146056*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=146056&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 09 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 231 de 22 de setembro de 1999*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

CANÍBAL, Carlos Roberto Lofego. *Pena aquém do mínimo: uma investigação constitucional-penal*, 2005. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/>>

Infobase/3f3a0/3f3f5/3f6a9?f=templates&fn= document-frame.htm&2.0>. Acesso em 09 nov. 2018.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del. 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.*

GARCIA, Dionísio. *As circunstâncias atenuantes e agravantes continuam adstritas aos limites punitivos do tipo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 653, mar. 1990.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 18. ed. Niterói: Impetus, 2015.

LOEBMANN, Miguel. *As circunstâncias atenuantes podem sim fazer descer a pena abaixo do mínimo legal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 81, n. 676, p. 390-393, fev. 1992.

LUIZ, José Jorge Ribeiro da. *A discricionariedade do juiz quanto à aplicação da pena*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 83, n. 708, p. 281-284, out. 1994.

MACHADO, Agapito. *As atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal: inteligência do art. 68 do código penal após a redação da lei 7.209/84*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 647, p. 388-390, set. 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120*. 11. ed. São Paulo: RT, 2012.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *As circunstâncias legais e a aplicação centrífuga da pena*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 100, n. 908, jun. 2011.

SCHMITT, Ricardo A. *Sentença penal condenatória: aspectos práticos e teóricos à elaboração*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Circunstâncias do crime*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 23, jul. 1998.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.