

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

ARLAN COSTA NEVES BARBOSA

**REFLEXÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A INCIDÊNCIA DE ATENUANTES NO
DIREITO PENAL**

**JOÃO PESSOA
2018**

ARLAN COSTA NEVES BARBOSA

**REFLEXÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A INCIDÊNCIA DE ATENUANTES NO
DIREITO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Rômulo Rhemo Palitot Braga

**JOÃO PESSOA
2018**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

B238r Barbosa, Arlan Costa Neves.

REFLEXÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A INCIDÊNCIA DE
ATENUANTES NO DIREITO PENAL / Arlan Costa Neves
Barbosa. - João Pessoa, 2018.
67 f.

Orientação: RÔMULO RHEMO PALITOT BRAGA.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Súmula 231 Superior Tribunal de Justiça. 2.
Atenuantes. 3. Dosimetria da pena. 4. Sistema
Trifásico. I. BRAGA, RÔMULO RHEMO PALITOT. II. Título.

UFPB/CCJ

ARLAN COSTA NEVES BARBOSA

**REFLEXÕES ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A INCIDÊNCIA DE ATENUANTES NO
DIREITO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Rômulo Rhemo Palitot Braga

DATA DA APROVAÇÃO: 17 DE DEZEMBRO DE 2018

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. RÔMULO RHEMO PALITOT BRAGA
(ORIENTADOR)


Prof. Ms. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(AVALIADOR)


Prof. Ms. LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(AVALIADORA)

RESUMO

A reforma de 1984 da parte Geral do Código Penal ao proceder com o desmembramento das circunstâncias judiciais e das circunstâncias legais – agravantes e atenuantes – em fases distintas, modificou a sistemática empregada pela legislação criminal e consagrou o modelo trifásico de aplicação da pena. Por decorrência dessa cisão, os tribunais passaram a decidir de forma distinta e a doutrina começou a teorizar pela possibilidade de fixação da pena intermediária aquém do mínimo legal cominado à espécie penal. Destarte, visando uniformizar o entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado sumular número 231, depois ratificado pelo Pretório Excelso, com o fito de obstaculizar que a incidência da circunstância atenuante pudesse conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Dessa forma, o presente trabalho monográfico, como o próprio nome ressalta, tem por escopo analisar a incidência das atenuantes no Direito Penal, notadamente com relação a aplicabilidade da Súmula 231 pelo Superior tribunal de Justiça, bem como a sua compatibilidade com os vetores constitucionais que norteiam a individualização da pena. Com relação ao procedimento de pesquisa utilizado, o presente trabalho coaduna com a pesquisa bibliográfica, posto que o tema será abordado mediante a análise e revisão de textos doutrinários, pesquisa documental, com crítica a legislação e a jurisprudência do STF e do STJ.

Palavras-chave: Súmula 231 Superior Tribunal de Justiça. Atenuantes. Dosimetria da pena. Sistema Trifásico.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES: DO DIREITO PENAL, DAS PENAS E DO PROCESSO DE INDIVIDUALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DA PENA	8
2.1 DO DIREITO PENAL E DAS PENAS	8
2.2 DO PROCESSO DE DOSIMETRIA	14
3 O HISTÓRICO DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA INCIDÊNCIA DE ATENUANTE NO DIREITO PENAL	21
3.1 DA FORMAÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	21
3.2 DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE SUSTENTAM A IMPOSSIBILIDADE DE ATENUANTE CONDUZIR À REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL	27
3.3 DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	32
4 DA CRÍTICA AS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO OCORRIDAS NO RESP. 146.056 E RATIFICADA NO RE 597.270	38
4.1 DA AFERIÇÃO DE LEGALIDADE.....	38
4.1.1 Da Crítica a interpretação preconizada pelo Pretório Excelso	41
4.1.2 Da Importância das Atenuantes	48
4.2 ANÁLISE SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	53
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

A Constituição possui o escopo basilar de erigir o funcionamento e a organização do Estado, bem como as bases e estruturas políticas responsáveis por sistematizar a distribuição do poder.

A Carta Magna brasileira de 1988, foi além, positivou normas e valores com o fito de proteger a cidadania e a inclusão social. Por meio deste conteúdo axiológico buscou-se maximizar os direitos e garantias fundamentais, sob a égide de um modelo garantista, evitando-se que os cidadãos tenham seus direitos básicos, tais como a liberdade e a dignidade, cerceados de forma abusiva, desproporcional ou arbitrária.

Todavia, estar em vigor não é suficiente para alcançar e assegurar os objetivos valorativos traçados no texto da Carta Política é imprescindível estabelecer técnicas de aplicabilidade e compreensão de sua redação. A Constituição é um texto que, como qualquer outro tem seu arranjo nas palavras, entretanto nem sempre estas exprimem nitidamente o seu fim. Assim, a função do intérprete torna-se imprescindível, pois converte em algo inteligível, harmônico e sistêmico os pontos controvertidos constantes a partir do emprego da norma.

O Supremo Tribunal Federal, utilizando-se da sua função de intérprete da Constituição, julgou o Recurso Extraordinário número 597.270, cujo objetivo foi apreciar o entendimento hermenêutico sobre a individualização da pena já preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da súmula 231, tendo decidido por inadmitir que a incidência de circunstância atenuante possa conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Rogério Sanches Cunha traz exemplo ilustrativo sobre como se dá a atuação desta compreensão no contexto fático:

[...] João (22 anos) e Antônio (19 anos) são condenados por homicídio (art. 121, pena de 6 a 20 anos). Ao aplicar a pena, o Magistrado não vislumbrou circunstância judicial relevante, ambos primários e com bons antecedentes. Apenas Antônio apresentava a atenuante da menoridade, não existindo agravantes. Ausentes causas de aumento e diminuição de pena. Nesse sentido, o juiz fica impossibilitado de aplicar a atenuante, tratando ambos de forma igual, apesar de possuírem circunstâncias diferentes, o que afronta a isonomia material. O juiz ficou impedido de individualizar a pena em

relação a Antônio, ignorando suas condições pessoais, tudo em nome de uma vedação criada pela jurisprudência [...].¹

O enunciado do verbete tornou-se controvertido, pois ao impedir a atenuação da pena invariavelmente, como predetermina a legislação ordinária, estabeleceu uma visão restritiva da dosimetria e, conseqüentemente, da individualização da sanção.

Assim, a doutrina critica o teor da súmula, no sentido de indagar se o enunciado, apesar da sua função limitadora, salvaguarda uma perspectiva garantista dos direitos e garantias fundamentais do sentenciado.

Neste diapasão, o esboço deste Trabalho de Conclusão de Curso é (re)discutir, sob à luz dos preceitos constitucionais, bem como em conformidade com o regramento legal, a restrição erigida pela súmula 231 do Superior Tribunal de justiça.

Dessa forma, o presente trabalho científico cinge de grande importância, pois é pautado em vasta divergência hermenêutica, sem, contudo, existir uma gama de estudos aprofundados. Ademais, questiona o mérito de um entendimento que, embora não possua força vinculante, é tão consolidado no sistema brasileiro, ao ponto de se tornar senso comum jurídico.

Por fim, é notório relevância prática, pois implica na graduação da sanção, conseqüentemente do sofrimento impelido ao condenado e na definição de parâmetros precisos para a quantificação da pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Desta feita, a pergunta que sintetiza o problema que a pesquisa se propõe analisar, se expressa nas seguintes orações: a interpretação hermenêutica restritiva vigente dos tribunais brasileiros e condensada na súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça possui guarita na Constituição e está em consonância com os princípios basilares do Direito Penal?; Quais os fundamentos jurídicos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para a manutenção da referida norma?; Quais os argumentos constitucionais suscitados pelo Supremo Tribunal Federal para ratificar o conteúdo do verbete sumular?.

Neste diapasão, o presente trabalho monográfico foi dividido em três capítulos. No primeiro, antes de adentrar no objeto propriamente dito desta

¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 405.

pesquisa, far-se-á uma breve análise de alguns conceitos do Direito Penal, com o intuito de proporcionar ao leitor um entendimento mais satisfatório sobre a tese abordada.

Este estudo iniciar-se-á pela caracterização e exposição, de forma sucinta, do instituto da pena e do Direito Penal, bem como o procedimento que deve ser seguido pelo magistrado na dosimetria da sanção.

Ademais, no segundo capítulo, introduzir-se-á um breve histórico do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da incidência da circunstância atenuante e a sua possibilidade de conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Para finalizar este trabalho monográfico, realizar-se-á uma análise acerca da constitucionalidade e legalidade da súmula.

2 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES: DO DIREITO PENAL, DAS PENAS E DO PROCESSO DE INDIVIDUALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DA PENA

2.1 DO DIREITO PENAL E DAS PENAS

O ser humano anseia pela liberdade, por agir de acordo com o seu livre arbítrio. Todavia a história da civilização demonstrou que a autodeterminação irrestrita pode torná-lo perigoso aos seus semelhantes, pois o homem nunca se desvencilhou do crime.

Por essa razão, desde quando começou a organizar-se em comunidades, foi possível constatar a delimitação de regras de convivência e, como natural consequência, o surgimento de uma concepção de punição – embora de forma incipiente – em face dos atos que engendrassem repúdio a um indivíduo isoladamente, ou contra determinado grupo social.

A doutrina de Mirabete aduz que a história do Direito Penal surgiu concomitantemente ao próprio homem. Apesar disso, o próprio autor destaca a impossibilidade de falar em um ordenamento penal moderno nesta época, dado a inexistência de um sistema orgânico de princípios nos tempos primitivos. Ademais, o doutrinador ressalta que a pena, em sua origem remota, nada mais significava, senão vingança, verdadeiro revide à agressão sofrida.²

Neste diapasão, até erigir este conjunto orgânico de princípios característicos do direito penal moderno, foram várias as fases históricas de evolução da ideia de pena.

Como estas etapas são diversas e não se sucedem de forma absoluta, sendo possível constatar, por vezes, períodos de transição, nos quais figuram a sobreposição concomitantemente das características inerentes a dois modelos; para tornar a exposição sucinta ao leitor, adotou-se o modelo preconizado por Magalhães Noronha e amplamente difundido na doutrina brasileira.³

Esta construção teórica divide os tempos primitivos em quatro: a vingança privada; vingança divina; vingança pública; e período humanitário.

² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal**. Vol. 1. 26, Ed. Rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. p.15.

³ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: Introdução e Parte Geral**. Vol. 1. 31. Ed. Rev. e atual por Alberto José Q. T. de Carmargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 20 - 27.

Na primeira fase supramencionada, encontra-se arraigada nos costumes e tradições das sociedades, a represália como forma de repressão, ou seja, “[...] a pura e simples retribuição a alguém pelo mal praticado. Essa vingança podia ser exercida não somente pela vítima, como também por seus parentes, ou mesmo grupo social em que encontrava-se inserida”.⁴

Este período é caracterizado pela aplicação de sanções cruéis e desumanas, as quais por vezes eram exercidas sobre a *vis corporalis* como nítido instrumento de intimidação, sem a devida proporção à ofensa praticada, tendo como escopo a retribuição ao mal impelido. Além disso, as punições eram desiguais, a depender da condição social e política do réu.

Estes atos de violência eram perpetrados, majoritariamente pelas próprias vítimas, seus familiares, ou grupo social ao qual pertenciam, em face daquele que acreditavam supostamente ter cometido o delito, ou ato imoral, sem a garantia de direitos fundamentais, ou mesmo direito de defesa.

A Vingança Divina, por sua vez, corresponde ao afloramento da religião como instrumento de controle social. Os sacerdotes ou aqueles detentores de suposto relacionamento com os deuses, instituíam as próprias normas de condutas e castigos, como forma de satisfazer a divindade frente à ofensa praticada. A exemplo do modelo anterior, era caracterizado por punições severas, cruéis e desumanas.

A diferença primordial entre as duas espécies reside no fato de que a Vingança Divina se encontrava assentada sob o fundamento religioso, místico ou moral. Neste sentido, Magalhães Noronha destaca:

Na vingança divina, já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido.

É o direito penal religioso, teocrático e sacerdotal. Um dos principais Códigos é o da Índia, de Manu (Mânava, Dharma, Sastra). Tinha por escopo a purificação da alma do criminoso, através do castigo, para que pudesse alcançar a bem-aventurança. Dividia a sociedade em castas: brâmanes, guerreiros, comerciantes e lavradores. Era a dos brâmanes a mais elevada; a última, a dos sudras, que nada valiam. Revestido de caráter religioso, era também o de Hamurabi. Aliás. Podemos dizer que esse era o espírito dominante nas leis dos povos

⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1, 17. ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 16-17.

do Oriente antigo. Além da Babilônia, Índia e Israel, o Egito, a Pérsia, a China, etc.

Ao lado da severidade do castigo, já apontada, assinalava esse direito penal, dado seu caráter teocrático, o ser interpretado e aplicado pelos sacerdotes.⁵

A Vingança Pública surge concomitantemente a evolução da organização social. A figura do príncipe ou soberano começa a se consolidar e os castigos, ainda cruéis, desumanos, e com nítido caráter místico e religioso, passam a atuar em prol da segurança daquele e do Estado. São exemplos deste período, a Roma e a Grécia Antiga.

Por fim, conforme salientado, estes três estágios históricos são caracterizados pelo rigor dos castigos e a intimidação que eles visavam proporcionar. Michel Foucault, em sua obra *Vigiar e punir*, destaca como se davam estas sanções:

[Damien fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, na sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimado com fogo de enxofre e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d' Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retar-lhe as juntas...

Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou os lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: "Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me".⁶

O iluminismo foi o movimento político, cultural, social e filosófico que surgiu no século XVIII e teve como propósito pregar a reformulação do direito repressivo, da confecção das leis e da administração da justiça.

⁵ NORONHA, op. cit., p. 21.

⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed.. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2014. p. 9.

Uma das críticas fomentadas no século das luzes diz respeito ao caráter aflitivo das penas. Neste diapasão, é imprescindível trazer à baila a lição do saudoso Cesare Beccaria, autor da obra intitulada “Dos Delitos e Das penas”, cujo capítulo XV, “Da Moderação das Penas”, traça os princípios do direito repressivo moderno e ressalta os objetivos dos castigos, quais sejam: impedir a reincidência e o desvirtuamento dos cidadãos ao caminho do crime.

Como pode um corpo político, que, longe de se entregar às paixões, deve ocupar-se exclusivamente com pôr um freio nos particulares, exercer crueldades inúteis e empregar o instrumento do furor, do fanatismo e da covardia dos tiranos? Poderão os gritos de um infeliz nos tormentos retirar do seio do passado, que não volta mais, uma ação já cometida? Não. **Os castigos têm por fim único impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade e desviar seus concidadãos da senda do crime.**⁷

Outrossim, destaca que as penalidades, para serem eficazes, devem ser moderadas, ou seja, proporcionais ao mal impellido e, toda severidade a mais, é tirania e contrária ao fim do seu estabelecimento, ou seja, a prevenção do crime.

Entre as penas, **e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado.**

[...] Os países e os séculos em que os suplícios mais atrozes foram postos em prática, são também aqueles em que se viram os crimes mais horríveis. O mesmo espírito de ferocidade que ditava leis de sangue ao legislador, punha o punhal nas mãos do assassino e do parricida. Do alto do trono, o soberano dominava com uma verga de ferro; e os escravos só imolavam os tiranos para possuírem novos.

À medida que os suplícios se tornam mais cruéis, a alma, semelhante aos fluidos que se põem sempre ao nível dos objetos que os cercam, endurece-se pelo espetáculo renovado da barbárie. A gente se habitua aos suplícios horríveis; e, depois de cem anos de crueldades multiplicadas, as paixões, sempre ativas, são menos refreadas pela roda e pela força do que antes o eram pela prisão.

Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda das vantagens que o crime devia produzir. Toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte, tirânica.⁸

⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001. P.30. (grifo nosso).

⁸ Idem. *Ibidem.*, p. 31. (grifo nosso).

Parte da doutrina traz à baila que, embora esteja configurada a existência de uma reprimenda nestes períodos supracitados, ela não pode ser considerada como pena em seu conceito contemporâneo, haja vista a inexistência de um poder estatal organizado e de garantias fundamentais do apenado:

Pode-se resumir a evolução da pena da seguinte forma: inicialmente a reação era eminentemente coletiva e orientada contra o membro que havia transgredido a convivência social. A reação social é, na sua origem, basicamente religiosa, e só de modo paulatino se transforma em civil. **O principal é que nessa época existia uma vingança coletiva, que não pode ser considerada como pena, pois vingança e pena são dois fenômenos distintos. A vingança implica liberdade, força e disposições individuais; a pena, a existência de um poder organizado.**⁹

Entretanto, paulatinamente, os ensinamentos propagados no iluminismo começam a se difundir pelo globo e o Estado toma para si a autoridade sobre as famílias e começa a erigir um conjunto de normas que regem o convívio em sociedade e devem ser obedecidas por todos, sob pena de arcar com as consequências legais.

Desse modo, ele tornou-se a única instância capaz de solucionar os conflitos sociais-criminais de forma institucional, ética, racional, proporcional e com respeito às garantias constitucionais, posto que é o ente responsável por delimitar as condutas proibitivas, por julgá-las e por aplicar a sanção correspondente

Neste diapasão, começam a manifestar-se os princípios basilares do Direito Penal moderno, que, consoante leciona Luiz Regis Prado, consiste:

O Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança. (conceito formal)

Enquanto sistema normativo é integrado por normas jurídicas (mandatos, proibições e permissões) que criam o injusto penal, suas respectivas consequências e formas de exclusão.

De outro, refere-se também, a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis a sua própria conversão e progresso. (conceito material)

⁹ ALONSO, Aragoneses. Instituciones de Derecho Procesal Penal. In: LOPES JR, Aury: **Direito Processual Penal**. 13. ed.. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 33. (grifo nosso).

A função primordial desse ramo da ordem jurídica radica na proteção de bens jurídico-penais - bens do Direito - essenciais ao indivíduo e à comunidade.

Para cumprir tal desiderato, em um Estado democrático de Direito, o legislador seleciona os bens especialmente relevantes para a vida social e, por isso mesmo, merecedores da tutela penal.

A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano.

O Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica.

[...] Nesse particular aspecto, cabe salientar que, mais que um instrumento de controle social normativo – primário e formalizado -, assinala-se à lei penal uma função de proteção e de garantia.¹⁰

Assim, infere-se que o Direito Penal se traduz nas medidas utilizadas pelo legislador com o fito de selecionar os interesses mais relevantes para a sociedade, os quais são erigidos à qualidade de **bens jurídicos penais**. Dessa forma, a pena consiste em mero instrumento de coerção estatal, com o fito de salvaguardar aqueles.

Hodiernamente, somado a esse conceito, há uma preocupação com a integridade física e mental do acusado. A reprimenda estatal não pode ser vista como um simples mecanismo do poder punitivo, é imprescindível estabelecer limites à autoridade estatal e uma correlação simultânea entre a repressão e o respeito às garantias constitucionais.

Por essa razão, não é mais aceito a sua aplicação arbitrária pelo julgador, é necessário seguir um procedimento dotado de uma série de exigências legais com vistas a assegurar os direitos fundamentais do réu e evitar abusos por parte do Estado-juiz. A este caminho dá-se o nome de processo penal. Na lição de Norberto Avena:

Na esfera penal, a trilogia composta pelos elementos poder-processo-direito apresenta direta relação com o exercício do direito de punir do Estado. O Jus puniendi, enfim, será ao mesmo tempo a decorrência lógica e o objetivo principal do poder estatal, exercido por meio de um processo disciplinado por normas e princípios jurídicos.

Basta observar que, **se uma pessoa realizar determinada conduta descrita em um tipo penal incriminador, a consequência desta**

¹⁰ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Pena Brasileiro**: parte geral e parte especial. 14. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 120.

prática será o surgimento para o Estado do poder-dever de aplicar-lhe a sanção correspondente. Essa aplicação, contudo, não poderá ocorrer à revelia dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sendo necessária a existência de um instrumento que, voltado à busca da verdade real, possibilite ao imputado contrapor-se à pretensão estatal. Aqui surge, então, o processo penal, como instrumento destinado à realização do poder punitivo do Estado e cujo desenvolvimento será regido por um conjunto de normas, preceitos e princípios que compõem o direito processual.¹¹

Destarte, o processo penal possui dúplice função, preliminarmente desempenha a função limitadora do poder estatal e garantidora dos preceitos fundamentais do cidadão; em segundo plano, concretiza e legitima do *ius puniendi*.

Assim, ao contrário do que ocorria na Idade Média e início da Idade moderna, o Estado não poderá aplicar a pena ao seu livre alvedrio, para que a sanção possa se concretizar e, conseqüentemente, legitimar o *ius puniendi* deve-se primeiramente individualizar punição, com vistas a salvaguardar o devido processo legal. Dessa forma, o presente trabalho monográfico solidifica-se precipuamente no que diz respeito a uma das searas de aplicação do Direito penal, qual seja, o procedimento de dosimetria, razão pela qual no sub tópico subsequente passa-se a tecer comentários sobre o tema.

2.2 DO PROCESSO DE DOSIMETRIA

O Estado Democrático de Direito brasileiro, por meio da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais, salvaguarda uma gama de direitos inerentes a todos os cidadãos.

Dentre estes princípios, podemos citar a fundamentação das decisões, pois o magistrado não pode aplicar a sanção que lhe convir, nem o acusado pode sofrer ao alvedrio do julgador; e a individualização da pena, ou seja, a reprimenda aplicada não pode ser genérica, mas sim quantificada particularmente. Sendo incumbência do togado aferir, precipuamente, o grau de culpabilidade de cada agente e as circunstâncias específicas nas quais o fato antijurídico foi perpetrado.

No que refere-se ao conceito de fixação da punição, Guilherme Nucci traz as seguintes elucidações “[...] trata-se de um processo judicial de discricionariedade

¹¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 1. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2. (grifo nosso).

juridicamente vinculado visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal.”¹².

Quantificar a pena, por sua vez, consiste no “[...] ato judicial que busca aferir, através de um procedimento sistemático, a quantidade de pena adequada ao delito praticado [...]”¹³ é a subsunção da norma, ou seja, é a adequação do caso concreto, correspondente a conduta do condenado à regra jurídica.

No Brasil, o legislador, com o escopo de orientar o julgador no momento de aplicação da reprimenda estatal, traçou uma série de critérios objetivos e subjetivos os quais devem ser obrigatoriamente seguidos, caso contrário, violar-se-ia os princípios supramencionados.

Dentre estes parâmetros, pode-se suscitar o artigo 68 do Código Penal, *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 último, as causas de diminuição e de aumento [...]”, o qual consagra o sistema trifásico para a individualização da pena. Dessa forma, o magistrado, ao apreciar o caso concreto deverá, exaustivamente, fundamentar cada uma das três etapas norteadas por seus critérios específicos.

Sobre o tema preleciona Cleber Masson:

O critério trifásico: O artigo 68 do Código Penal adotou o critério ou sistema trifásico. Impõe-se a dosimetria da pena privativa de liberdade em três fases distintas e sucessivas, que devem ser suficientemente fundamentadas pelo julgador. Permite-se, assim, a regular individualização da pena (artigo 5, XLVI, da Constituição Federal), além de conferir ao réu o exercício da ampla defesa¹⁴.

Destarte, após respeitada as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, consumado o juízo de culpabilidade condenatório, passa o magistrado a ponderar sobre a primeira fase de dosimetria, na qual incumbirá fixar a pena inicial, também denominada de pena-base, por intermédio da análise das circunstâncias judiciais indicadas no *caput* do artigo 59 do Código Penal.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 419.

¹³ BRAUN, Raquel Paioli. A evolução histórica do sistema de aplicação da pena. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-do-sistema-de-aplicacao-da-pena,52721.html>>. Acesso em: 15 out. 2018.

¹⁴ MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 300. (grifo do autor).

Alberto Silva Fraco define circunstâncias como:

Circunstâncias são elementos acidentais que não participam de estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica influem sobre a quantidade punitiva para efeito de agravá-la ou abrandá-la. As circunstâncias apontadas em lei são as legais (atenuantes e agravantes) que estão enumeradas nos artigos 61, 62 e 65 da PG/84 e são de cogente incidência. As circunstâncias inominadas são as circunstâncias judiciais a que se refere o artigo 59 da PG/84 e, apesar de não especificadas em nenhum texto legal, podem, de acordo com a avaliação discricionária do juiz, acarretar um aumento ou diminuição de pena. Entre tais circunstâncias, podem ser incluídas o lugar do crime, o tempo de duração, o relacionamento existente entre autor e a vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do ato criminoso etc.¹⁵

Ressalta-se que as circunstâncias judiciais são aquelas elencadas no caput do artigo 59 do Código Penal. São fatos que circunscrevem o delito, todavia, apesar de não serem essenciais à configuração elementar do tipo, interferem no quantum da pena, em razão de expressa menção legal.

Nesta fase, o juiz discorrerá sobre a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima. Destaca-se que mera referência genérica às circunstâncias, aduzindo serem desfavoráveis, não é suficiente. É imprescindível que o magistrado aprecie todos os elementos, em relação a cada acusado e demonstre de forma motivada e pormenorizada os fatores ensejadores do agravamento da pena.

A segunda etapa, por sua vez, diz respeito à incidência das eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes, também denominadas de circunstâncias legais genéricas, as quais possuem o seu regramento consubstanciado, precipuamente, nos artigos 61, 62, 65 e 66 da Parte Geral do Código Penal.

A norma legal não fixa expressamente os índices pelos quais a punição deve ser aumentada ou reduzida nesta fase, sendo incumbência do togado, de acordo com a sua discricionariedade e em conformidade com as peculiaridades do caso em concreto, determinar o quantum a ser acrescido ou atenuado.

Ademais, o artigo 66 do Código Penal institui a atenuante genérica e facultativa, ou seja, a norma autoriza o magistrado a atenuar o castigo imposto ao

¹⁵ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: Parte Geral. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 900.

réu, em razão de conjuntura não prevista expressamente no código, desde que seja relevante, anterior ou posterior ao crime.

Finda a apreciação das circunstâncias judiciais e legais, alcança-se o último estágio de aplicação da sanção, no qual o julgador encarregar-se-á das causas de diminuição e de aumento de pena, também conhecidas respectivamente como minorantes e majorantes, para ao final, alçar a condenação concreta a ser cumprida e devidamente individualizada.

Esta fase é caracterizada por haver expressa menção legal ao *quantum* de aumento ou de diminuição da pena. Além disso, ao contrário das agravantes e atenuantes que só estão presentes na parte geral, estas encontram-se tanto na parte especial (a exemplo da diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 129, no crime de lesão corporal, quando o agente comete o delicto impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima) quanto na parte geral (como por exemplo, a redução prevista no parágrafo único do artigo 14 do Código Penal, o qual preconiza que a tentativa será punida com pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços, salvo disposição em contrário).

É importante suscitar que alguns autores, de forma minoritária, como Alberto Silva Franco mencionam a existência de uma quarta fase correspondente a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos:

O legislador de 84 decidiu, normativamente, intervir na questão e, no art. 68, acolheu o entendimento trifásico sustentado por Nelson Hungria. Mas não se limitou pura e exclusivamente a esta tomada de posição. Foi além: criou uma quarta fase, ou seja, a da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos ou pela pena pecuniária (arts. 44, 59, IV e 60, § 2º, do Código Penal).¹⁶

Destarte, após o julgador sentenciar pela existência de delito, em razão da prática de fato típico, ilícito e culpável pelo réu, irá proceder com a dosimetria da condenação, de acordo com o critério trifásico do artigo 68. Assim, obterá a quantidade de pena privativa de liberdade a ser aplicada no caso concreto.

¹⁶ FRANCO, Alberto Silva et al.. Da Aplicação da Pena. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação**: Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 381.

Em seguida, poderá realizar a substituição processual pelas penas restritivas de direito ou pecuniárias, se preenchidos os requisitos cumulativos previstos respectivamente nos artigos 44 e 60 § 2, ambos do CP.

Destaca-se que, de forma excepcional, a lei penal pode cominar como sanção principal penas diversas da privativa de liberdade, a título exemplificativo, o artigo 28 da lei de drogas – Lei 11.343/ 2006 – estabelece a pena de prestação de serviços à comunidade; advertência e medidas educativas, nos seguintes termos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Por fim, o juiz estabelecerá o regime em que se dará a execução. O artigo 33 do Código Penal preconiza que a pena privativa de liberdade pode ser de dois tipos, quais sejam: reclusão, deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto; e a de detenção, cumprida em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência ao regime fechado.

O § 1º do dispositivo ora referido define os três regimes: fechado é aquele em que a execução da pena ocorrerá **em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semi-aberto em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e regime aberto em casa de albergado ou estabelecimento adequado.**

Destarte, ao final deste complexo processo, o magistrado obterá a sanção penal devidamente individualizada e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Retornando ao conceito de fixação da pena, Guilherme Nucci elucida que:

o juiz dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena) deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada).¹⁷

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13.º ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 419.

Todavia, não concordamos. Ao contrário do que ilustra o insigne doutrinador, conforme demonstrar-se-á ao longo deste trabalho monográfico, o magistrado pode ultrapassar os limites impostos na sanção penal cominada em abstrato.

Com relação à aplicação da pena-base, é incontroverso na doutrina e na jurisprudência que a atuação do juiz se encontra adstrito aos limites impostos no comando legal, ou seja, o julgador não pode utilizar da sua discricionariedade para conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, no primeiro momento de dosimetria.

Esta limitação ocorre por expressa determinação legal contida no comando do inciso II do artigo 59 do Código Penal:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

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

Com relação ao terceiro momento de aplicação, também não existe discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da instrumentalização da pena, posto que as causas de aumento e de diminuição tem seus valores predeterminados por lei. Dessa forma, ao aplicá-las, o julgador atua de forma vinculada.

Neste diapasão, por meio de um simples cálculo matemático, é possível constatar a possibilidade de redução aquém do mínimo legal, ou, ter o seu aumento acima do máximo. Se outro fosse o entendimento, manifestar-se-iam incongruências, como por exemplo a mesma sanção para o crime tentado e o consumado.

Todavia, ao contrário das fases supramencionadas, a norma penal não uniformizou o procedimento quanto à possibilidade de exceder os limites impostos pelo tipo penal na segunda fase de aplicação da pena.

Neste contexto, no dia 15/10/1999, o Superior Tribunal de Justiça formalizou o entendimento da súmula 231 que, assim, dispõe: **“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do**

mínimo legal". Embora não seja vinculante, o enunciado do verbete é adotado majoritariamente pelos tribunais pátrios.

Em decorrência desta, originou-se um grande dissenso entre a jurisprudência e a doutrina.

De um lado, a posição preponderante nos tribunais brasileiros, consubstanciada na súmula, no sentido de impedir que, na segunda fase da dosimetria, a pena fixada seja inferior ao limite mínimo estabelecido pelo preceito secundário do tipo, conforme demonstrar-se-á, de forma pormenorizada, no próximo capítulo.

Do outro lado parte da doutrina admitindo a aplicação da atenuante invariavelmente. Neste sentido, Rogério Greco¹⁸ e Cezar Roberto Bitencourt¹⁹.

Superado esta breve análise introdutória com relação aos institutos do Direito Penal, como por exemplo o processo de dosimetria, imprescindíveis para que o leitor tenha um entendimento satisfatório sobre a tese abordada, necessário se faz abordar o posicionamento dos tribunais com relação à matéria, precipuamente os fundamentos jurídicos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal com o escopo sustentar ou restringir a incidência da circunstância atenuante e a sua possibilidade de conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

¹⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1, 17. ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p.630.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2017. p. 799.

3 O HISTÓRICO DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA INCIDÊNCIA DE ATENUANTE NO DIREITO PENAL

3.1 DA FORMAÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As circunstâncias atenuantes estão previstas desde os primórdios do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no artigo dezoito do Código Criminal do Império, Lei de 16 de dezembro de 1830. E desde esta época, a norma já vinculava a pena final aos parâmetros mínimo e máximo estabelecidos pelo preceito secundário do tipo penal.

Art. 18. São circunstancias atenuantes dos crimes: 1º Não ter havido no delinquente pleno conhecimento do mal, e directa intenção de o praticar. 2º Ter o delinquente commettido o crime para evitar maior mal. 3º Ter o delinquente commettido o crime em defeza da propria pessoa, ou de seus direitos; em defeza de sua familia, ou de um terceiro. 4º Ter o delinquente commettido o crime em desaffronta de alguma injuria, ou deshonra, que lhe fosse feita, ou á seus ascendentes, descendentes, conjuge, ou irmãos. 5º Ter o delinquente commettido o crime, oppondo-se á execução de ordens illegaes. 6º Ter precedido aggressão da parte do offendido. 7º Ter o delinquente commettido o crime, aterrado de ameaças. 8º Ter sido provocado o delinquente. A provocação será mais ou menos attendivel, segundo fôr mais ou menos grave, mais ou menos recente 9º Ter o delinquente commettido o crime no estado de embriaguez. Para que a embriaguez se considere circumstancia atenuante, deverão intervir conjunctamente os seguintes requisitos; 1º que o delinquente não tivesse antes della formado o projecto do crime; 2º que a embriaguez não fosse procurada pelo delinquente como meio de o animar á perpetração do crime; 3º que o delinquente não seja costumado em tal estado a commetter crimes. 10. Ser o delinquente menor de vinte e um annos. Quando o réo fôr menor de dezasete annos, e maior de quatorze, poderá o Juiz, parecendo-lhe justo, impôr-lhe as penas da complicitade.

Todavia, neste período a lei, conforme ditames do artigo trinta e três do código supramencionado, abria uma exceção, que permitia ao magistrado, segundo seu arbítrio, ultrapassar essas margens impostas.

Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquelas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbítrio.

Nesta mesma trajetória, o primeiro Código Penal brasileiro de 1890 – Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890 – previu as atenuantes no artigo quarenta e dois, bem como a impossibilidade de aplicação de penas desvinculadas dos limites abstratamente previstos, salvo arbítrio judicial.

Art. 61 Nenhum crime será punido com penas superiores ou inferiores às que a lei impõe para a repressão do mesmo, nem por medo diverso do estabelecido nella, salvo o caso em que ao juiz se deixar arbítrio.

Dessa forma, por mais de cem anos, os tribunais entenderam pela possibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal, em razão do arbítrio judicial. Entretanto, esta formulação era assaz abrangente e poderia ensejar abusos. Por essa razão, o legislador de 1940 elaborou nova redação.

Foi com legislação punitiva de 1940 que se estabeleceu o entendimento presente hodiernamente e aceito pelos tribunais brasileiros, ou seja, a compreensão pela impossibilidade de incidir circunstância atenuante para conduzir à redução da pena aquém do mínimo legal.

O artigo 48 do Decreto n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 demonstrou este novo posicionamento, pois, mesmo utilizando pela primeira vez o advérbio **sempre** para representar a aplicação das atenuantes, num segundo momento, precisamente no parágrafo único da referida norma o legislador foi “[...] mais cauteloso (em virtude das eventuais arbitrariedades judiciais praticadas no passado) ao retirar do arbítrio judicial a possibilidade de que a pena, agora desde a fase intermediária da aplicação das atenuantes, ficasse aquém ou além do mínimo legal”²⁰. Conforme é possível depreender da redação do artigo:

Art. 48. 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 cometido. (grifo nosso).

²⁰ PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (Stj) Revisitada À Luz de um Direito Penal Garantista. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, p. 261-276, jul./dez. 2015. P.4. Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/60>>. Acesso em: 10 out. 2018.

Destarte, os tribunais entenderam que a proibição especial contida no parágrafo único do art. 48 deveria ser a aplicada a toda a fase intermediária de dosimetria. Neste sentido, o entendimento do Tribunal Federal de Recursos – TFR –, de relatoria do Excelentíssimo Ministro José Candido de Carvalho filho:

As circunstâncias judiciais e as legais não se prestam para ultrapassar os limites mínimo e máximo da pena *in abstracto*. Esse privilégio somente é reservado as causas de aumento ou diminuição da pena, expressamente aludidas na parte geral e na parte especial da lei punitiva.²¹

Urge destacar que a necessidade do ato sumular engendrou-se a partir da necessidade de uniformização do entendimento, conforme adiante se demonstrará.

Como já dissertado, no Brasil vigora o critério de aplicação trifásico da pena, entretanto esse modelo só foi concretizado e instituído com reforma da parte geral do Código Penal em 1984.

Antes dessa alteração legislativa, vigorava o pretérito artigo 42 do Código Penal de 1940, *in verbis*:

Art. 42. 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 aplicável.

A norma constante no referido dispositivo era vaga e não aduzia de forma categórica as etapas que o magistrado deveria utilizar-se para individualizar a pena. Essa indefinição proporcionou o surgimento de dois segmentos teóricos, capitaneados por Roberto Lyra e Nelson Hungria, bem como o debate jurisprudencial concernente a aplicabilidade dos modelos.

Os defensores da corrente de Roberto Lyra propunham a tese de que a fixação da pena deveria ser efetuada em duas etapas. Na primeira, estabelecer-se-ia a pena base, o magistrado deveria averiguar as circunstâncias judiciais do pretérito artigo 42 do Código Penal de 1940, supramencionado, concomitantemente

²¹ FRANCO, Alberto Silva [et. al.]. **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial**: Parte Geral. Prefácio Paulo José da Costa Jr.. vol. 1, tomo 1, 6. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1073.

as atenuantes e agravantes, circunstâncias legais genéricas, elencadas nos antigos artigos 44, 45 e 48.²²

Por fim, o segundo estágio, no qual averiguar-se-ia as causas de aumento e diminuição da pena que incidiriam sobre a pena base, se existissem.

Roberto Lyra, em sua obra destaca a existência desta celeuma, bem como

Ao discordar da corrente que acompanha o desembargador Nélson Hungria, não estamos sós. Não seria apenas ousadia, mas temeridade nos opormos a tão eminentemente juristas se não tivéssemos do nosso lado outras figuras de igual projeção nos nossos meios jurídicos... Sim, a corrente, segundo a qual a pena-base deve ser fixada tomando-se em consideração tanto as circunstâncias judiciais como as legais não é menos numerosa nem menos merecedora de acatamento. Foi esta a tese tão brilhantemente defendida pelos desembargadores Nestor Diógenes e Orlando de Aguiar, na conferência dos Desembargadores do Rio de Janeiro. É igualmente, o ponto de vista adotado pela unanimidade da câmara criminal do Tribunal de Apelação de Pernambuco.

[...] Eudoro Magalhães, outro destacado membro do Ministério Público do Distrito Federal, em *Aplicação da Pena na Nova Lei Penal* (publicado no jornal do Brasil de 3 de fevereiro de 1942); Vicente Faria Coelho, juiz de direito no mesmo distrito, *Da Aplicação da pena no Código Penal* (direito, vol. XIII, pág 43); Raul Barbosa, procurador

²² Art. 44. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) depois de embriagar-se propositadamente para cometê-lo; d) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; e) com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; f) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; g) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; h) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; i) contra criança, velho ou enfermo; j) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; k) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgracia particular do ofendido.

Agravantes no caso de concurso de agentes Art. 45. A pena é ainda agravada em relação ao agente que: I - promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade, ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Circunstâncias atenuantes Art. 48. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos; II - ter sido de somenos importância sua cooperação no crime; III - a ignorância ou a errada compreensão da lei penal, quando excusáveis; IV - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral; b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem; e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se, lícita a reunião, não provocou o tumulto, nem é reincidente.

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 cometido.

Geral do Estado do Ceará, *A Individualização da Pena no Código Penal* (direito, vol. XVIII, pág. 117), seguem a orientação de Roberto Lyra. E o desembargador Edgar Costa, em seus numerosos relatos, vem sustentando que as circunstâncias legais devem ser obrigatoriamente atendidas pelo juiz ao fixar a pena com os demais elementos do art. 42. E que essa pena, se não ocorrer causa especial será a definitiva (arquivo judiciário, vol LXIII). A jurisprudência parece que vem orientando pela última corrente.²³

Este modelo foi duramente criticado, pois, as circunstâncias judiciais poderiam sobrepor as legais genéricas. Assim, o réu desconheceria o *quantum* fora acrescido ou diminuído em sua punição pela incidência de agravantes e atenuantes. Neste diapasão, o contraditório e a ampla defesa poderiam restar prejudicados.

O próprio autor reconhecia este imbróglio:

Roberto Lyra, o mais entusiasmado defensor da corrente que se orienta pela fixação da pena-base, atendendo-se tanto as circunstâncias judiciais como as legais, deixa compreender que, no cálculo a efetuar deve o juiz computá-las separadamente.²⁴

A outra vertente, composta precipuamente por Nelson Hungria, preconizou o método trifásico, no qual o magistrado, preliminarmente, atenderia a pena-base, com fundamento nas circunstâncias judiciais, após debruçar-se-ia sobre as agravantes e atenuantes. Por fim, as causas de aumento e de diminuição de pena.

Importa ratificar que neste período, em decorrência da ambiguidade perpetrada pela má redação do artigo quarenta e dois retromencionado, pela obscuridade de distinção entre as fases de aplicação da pena, e a proibição, já mencionada, contida no artigo 48, culminaram extensão da vedação imposta as circunstâncias judiciais, ou seja, a obrigatoriedade de cominar a quantidade de pena aplicável dentro dos limites legais, foi também estendida as circunstâncias legais.

Pela primeira vez na história dos tribunais brasileiros, foi estatuído que o magistrado, com exceção das causas de aumento e de diminuição, não poderia ultrapassar os ditames impostos pelo preceito secundário do tipo penal, mesmo de forma excepcional, como ocorria outrora.

²³ LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**: Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1958. (grifo do autor). Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/21764768/nelson-hungria---comentarios-ao-codigo-penal---volume-ii>>. Acesso em: 21 nov. 2018. p. 210.

²⁴ Idem. Ibidem., p. 213.

Alberto Silva Franco, em sua obra, destaca este fenômeno histórico:

A questão relativa ao número de etapas, que devem ser vencidas no processo de individualização da pena, era matéria em aberto na antiga PG/40. A inexistência de sua definição legislativa deu margem ao aparecimento de duas correntes doutrinárias que tiveram imediatos reflexos em nível jurisprudencial.

Roberto Lyra defendia a tese de que a fixação da pena deveria ser efetuada em dois estágios. No primeiro, o juiz teria de examinar globalmente as circunstâncias judiciais do antigo art. 42 e as circunstâncias legais genéricas (agravantes e atenuantes elencadas nos art. 44,45 e 48 da PG), estabelecendo, então, a pena-base. No segundo estágio, faria incidir sobre a pena-base as causas de aumento ou diminuição.

Nelson Hungria adotava, por sua vez, uma posição diversa, considerando que o processo individualizador deveria tresdobrar-se. Na primeira etapa, o juiz atenderia às circunstâncias judiciais; na segunda levaria em conta as agravantes e atenuantes legais; e, na última, teria em vista as causas de aumento ou de diminuição de pena.²⁵

Apesar disso, **a reforma de 1984 modificou a sistemática empregada pelo Código e consagrou o modelo trifásico de aplicação da pena, que é aplicado até os dias atuais.** Por tal razão, houve o desmembramento das circunstâncias judiciais e das atenuantes, as quais passaram a ser analisadas de forma distintas.

Por decorrência desta cisão, as vedações consagradas nas redações dos revogados incisos dos artigos quarenta e dois e quarenta e oito foram suprimidas. Dada a ausência de ratificação, a doutrina começou a teorizar pela possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal, em decorrência da incidência da circunstância atenuante.

Ao passo que a doutrina teorizava, os tribunais começaram a decidir de forma diversa. Por intermédio de uma análise perfuntória dos acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo é possível verificar posicionamentos antagônicos dos desembargadores relatores, como se pode depreender dos trechos abaixo transcritos:

Não há como cogitar da atenuante quando a pena-base é fixada considerado o quantitativo mínimo previsto para o tipo. Sendo o

²⁵ FRANCO, Alberto Silva [et al.]. Da Aplicação da Pena. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação**: Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 381.

Direito uma ciência, descabe confundir institutos que têm significado próprio – o de atenuante – com o relevado pela causa de diminuição de pena. Somente em relação a relação a esta é possível chegar-se a quantitativo inferior ao mínimo estabelecido na norma de regência.²⁶

As circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61, 62 e 65, todos do Código Penal, sempre incidirão sobre as penas básicas, por força do disposto no artigo 68 do mesmo diploma legal, ainda quando essas se encontrarem já nos limites mínimo e máximo da cominação.²⁷

A desarmonia presente nos tribunais culminou em inúmeros Habeas Corpus, Recursos Especiais e os Recursos Extraordinários sendo impetrados, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, surgiu a necessidade de uniformização do entendimento que desencadeou na edição da súmula 231 do Superior tribunal de Justiça, na qual, conforme se demonstrará no tópico posterior, apesar da nova redação preconizada pelo legislador em 1984, a corte optou pelo continuísmo do sistema que vigorava no regime anterior.

3.2 DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE SUSTENTAM A IMPOSSIBILIDADE DE ATENUANTE CONDUZIR À REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL

Os contornos da súmula 231 começaram a ser traçados a partir do julgamento do REsp 7.287 do Paraná, no dia 15 de abril de 1991 e publicado no Diário de Justiça no dia 06 de maio do mesmo ano. Segue a Emenda do julgado:

EMENTA Penal. Pena. Fixação. Critérios. Se a redução da pena importou em fixá-la abaixo do mínimo legal, por força de equivocado critério na ordem de consideração de causa especial de aumento e de atenuante, merece reforma a decisão. Recurso especial conhecido e provido.²⁸

²⁶ FRANCO, Alberto Silva [et. al.]. **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial**: Parte Geral. Prefácio Paulo José da Costa Jr.. vol. 1, tomo 1, 6. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1074.

²⁷ Idem., Ibidem., p. 1075.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 7.287- PR (91.4812). Relator: Willian Patterson. DJ: 06 de maio de 1991. In: _____. Súmula n. 231. **JusBrasil**, Brasília, 1991. p.5. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

O caso em tela trata-se de Recurso Especial de relatoria do Excelentíssimo Ministro William Patterson interposto pelo Ministério Público, em desfavor do réu Sebastião Marques Cano, com o intento de cassar decisão proferida pela Egrégia Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná na Apelação n. 487/89.

Na primeira instância, o juízo *a quo* decidiu pela aplicação da pena mínima referente aos delitos de furto e estelionato, bem como pela inaplicabilidade das atenuantes, sob o fundamento de que estas não podem conduzir a pena inferior àqueles previstos pelo tipo secundário da pena.

Todavia, em sede de apelação, o Tribunal do Paraná modificou a sentença e reiterou que as atenuantes da menoridade e da confissão espontânea são de incidência obrigatória, razão pela qual atenuou a pena do condenado.

O processo alçou a Corte superior. No voto do ilustre ministro William Patterson, relator do caso, destacou que, no procedimento trifásico de Nelson Hungria, as causas especiais de aumento ou diminuição não se confundem com as atenuantes e agravantes. Dessa forma, somente aquelas permitem resultado abaixo ou acima dos limites estabelecidos na lei. Assim, como tal critério não foi observado pelo tribunal estadual, ensejaria reforma.

Ademais, o referido ministro aduziu que a sua decisão se encontrava lastreada pelo entendimento sedimentado pela corte superior de justiça, motivo pelo qual colacionou diversos julgados. Todavia, conforme é possível constatar, os acórdãos supramencionados são baseados eminentemente no modelo revogado pela modificação preconizada pelo legislador em 1984.

Com base nos argumentos retromencionados pelo relator, a Sexta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conheceu o recurso especial e lhe deu provimento, com o escopo de cassar o acórdão recorrido. Restabeleceu a sentença de primeiro grau e **ratificou que a norma penal estabelece limites rígidos no tocante à agravante e atenuante, de modo que não pode haver modificação desses marcos, seja para favorecer ou prejudicar, sendo uma garantia tanto da acusação quanto da defesa.**

Além desta decisão, outros 05 (cinco) acórdãos figuram como paradigmas para a confecção e fundamentação da súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, são eles: REsp 15.691/PR; REsp 32.344/PR; REsp 46.182/DF; REsp 49.500/SP e REsp 146.056/RS.

A segunda vez que a Corte se debruçou sobre o tema abordado corresponde ao julgamento do Resp. 15.691/PR, cuja ementa foi delimitada da seguinte forma:

REsp. Penal. Pena. Atenuante. O princípio constitucional da individualização da pena visa a resguardar o direito de liberdade. **A cominação (in abstrato) não se confunde com a aplicação (in concreto). A atenuante não se confunde com a causa especial de diminuição da pena.** A primeira enseja o Juiz, nos limites da cominação, reduzir a pena-base. A redução, pois, não pode transpor o mínimo na lei. A segunda, sim, conduz a grau porque o legislador afetou o quantum da cominação.²⁹

O julgamento supracitado pouco acrescenta, ao passo que se limita a reiterar os frágeis argumentos anteriormente preconizados. Apesar disso, traz à baila um elemento diverso da decisão anterior, qual seja: a harmonização jurisprudencial, em relação aos conceitos de causas de aumento/diminuição e as agravantes/atenuantes, cujos traços não se confundem.

O acórdão fundamentou no sentido de que o princípio da individualização da pena consubstancia-se em uma garantia concedida ao réu, pois limita o poder de punir e a tripartição visa a disciplinar a pena, qualificada pelo relator como a “mais severa das sanções jurídicas”. Entretanto, o processo de dosimetria no modelo notabilizado por Nelson Hungria deve encontrar-se restrito aos limites legais.

Por fim a decisão, reiterou que os institutos da atenuante e da agravante não se confundem com as causas de aumento e diminuição de pena. Segundo a interpretação dos ministros, ambas são circunstâncias que podem repercutir na pena. Todavia, em se tratando de atenuante, “[...] o quantum da oscilação é relativa à pena base, trabalho exclusivamente do magistrado, jungido, porém aos limites da cominação legal. Não pode ultrapassar para mais ou beneficiar para menos.”.

Nestes termos, a diferença primordial entre os dois institutos reside no fato que só as causas de aumento e de diminuição podem transpor a barreira dos limites legais. Destarte, possibilitar a tese em apreço, corresponderia a transformar atenuante em causa especial de diminuição de pena.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 15.691. Relator: Vicente Cernicchiaro. DJ: 03 de maio de 1991. **JusBrasil**, Brasília, 1993. (grifo nosso). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

Percebe-se que os julgadores salvaguardaram uma conceituação arcaica e imprecisa dos termos “atenuante” e “agravante”, a qual foi preconizada na vigência do ordenamento jurídico anterior, qual seja, de 1940, e não foi ratificado pela nova legislação. De forma que os ilustres ministros, ao aplicarem esta definição esvaíram todo o significado implantado pelo legislador na confecção dos artigos 59, 65 e 68 do Código Penal.

Com exceção do REsp 146.056/RS, todos os outros (REsp 32.344/PR; REsp 46.182/DF; REsp 49.500/SP) possuem fundamentação precária, sequer adentram no mérito da questão e não trazem elementos novos que justifiquem ou sustentem a manutenção da súmula. Limitam-se a citar doutrina e a reiterar que em toda a história da corte de justiça e do pretório excelso nunca predominou, “[...] nem sequer mereceu destaque, o entendimento de que as agravantes e atenuantes pudessem levar a pena privativa de liberdade para fora dos limites previstos em lei. E isto, quer seja no sistema bifásico (de Roberto Lyra), quer seja no trifásico (de Nelson Hungria).”³⁰.

Publicado em 10 de novembro de 1997, o Resp. 146.056/RS, cuja relatoria recaiu sobre o Ministro Felix Fischer é o único julgado que abarca de forma integral e motivada as razões da súmula. Além de suscitar os argumentos apresentados pelos outros julgados, assenta a sua tese em quatro pontos.

O primeiro diz respeito ao princípio da legalidade, pois, segundo o entendimento do relator, o estatuto repressivo indica parâmetros mínimos e máximos de pena privativa de liberdade para cada delito. Caso não o fosse, além de esvair-se o disposto nos arts. 59, 67 e 68 do Código Penal, manifestar-se-ia um sistema de indeterminação incompatível com o princípio da reserva legal, posto que infundadamente possibilita tratamentos diferenciados aos apenados.

A segunda premissa trazida à baila é reproduzida pelo ilustre Ministro em forma de questionamento: “[...] admitindo-se, *ad argumentandum*, a redução almejada no recurso especial, qual seria o limite? A pena “zero”?”.³¹

Destarte, o relator demonstra certo receio com os poderes concedidos ao magistrado para utilizar-se de sua discricionariedade de forma desvinculada dos

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 146.056-RS. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 10 de nov. 1997. **JusBrasil**, Brasília, 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

³¹ Idem. Ibidem..

parâmetros legais, bem como com a possibilidade de advir verdadeiras aberrações jurídicas, a exemplo da pena zero.

O terceiro corresponde a contraposição das ideias suscitadas pela defesa. O julgador argumenta com base em uma situação hipotética, na qual “dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante”.

O relator refuta tal conjuntura, posto que, “[...] a aplicação da pena não é competição entre réus ou delinquentes.”. Ademais, de acordo com a sua assimilação, a conjectura não se trata de absurdo jurídico ou manifesta injustiça, entretanto, o pensamento em contrário, no sentido de “premiar” (expressão utilizada pelo ministro relator) o co-réu que possui menor participação, corresponderia, de acordo com seus preconceitos e ideologia, teologia absurda. Em suas palavras:

Terceiro, a alegação de manifesta injustiça, ou de absurdo jurídico, na hipótese de um concurso de agentes em que dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante, também, data venia, não é argumento decisivo. A aplicação da pena não pode ser produto de “competição” entre réus ou delinquentes. Caso contrário, na participação de somenos (art. 29 § 1º do CP), aí sim, absurdamente, teríamos, constantemente que aplicar a minorante, “premiando” o co-réu que tivesse menor participação.³²

Por fim, examina a expressão “sempre atenuam” e questiona a correta interpretação do dispositivo, ao aduzir que a aplicação de uma interpretação meramente literal implica em anuir a absurda conjectura de que as agravantes, da mesma forma, possam conduzir a pena acima dos limites impostas pelo preceito secundário, ou seja, em nítida violação ao princípio da legalidade formal. Neste diapasão, faz-se necessário utilizar-se de uma compreensão teleológica. No entender do ministro relator:

Por último, a expressão “sempre atenuam” não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, reprovação mínima do tipo. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 146.056-RS. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 10 de nov. 1997. Brasília, **JusBrasil**, 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

agravantes (“que sempre agravam a pena”) pudessem levar a pena acima do limite máximo (o outro lado da ampla indeterminação).³³

Com base na uniformização do entendimento, por intermédio destes julgados, o STJ editou a súmula 231. A importância desta no âmbito processual diz respeito à garantia ou poder que é concedido ao relator para negar monocraticamente o prosseguimento de eventual recurso, cujo objetivo seja rediscutir a matéria e pleitear o reconhecimento de circunstância atenuante de forma a aplicar a pena aquém do mínimo legal.

Portanto, conforme é possível depreender do exposto, apesar da modificação no texto legal proferida em 1984 pelo legislador, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, alheia a mudança normativa, optou pelo continuísmo do sistema revogado. Para tanto, utilizou-se fundamentalmente de três argumentos: 1) o conceito arcaico de **atenuantes e agravantes** construído sob a égide da legislação revogada; 2) da existência de entendimento consolidado; 3) a verificação de ofensa direta ao princípio da reserva legal e da individualização da pena. Ademais, obstaculizou a rediscussão pelo pleno do STJ, por meio da edição da súmula.

Entretanto, por tratar-se de matéria constitucional, haja vista que o cerne da discussão se refere à suposta violação dos princípios da legalidade, igualdade, individualização da pena e proporcionalidade, a matéria também alçou o âmbito do Supremo Tribunal Federal.

3.3 DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de ratificar o entendimento preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça. Esta cognição foi consubstanciada no Recurso Extraordinário de número 597.270, sob a seguinte emenda:

AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário

³³ Idem. Ibidem..

improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.³⁴

O referido recurso foi interposto pela Defensoria Pública com o escopo de efetivar as atenuantes de confissão e de reparação do dano.

O processo em questão diz respeito ao réu Marcelo Renato Soares Vaz, o qual foi denunciado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul pela prática da conduta tipificada no artigo 157, parágrafo segundo, inciso I do Código Penal, qual seja roubo majorado pelo emprego de arma.

Após regular instrução probatória, sobreveio a sentença condenatória, na qual o réu foi condenado a pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto. De forma que a pena base fora fixada no mínimo legal e as atenuantes presentes na segunda fase de dosimetria, desprezadas do computo da pena.

Inconformada a Defensoria Pública interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ- RS), que acolheu a tese defensiva, no sentido de aplicar a atenuante da confissão e da reparação do dano – e procedeu à redução da pena-base em 09 (nove) meses, a qual foi alçada no valor de 4 (quatro) anos 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

O Ministério Público rebelou-se contra a decisão, interpondo, para tanto, Recurso Especial (Resp. 905.257/RS), sob o argumento de que existia divergência entre a decisão proferida pelo Tribunal e a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, nos moldes do artigo 105, III, c da Constituição Federal.

A quinta turma do STJ, por sua vez, decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, com o fito de reformar o acórdão atacado, por intermédio da aplicação restritiva do enunciado sumular que consagrou o impedimento da circunstância atenuante conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

A Defensoria Pública, irressignada, interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, que foi prontamente inadmitido pelo relator, o qual

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.270. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 26 de março de 2009. JusBrasil, Brasília. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+597270%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+597270%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/a6oa2l2>>. Acesso em: 19 out. 2018.

afirmou que a defesa teria deixado de indicar qualquer preceito constitucional, nos seguintes termos:

[...] inadmissível o recurso extraordinário, por isso que o recorrente deixou de indicar qualquer preceito constitucional como violado.

A petição recursal deve ser exata, cabendo ao recorrente indicar o preceito constitucional que entenda ter ido revogado, bem como demonstrar fundamentalmente a tese sustentada, objetivando convencer o julgador no propósito de reformar o acórdão.

Assim, não permitindo a petição a exata compreensão da controvérsia, tendo em vista a sua deficiente fundamentação, inadmissível o recurso extraordinário, a teor do disposto no verbete n. 248 do STF.

Ante o exposto, não admito o recurso extraordinário.³⁵

Em sede de Agravo de instrumento no Recurso Extraordinário, por sua vez, o egrégio Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral da matéria, bem como o prequestionamento referente à violação a quatro princípios constitucionais, quais sejam: **legalidade; igualdade; individualização da pena; e proporcionalidade**. Nestes termos, o mais alto tribunal adentrou no mérito da questão e proferiu decisão.

O Recurso Extraordinário recaiu sobre a relatoria do ilustre Ministro Cezar Peluso, que reiterou a existência de jurisprudência consolidada da corte de forma a impossibilitar o provimento do recurso, conseqüentemente a fixação da pena em patamar inferior ao mínimo.

Consoante sua cognição, as atenuantes genéricas não possuem o condão normativo para impor a diminuição da reprimenda aquém do mínimo legal. Por fim, entendimento em sentido diverso geraria insegurança jurídica, bem como a probabilidade de serem perpetradas arbitrariedades, pois o distanciamento da vinculação imposta pelos marcos legais, implica, necessariamente, que a dosagem da pena fique a cargo única e exclusivamente da subjetividade do magistrado, conforme pode ser constatado no seu voto:

Parece-me que, se a corte se propusesse a modificar esta jurisprudência, teria de tomar certas cautelas pelo risco que

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa. Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário nº 25043. Agravantes: Marcelo Renato Soares Vaz. Agravado Ministério Público Federal. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 09 de abril de 2008. **JusBrasil**, Brasília, 2008. p. 18-19. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2663001>>. Acesso em: 21 out. 2018.

introduziria deixar a cada juiz a definição da pena para cada crime. Isto é, no momento em que a Corte proclame, ou proclamasse, que as atenuantes genéricas podem conduzir a pena para aquém do mínimo legal, poderíamos passar a um regime em que a discricionariedade judicial conduziria a que se aplicasse a pena sem nenhum significado, em termos de política criminal. Estaria aberta a porta para – não diria uma extravagância –, para um risco extremamente elevado para a atuação do ordenamento jurídico criminal que, embora sendo extremo, tem relevantíssima importância social.

De modo que, com base nessas considerações, Senhor Presidente, meu voto reafirma a jurisprudência da Corte, reconhecendo a existência de Repercussão geral e nega provimento ao recurso.³⁶

O Ministro Eros Grau acompanhou o relator e fundamentou que o princípio constitucionalmente assegurado da proporcionalidade não pode ser utilizado pelo magistrado para produzir ou corrigir norma penal, só pode ser empregado no momento de aplicação concreto da norma, nos seguintes termos:

O argumento do Ministro Peluso é definitivo. Não se pode substituir a legalidade em matéria penal por uma discricionariedade atribuída ao juiz.

Estou inteiramente convencido de que a proporcionalidade só pode atuar no momento da norma de decisão, não na produção da norma jurídica geral. Quer dizer, não se pode usar a proporcionalidade como pretexto para corrigir a lei.

Num primeiro momento, quando se interpreta, trabalha-se com os textos e com a realidade. Depois o intérprete autêntico, no sentido de Kelsen, o juiz toma das normas jurídicas gerais e então define uma norma de decisão. É o momento da chamada “aplicação concreta”. Só neste momento pode atuar a proporcionalidade.

Eu não posso, com as vênias do entendimento mais amplo da Corte, usar os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade para corrigir a lei; só posso utilizá-los no momento da aplicação da norma extraída do texto legal.³⁷

Por sua vez, o Min. Marco Aurélio ressaltou que todo ato judicante é vinculado ao direito posto e que a fixação da pena deve orientar-se pelo tipo penal, notadamente o preceito secundário da norma.

Prosseguindo, o julgador demonstrou insatisfação com a tese jurídica trazida à baila pela defesa, à medida que, a aplicação da atenuante de forma a

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.270. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 26 de março de 2009. JusBrasil, Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595601>>. Acesso em: 21 out. 2018.

³⁷ Idem. Ibidem.

ultrapassar o piso e o teto previsto pelo tipo, importaria em empregar a mesma asserção às agravantes.

Nestes termos, o magistrado reiterou que atribuir ao julgador a aplicação de agravantes de forma discricionária e desvinculada conduz inadvertidamente ao advento de arbitrariedades. Dessa forma, entendeu que a Corte deve rastrear-se por uma visão garantista para todos, inclusive para chegar aquém da ordem jurídica, razão pela qual seguiu o relator com o fito de desprover o recurso da Defensoria.

Com base nos argumentos expostos, o STF proferiu decisão unânime no sentido de ratificar o entendimento emanado pelo STJ na súmula 231 e impedir que a incidência de circunstância atenuante possa conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, *in verbis*:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, reconheceu a repercussão geral, reafirmou a jurisprudência a respeito, negou provimento ao recurso e determinou a adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil. Em seguida, o Tribunal, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, resolveu questão de ordem, suscitada pela Senhora Ministra Cármen Lúcia, no sentido de autorizar o Relator a decidir definitiva e monocraticamente pedido de *habeas corpus*, no caso de fixação de pena abaixo do mínimo legal por conta da incidência de circunstância genérica atenuante. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Falaram, pelo recorrente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público da União e, pelo Ministério Público Federal, o Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 26.03.2009.³⁸

Por fim, a maior instância do poder judiciário brasileiro decidiu que esta era conjuntura de cabimento do artigo 21, §1º, do Regimento Interno do STF, o qual dispõe:

Art. 21. São atribuições do Relator: § 1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

³⁸ Idem. Ibidem.

Esta norma autoriza o relator a monocraticamente negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou à súmula do Tribunal.

Dessa forma, a demanda cujo pedido pugne pela fixação da pena além dos limites impostos pelo preceito secundário da norma deve ser julgado improcedente de forma monocrática pelo relator, posto que se encontra em desconformidade com a jurisprudência dominante.

Portanto, a Suprema Corte, além de estabelecer impedimento a rediscussão da matéria, ratificou, com base nos mesmos fundamentos, o entendimento sumular preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, no âmbito da jurisprudência nacional, o tema foi pacificado optando-se pela impossibilidade de redução da pena fora dos limites concebidos no preceito secundário da norma penal.

Todavia, apesar de uniformizado, é imprescindível avaliar os impactos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, frente ao cerceamento de direitos e à liberdade do sentenciado, de forma a identificar seus possíveis efeitos frente aos princípios individualização da pena, da isonomia, e da dignidade da pessoa humana, bem como diante da aplicação concreta do artigo 65 do Código Penal. Assim, exhaustivamente explanados os fundamentos utilizados pelas cortes, abordaremos algumas críticas referentes a sua legalidade e constitucionalidade.

4 DA CRÍTICA AS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO OCORRIDAS NO RESP. 146.056 E RATIFICADA NO RE 597.270

Após dezoito anos de sua edição, a súmula em apreço tornou-se um dogma jurídico, símbolo histórico de uma questão incontroversa e pouco debatida no âmbito dos tribunais, posto que, conforme já mencionado, a vigência da súmula no STJ e o cumprimento do artigo 21, §1º, do Regimento Interno do STF permitem ao relator negar seguimento monocraticamente a questão cujo escopo seja rediscutir a matéria nestes tribunais.

Apesar disso, é impreterível a discussão no âmbito acadêmico-doutrinário, haja vista que o entendimento jurisprudencial inviabiliza direito posto do sentenciado, além de abarcar princípios e garantias fundamentais inerentes a dignidade da pessoa humana, tais como a liberdade, legalidade, igualdade, individualização da pena e proporcionalidade.

Destarte, é imprescindível oportunizar um amplo debate sobre seus impactos, de forma a distanciar-se do senso comum e dogmático que a manutenção da súmula se tornou, de forma a justificar a sua revisão.

4.1 DA AFERIÇÃO DE LEGALIDADE

O cerne da problemática apresentada gira em torno de um dos mais célebres princípios do Direito: o princípio constitucional da legalidade, no sentido de: **o entendimento que sustenta a construção sumular fere a norma expressa no artigo 65 do Código Penal?**

Art. 65 - São circunstâncias que **SEMPRE** atenuam a pena
I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
II - o desconhecimento da lei;
III - ter o agente: (...)

Conforme já foi exposto neste trabalho monográfico, o STJ, por meio do RESP 146.056/RS, questionou a correta interpretação referida norma, ao analisar a expressão “sempre atenuam” contida no dispositivo. A corte afastou a imperatividade resultante de uma interpretação literal, em prol de uma hermenêutica

teleológica, posto que, anuir a aplicação obrigatória da atenuante, significa consentir a inescusável aplicação das agravantes.

Sobre outro prisma, Cleber Masson justifica a incidência da súmula:

Além disso, as atenuantes genéricas, ainda que existam muitas delas no caso concreto, serão ineficazes quando a pena-base (1ª fase) for fixada no mínimo legal. **Como não integram a estrutura do tipo penal, e não tiveram o percentual de redução previsto expressamente pelo legislador**, a aplicação da pena fora dos parâmetros legais representaria intromissão indevida do Poder Judiciário na função legiferante.³⁹

Neste diapasão, o autor aponta dois elementos que cumulados implicam na impossibilidade da segunda fase de dosimetria ultrapassar os limites estabelecidos no preceito secundário: 1) o fato de atenuante não integrar o tipo penal; 2) o legislador não prevê o quantum de aumento ou de diminuição. Neste sentido, intromissão do Poder Judiciário para modificar a pena caracterizar-se-ia como usurpação da função legislativa.

No mesmo sentido estabelece Alberto Silva Franco:

O entendimento de que o legislador de 84 permitiu ao juiz superar tais limites encerra um sério perigo ao direito de liberdade do cidadão, pois, se, de um lado, autoriza que a pena, em virtude de atenuantes, possa ser estabelecida abaixo do mínimo, não exclui, de outro, a possibilidade de que, em razão de agravantes, seja determinada acima do máximo. Nessa situação, o princípio da legalidade da pena sofreria golpe mortal, e a liberdade do cidadão ficaria à mercê dos humores, dos preconceitos, das ideologias e dos “segundos códigos” do magistrado. Além disso, atribui-se às agravantes e às atenuantes, que são circunstância acidentais, relevância punitiva maior do que a dos elementos da própria estrutura típica, porque, em relação a estas, o juiz está preso às balizas quantitativas determinadas em cada figura típica. Ademais, estabelece-se linha divisória inaceitável entre as circunstâncias legais, sem limites punitivos, e as causas de aumento e de diminuição, com limites determinados, emprestando-se àquelas uma importância maior do que a estas, o que não parece ser correto, nem ter sido a intenção do legislador. Por fim, a margem de deliberação demasiadamente ampla, deixada ao juiz, perturbaria o processo de individualização da pena que se pretendeu tornar, através do art. 68 do CP, o mais transparente possível e o mais livre de intercorrências subjetivas.⁴⁰

³⁹ MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. p. 331. (grifo nosso).

⁴⁰ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação**: Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 382. (grifo nosso).

Destarte, os autores ratificam a proibição e o posicionamento dos tribunais, ao justificarem que a indeterminação por parte do legislador com relação aos valores de aumento ou de diminuição, bem como o fato de não integrarem o tipo penal, originam a inexorável conclusão de que as atenuantes e agravantes estão condicionados aos parâmetros mínimo e o máximo estabelecidos pelo preceito secundário do tipo penal.

Ao contrário sensu, as causas de aumento e de diminuição por terem seus valores previamente valorados em lei, podem ultrapassar a óbice gerada pelos parâmetros legais, pois o magistrado ao aplicá-las apenas segue orientações do próprio legislador e realiza um simples cálculo matemático.

Esta ilação surgiu consubstanciada em quatro fatores elencados no RESP146.056:

1) o princípio da reserva legal possibilita que as circunstâncias legais genéricas ultrapassem os limites impostos pelo tipo penal, inadvertidamente implicaria em esvair-se o significado do preceito secundário da pena e dos dispositivos presentes nos artigos 59, 67 e 68 do Código Penal;

2) a indeterminação provocada pelas atenuantes e agravantes, elas não possuem seus valores prefixados em lei, dessa forma, assegurar ao magistrado a utilização de sua discricionariedade desvinculada de parâmetros legais seria conceder uma gama de poderes incompatíveis com o exercício de sua função e poderia engendrar uma série de aberrações jurídicas, a exemplo da pena zero, ou pena negativa, suscitados pelo ministro relator Felix Fischer no RESP 146.056;

3) circunstâncias atenuantes e agravantes são critérios estipulados pelo legislador com o fito de averiguar a maior ou menor necessidade de reprovação da conduta do autor, seja em decorrência da sua culpabilidade, seja pela constatação de outros fatores que preconizem a necessidade de maior ou menor apenação.

Assim, ultrapassar os limites impostos pelo tipo penal, configuraria anuir, infundadamente, tratamento diferenciado aos condenados e submeter os apenados à mercê do alvedrio do magistrado, elementos estes incompatíveis com o princípio da reserva legal;

4) Por fim, o Superior Tribunal de Justiça trouxe à baila outro lado da ampla indeterminação perpetrado pela interpretação literal do termo “sempre

atenuam” prevista no artigo 65 do Código Penal, a qual consistiria em consentir a aplicação indistinta das agravantes de forma a elevar a pena acima do máximo.

Por essa razão, o referido Tribunal afastou a interpretação literal, em prol de uma hermenêutica teleológica, no seguinte de que, as atenuantes previstas no artigo 65 sempre atenuam, se a pena base não estiver no mínimo.

Outrossim, o inciso II do artigo 59 aduz que a quantidade de pena aplicável, deve se encontrar adstrita dos limites previstos pelo tipo. Destarte, existe entendimento doutrinário e jurisprudencial no qual esta imposição legal abarcaria as atenuantes e agravantes. Dessa forma, a transposição estabelecida desses marcos legais pela segunda fase de aplicação da pena importaria em evidente descumprimento à supracitada norma.

Com a devida vênia, esta não é a melhor interpretação, pois conforme demonstrar-se-á nos tópicos subsequentes, o entendimento fomentado pelo STJ e pelos doutrinadores supracitados não se encontra amparado por uma base garantista, razão pela qual se encontra eivado de patente ilegalidade.

4.1.1 Da Crítica a interpretação preconizada pelo Pretório Excelso

Conforme mencionado no capítulo anterior, o artigo 42 da antiga parte geral do CP era ambíguo e não aduzia de forma categórica as etapas pelas quais o magistrado deveria utilizar-se para individualizar a pena.

Essa indefinição proporcionou o surgimento do entendimento jurisprudencial no sentido de que a vedação presente no inciso II da norma supramencionada, qual seja, a obrigatoriedade de o magistrado fixar a pena aplicável dentro dos limites legais, não fosse circunscrita às circunstâncias judiciais, mas estendida as atenuantes e agravantes.

Entretanto, a modificação de 1984 fomentou a cisão entre os dois tipos circunstâncias em duas fases distintas. Dessa forma, o comando contido no inciso II do artigo 59 não pode ser entendido como uma reprodução fiel da supracitada norma.

Assim, a atual redação trata especificamente das circunstâncias judiciais. Sendo inadmissível estendê-la às circunstâncias legais genéricas, como outrora fora

admitido. Destaca-se que o pensamento em contrário tem como corolário intrínseco retroagir ao critério bifásico de aplicação da pena.

Acompanhando este raciocínio, Euler Jansen aduz:

A doutrina tradicional ensina, pacificamente, que as atenuantes e agravantes não podem conduzir a pena aquém do mínimo ou além do máximo da pena cominada in abstracto ao crime. Alguns doutrinadores referem-se ao comando do inc. II do art. 59, que determina obediência aos limites abstratos da pena, dispondo “a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos”.

Tal raciocínio não nos parece lógico, pois esse inciso, pelo seu posicionamento no artigo, deve referir-se somente ao que é normatizado nele, ou seja, à fixação da pena-base na primeira fase da gradação legal da pena. Os que admitem que os referidos limites devem ser observados na segunda fase, deveriam também, pelo mesmo raciocínio, defender a possibilidade de utilizá-los até mesmo na terceira fase. É o que defende David Teixeira de Azevedo, propondo também alterações no modelo trifásico da dosimetria da pena. Igualmente, a absoluta ausência de outra norma que restrinja a aplicabilidade do inciso nessa outra fase, **nos afasta desse entendimento.**⁴¹

Nesse sentido, não assiste razão à argumentação defensora da aplicação do inciso II, do artigo 59, às atenuantes, ou seja, as restrições aos marcos legais não se aplicam as mesmas.

De igual forma, não se sustenta a tese de que a não predefinição de valores seria um óbice à aplicação da reprimenda abaixo do mínimo legal.

Primeiramente, o *caput* do art. 65 do Código dispõe que as circunstâncias atenuantes **SEMPRE** atenuam a pena. Destarte, havendo uma hipótese autorizativa sua aplicação se tornar direito público subjetivo do réu.

Em contrapartida, não há dispositivo legal em todo o ordenamento jurídico brasileiro, o qual determine a limitação da segunda fase de dosimetria da pena aos parâmetros legais, no sentido de: diante da inexistência de circunstância judicial desfavorável não é possível aplicar as atenuantes, ou quiçá, dispositivo proclamando que, caso da pena-base seja fixada no mínimo legal, sem a presença de agravantes, não se aplicam as atenuantes.

Em suma, não há substrato legal para fundamentar o entendimento preconizado pela súmula, nem há regra jurídica que estabeleça exceção à

⁴¹ JANSEN, Euler Paulo de Moura. **Manual de Sentença Criminal**. João Pessoa: Edição do Autor 2014. p. 116-118. (grifo nosso).

determinação contida no artigo 65 do Código Penal. Ao contrário, há norma cogente ordenando, de forma peremptória, a sua aplicação. Nesse sentido preleciona o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

Enfim, deixar de aplicar uma circunstância atenuante para não trazer a pena para aquém do mínimo cominado nega vigência ao disposto no art. 65 do CP, que não condiciona a sua incidência a esse limite, violando o direito público subjetivo do condenado à pena justa, legal e individualizada. Essa ilegalidade, deixando de aplicar norma de ordem pública, caracteriza uma inconstitucionalidade manifesta. **Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há Lei que determina (art.65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de uma atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva Legal.**⁴²

No mesmo sentido, Rogerio Greco aduz que a pena deve ser reduzida invariavelmente quando existir atenuante e o pensamento em contrário constitui interpretação *contra-legem*, pois suprime a eficácia de norma cogente e de incidência obrigatória.

Dissemos que tal interpretação é contrária à lei porque o art. 65 não excepciona a sua aplicação aos casos em que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal. Pelo contrário. O mencionado artigo afirma categoricamente que *são circunstâncias que sempre atenuam a pena*. Por que razão utilizaria o legislador o advérbio sempre se fosse sua intenção deixar de aplicar a redução, em virtude de existência de uma circunstância atenuante, quando a pena-base fosse fixada em seu grau mínimo?⁴³

Dessa forma, reconhecer a existência e afastar a aplicação da atenuante, com base nos termos sumulares, constitui hipótese desautorizada do judiciário tomando para si as funções do poder legislativo, pois nega vigência a norma cogente que não comportando nenhuma exceção.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2017. p. 603

⁴³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Vol. 1. 17^o. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 630. (grifo do autor).

Sob um segundo prisma, adotando o preceito secundário como limite à aplicação da pena, esta interpretação não pode figurar de forma restrita à segunda fase de dosimetria.

Isso ocorre porque não há substrato legal cujo contorno admita tratamento diferenciado pelo magistrado com relação às duas fases, ou seja, não subsiste no ordenamento jurídica norma relativizadora da aplicação das atenuantes, de forma a admitir que só as majorantes e minorantes ultrapassem os marcos legais. Reitera-se, só há legislação admitindo a aplicação de ambos os institutos.

O temor do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e de parte da doutrina concernente ao surgimento de aberrações jurídicas é válido, todavia não é um argumento inquebrantável nem ao menos persuasivo, pois se lastreia na premissa de que a atuação do judiciário invariavelmente culminaria em arbitrariedades.

É verdade que o legislador não predeterminou valores para a segunda fase de dosimetria. Todavia, esta indeterminação não simboliza abusos, autoritarismos ou mesmo despotismo por parte poder judiciário, posto que não é garantido uma liberdade irrestrita ao magistrado.

Isso ocorre porque a atuação do julgador deve ser sempre pautada, em critérios idôneos, princípios constitucionalmente consagrados e embasados em fundamentos sólidos, bem como a busca por uma pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Neste diapasão, não é cabível que o juiz utilize dos seus deveres concedidos pelo comando do artigo 65 do Código Penal para abrandar a pena de forma excessiva ao ponto de criar uma nova espécie de “perdão judicial” para salvaguardar a impunidade, ou determinar uma sanção vitalícia, contrária a própria Constituição Federal.

Ademais, há parâmetros jurisprudências consolidados e objetivos para limitar o quantum acrescido pelas atenuantes ou agravantes. Rogério Greco, por exemplo, destaca o entendimento doutrinário de que o razoável seria agravar ou atenuar a pena-base em até um sexto do *quantum* fixado:

Ante a ausência de critérios previamente definidos pela lei penal, devemos considerar o princípio da razoabilidade como reitor para essa atenuação ou agravação da pena. Contudo, em face da fluidez desse conceito de razoabilidade, a doutrina tem entendido que “razoável” seria agravar ou atenuar a pena-base em até um sexto do

quantum fixado, fazendo-se, pois, uma comparação com as causas de aumento ou de diminuição de pena.⁴⁴

Da mesma forma, Cezar Roberto Bitencourt:

O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à discricionariedade do juiz. No entanto, sustentamos que a variação dessas circunstâncias não deve ir muito além do limite máximo das majorantes e minorantes que é fixado em um sexto. Caso contrário, as agravantes e as atenuantes se equiparariam àquelas causas modificadoras da pena, que, a nosso juízo, apresentam maior intensidade, situando-se pouco abaixo das qualificadoras (no caso das majorantes).⁴⁵

Nestes termos, não se fundamenta o argumento de que a omissão por parte do legislador com relação aos valores de aumento e de diminuição da pena, na segunda fase de dosimetria, seja um empecilho a aplicação de atenuantes.

Por sua vez, considerar a simples alegação de que o segundo procedimento de dosimetria da pena constitui-se de circunstâncias acidentais, ou seja, não integram a estrutura típica, como razão para desqualificar a aplicação daquelas, também constitui elemento inócuo, pois outras circunstâncias, como por exemplo as próprias majorantes e minorantes, também não integram a estrutura típica, porém, podem ultrapassar as balizas determinadas pela figura típica.

No julgamento do Resp. 146.056/RS, o relator, Ministro Felix Fischer suscitou uma situação hipotética, na qual “[...] dois réus, com circunstâncias judiciais favoráveis, são condenados à mesma pena, apesar de um deles ainda ter, a seu favor, mais de uma atenuante.”⁴⁶

Nesta lógica, o membro da Egrégia Corte Superior destacou que possibilitar a aplicação indistinta das atenuantes corresponderia a perpetrar uma competição entre réus ou delinquentes e a premiar aquele com maior número de circunstâncias legais.

⁴⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1, 17. ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 642.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2017. p. 603

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 146.056-RS. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 10 de nov. 1997. **JusBrasil**, Brasília, 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

Apesar da importância da ilustre figura do Ministro, discordamos deste posicionamento.

Preliminarmente, conceder Direito Público Subjetivo do condenado à pena justa não pode ser qualificada como “prémio”. Em segundo plano, a aplicação de atenuantes deve ser analisada sob um fundamento garantista, ou seja, o magistrado não pode limitar-se à compreensão de que a conjuntura em comento trata-se de competição entre delinquentes, mas sim a garantia direitos legalmente estabelecidos, bem como todos os seus efeitos na seara penal.

Nestes termos, Rogério Greco traz à baila um exemplo sintético, sobre como ocorre a conjectura em comento e a incidência da súmula no âmbito fático, bem como seus efeitos com relação a outros institutos do Direito Penal, como por exemplo, a prescrição:

Suponhamos que o agente menor de 21 anos à época dos fatos tenha praticado um delito de furto simples. O juiz, após analisar individualmente todas as circunstâncias judiciais, decide aplicar a pena-base em seu mínimo legal, vale dizer, um ano reclusão. No segundo momento verifica que nos autos foi comprovada a sua menoridade por intermédio de documento próprio e que não existem circunstâncias agravantes. Para a maioria de nossos doutrinadores, como também para o STJ, a pena-base não poderia ser reduzida aquém do mínimo, devendo, em flagrante desrespeito ao artigo 65 do Código Penal, ser desprezada a circunstância atenuante prevista no inciso I do mencionado artigo. Se fosse aplicada, conforme determina a lei, a redução pela circunstância atenuante, em um mês por exemplo, a pena, nesse segundo momento, seria inferior a um ano. Somente a título de raciocínio, imaginemos que no caso concreto não houvesse causas de aumento ou diminuição de pena que seriam observadas no terceiro instante de aplicação da pena, e a pena final fosse determinada em onze meses de reclusão. De acordo com o inciso V do artigo 109 do Código Penal, a pena igual a um ano, ou, sendo superior, não excedendo a dois, prescreve em quatro anos; se inferior a um ano, a prescrição ocorrerá em 3 (três) anos, conforme determina o inciso vi, do citado artigo 109, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010. No caso tido como exemplo, como o agente era menor de 21 anos de idade, nos termos do art. 115 do Código Penal, o prazo prescricional deve ser reduzido pela metade. Assim, se aplica pena de onze meses, obedecida a redução pela circunstância atenuante, o seu prazo prescricional seria de um ano e meio, o qual dificilmente não ocorreria entre os marcos interruptivos da prescrição.

Desse modo, o renomado autor trata a hipótese em razão da sua forma garantista e os seus impactos na seara penal.

Por sua vez, REsp's 7.287, 15.691, 32.344, 46.182, 49.500 e 146.056 traduzem a aplicação sumular com base na jurisprudência consolidada da corte desde a década de 1970. Todavia, esta interpretação originou-se com base na definição arcaica, de atenuantes e agravantes, fomentado sob a égide da parte geral de 1940, não salvaguardadas pelo código vigente.

Na lei derogada as duas primeiras fases de aplicação da pena confundiam-se, razão pela qual as atenuantes foram qualificadas como elementos circunstancias, circunscritas à estrutura típica. Todavia, embora estranhas a estrutura da norma, influenciam na quantidade punitiva, devendo limitar-se dentro das demarcações legais e sem valores prefixados em lei.

Contudo, a legislação vigente inadmite esta definição, pois ao desmembrar as duas fases, a norma erigiu uma nova estrutura com elementos equidistantes das circunstâncias judiciais e das minorantes e majorantes.

Neste diapasão, a asserção contemporânea da segunda fase de dosimetria segue sem seus valores prefixados, a exemplo da própria primeira fase, todavia, assim como o terceiro estágio pode ultrapassar as balizas legais.

Por fim, em apertada síntese, Antonio José Franco de Souza Pêcego condensa de forma concatenada a ilegalidade latente constante na súmula erigida pelo STJ:

Não querer que a pena possa ficar aquém do mínimo fixado judicialmente quando da aplicação de uma atenuante é negar vigência à norma penal, ao que dispõe o art. 65 do Código Penal; é tolher a individualização no caso concreto por parte do judiciário sob o foco equivocado de que se estaria inviabilizando ou maculando a individualização da pena por parte do legislador; é negar ao acusado o direito a ter direitos, na concepção de cidadania de Hannah Arendt, portanto é agir abalando o princípio fundamental do nosso Estado Democrático de Direito.⁴⁷

Dado o exposto, resta cristalina a ilegalidade apresentada sob a égide da súmula, notadamente porque nega vigência à norma penal e à direito público subjetivo do réu. Além disso, a não predefinição de valores não pode ser utilizada como empecilho para a aplicação da atenuante.

⁴⁷ PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (Stj) Revisitada À Luz de um Direito Penal Garantista. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, p. 261-276, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/60>>. Acesso em: 10 out. 2018.

No próximo item, por sua vez, destaca-se a profunda importância das circunstâncias atenuantes, precipuamente no que tange aos princípios legais e a mais recente tendência político-criminal.

4.1.2 Da Importância das Atenuantes

Incumbe destacar que o fundamento utilizado pelo STF no recurso extraordinário 597.270, segundo o qual as atenuantes genéricas não possuem o condão normativo para impor a diminuição da reprimenda aquém do mínimo legal, pois não possuem importância valorativa como as causas de aumento de diminuição, não encontram guarita na Constituição ou no ordenamento jurídico legal.

Tal constatação é possível ser realizada pela própria análise perpetrada pelo relator, ilustre Ministro Cezar Peluso:

As chamadas “atenuantes genéricas”, que estão previstas na lei, a meu ver, com o devido respeito, não caracterizam situações tais que por si só justifiquem a redução ou a pena aquém do mínimo legal. Por exemplo, a confissão. A confissão por si só – para dar um exemplo e demonstrar a maneira como a jurisprudência conduziu, de certo modo, e eu conduzo também no mesmo sentido, o raciocínio – **não significa nada em termos da atuação da justiça.** Por quê? Porque pode nem ser verdadeira. O réu pode ter compreensíveis razões para confessar um ato que não tenha cometido. E mais: a confissão por si só não fundamenta juízo condenatório. Ou seja, cuida-se de situação importante, a qual deve ser ponderada no conjunto de outros dados ou de outros fatores, mas que não deve influir de modo decisivo para justificar a redução da pena para aquém do mínimo legal⁴⁸.

Conforme é possível depreender das palavras do excelentíssimo julgador, o mesmo destaca a inexpressividade das atenuantes, a exemplo da confissão, o que justificaria a sua inaplicabilidade aquém do mínimo legal.

Apesar do peso normativo imposto pelo voto e a importância da figura do ilustre Ministro, com a devida vênia, este não é o entendimento preconizado pelos tribunais hodiernamente, principalmente nos moldes da recente tendência político-

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.270. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 26 de março de 2009. **JusBrasil**, Brasília, 2009. (grifo nosso). Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+597270%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+597270%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/a6oa2l2>>. Acesso em: 19 out. 2018. (grifo nosso)

criminal, cuja vocação consiste na valorização de delações e colaborações premiadas.

A lei número 12.850, de 2 de agosto de 2013 define colaboração premiada, a lei número 9.807/99, por sua vez, consolidou os contornos da delação premiada.

Renato Brasileiro de Lima diferencia os institutos da colaboração e da delação premiada, além de destacar a importância da confissão nestes institutos:

A nosso ver, delação e colaboração premiada não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir a culpa (**Confessar**) e delatar outras pessoas – nessa hipótese é que se fala em delação premiada (ou chamamento do corréu). Só há falar em delação privilegiada se o investigado ou acusado também **confessa** a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho. **A colaboração premiada funciona, portanto, como gênero do qual a delação premiada seria espécie.**

É bem verdade que a referência à expressão delação premiada é muito mais comum na doutrina e na jurisprudência. No entanto, preferimos fazer uso da denominação colaboração premiada, quer pela carga simbólica carregada de preconceito inerente à delação premiada, que traz ínsita a ideia de traição, quer pela incapacidade de descrever toda a extensão do instituto que nem sempre se limita a mero chamamento do corréu. Com efeito, a chamada delação premiada (ou chamamento do corréu) é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da persecução penal.⁴⁹

Neste diapasão, a delação premiada constitui espécie da qual colaboração premiada é o gênero. Verifica-se que os dois institutos se caracterizam por serem um acordo exercido entre o acusado e o Estado, no qual é ofertado uma gama de benefícios àquele, **com o fito de que o mesmo confesse** com algum fim colimado em lei.

A diferença primordial entre ambos constitui essencialmente na *persecutio criminis*. No instituto da delação, o depoimento presta a conferir informações sobre a identidade dos agentes envolvidos, do fato delituoso e contribua no escopo de reaver o produto do delito.

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 6. ed.. Salvador: Juspodivm, 2018. p.52-53. (grifo nosso).

No caso da colaboração, mais ampla, do depoimento do acusado deve advir um ou mais dos seguintes resultados previstos na lei de organizações criminosas, lei nº 12.850/13:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Dessa forma, são cinco resultados previstos em lei: I) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Eduardo Araújo da Silva sintetiza a procedimento da colaboração premiada:

A colaboração premiada, também denominada de cooperação processual (processo cooperativo), ocorre quando o acusado, ainda na fase de investigação criminal, **além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a se consumir** (colaboração preventiva), assim como auxilia concretamente a polícia na sua atividade de recolher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva). Incide, portanto, sobre o desenvolvimento das investigações e o resultado do processo⁵⁰

⁵⁰ SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei número 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52-53. (grifo nosso).

Dentre os prêmios possíveis de serem ofertados ao acusado que colaborou efetiva, integral e voluntariamente com a justiça, **destacam-se a concessão do perdão judicial, redução em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direito.**

Destaca-se que a jurisprudência distingue confissão dos institutos da delação e da colaboração, conforme é possível desprender do seguinte julgado.

PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MAUS ANTECEDENTES. AUMENTO DA PENA-BASE E NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DELAÇÃO PREMIADA. 1. O art. 59 do Código Penal prevê, dentre as circunstâncias judiciais a serem observadas pelo magistrado, para a fixação da pena-base, os antecedentes criminais do réu, que correspondem a todos os fatos penais pretéritos ao crime praticados pelo réu, e que são verificados na 1ª fase do processo de fixação da pena. 2. A causa especial de diminuição da pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 exige, para a sua incidência, a presença cumulativa dos seguintes requisitos: primariedade e bons antecedentes do agente e que este não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. 3. A consideração acerca da primariedade e dos bons antecedentes do réu defluem da própria exigência legal para a aplicação da minorante, e são analisadas na 3ª fase do processo de dosimetria da pena, tratando-se, pois, de circunstância que atua como causa diferente em relação à primeira, não se configurando bis in idem. **4. Muito embora a delação premiada seja, normalmente, precedida da confissão espontânea do delito pelo réu, a primeira dirige-se à identificação dos demais coautores e partícipes do crime, bem como à recuperação total ou parcial do seu produto, enquanto a atenuante da confissão espontânea constitui o reconhecimento da autoria do delito, onde o agente admite contra si, voluntária, expressa e pessoalmente, a prática de algum fato criminoso.** 5. Nos termos do art. 65 do Código Penal, a confissão espontânea é circunstância que sempre atenua a pena, sendo aplicada na 2ª fase do processo de individualização da pena, enquanto a delação premiada, como causa de diminuição de pena, é considerada na 3ª fase. 6. Recurso parcialmente provido.⁵¹

Todavia, é nítida a semelhança entre ambos, de forma que a confissão espontânea constitui o elemento primário e intrínseco aos outros dois institutos. Assim, se torna desproporcional e desrazoável qualificá-la como irrelevante na forma

⁵¹ BRASIL. TRF – 2o.. Apelação Criminal nº 2009.51.01.804427-0, Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargadora Federal Liliâne Roriz. **JusBrasil**. (grifo nosso). Disponível em: <<https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8293262/apelacao-criminal-acr-200951018044270-rj-20095101804427-0>>. Acesso em: 29 out. 2018.

de atenuante, mas como elemento cujos contornos possuem o condão de extinguir a punibilidade por meio do perdão judicial, na figura da colaboração e delação premiadas.

Ademais, é indispensável destacar a relevância das atenuantes, precipuamente a confissão, haja vista que esta se revela como a de maior destaque dentre todas, pois demonstra traços da personalidade do agente, indica seu arrependimento e depreende-se o verdadeiro intuito do acusado em cooperar com as investigações, contribuir com administração da justiça, a rapidez da instrução processual e a aplicação da pena.

Também é inconteste que a confissão espontânea demonstra a ciência do acusado quanto à sua falta para com a sociedade e sua iniciativa em aboná-la. Como bem enfatizou o doutrinador Heleno Fragoso:

Se o réu espontaneamente confessa a autoria do crime, colabora com a justiça e revela arrependimento que se reflete na minoração da pena. Como logo se percebe, são razões de oportunidade e conveniência que aqui movem o legislador, que busca estimular o comportamento do agente, levando-o a cooperar com a realização da justiça.

É de mister que a confissão seja espontânea, sem que se indague os motivos que a determinaram. [...].

Não há qualquer razão para que se pretenda repelir a atenuação da pena em caso de confissão espontânea feita por pessoa presa em flagrante delito. A lei não estabelece tal restrição. Nesse sentido: STF, 1. T., HC 77.653/MS, Min. Galvão, DJU 12.03.1999). [...].

Todas as circunstâncias atenuantes, com exceção da prevista no art. 65, III, b, referem-se à pessoa do agente ou ao fim de agir e têm, portanto, caráter subjetivo.⁵²

Celso Delmanto, por sua vez, ressalta a relevância e a incongruência engendrada pela aplicação da atenuante constante na alínea “a” do inciso III do artigo 65, qual seja ***ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral***. Isso ocorre porque em determinados momentos a atenuante, por expressa determinação legal comporta-se como majorante ou minorante, ou seja, de incidência obrigatória e capaz de transbordar os limites legais, todavia, em outros momentos, deve ser desprezada como atenuante:

⁵² FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003. (grifo nosso).

[...] o motivo de relevante valor social ou moral, que em um crime mais grave, como homicídio, é causa especial de diminuição de pena (homicídio privilegiado – art. 121, § 1º), permitindo a redução da pena abaixo do mínimo legal, enquanto que o mesmo motivo, previsto como atenuante genérica no art. 65, III, a não possibilitaria a redução abaixo do mínimo para os crimes menos graves. (...) lembramos também que o art. 129, § 4º do CP também prevê idêntico motivo como causa especial de diminuição, para lesões corporais dolosas leves, graves, gravíssimas e até para as seguidas de morte, e que a redução do privilégio, tanto para o homicídio quanto para as lesões corporais (“impelido de relevante valor social ou moral...”) é praticamente igual àquela da atenuante em questão (“cometido por motivo de relevante valor social ou mortal”).⁵³

Dado o exposto, é imprescindível destacar a importância valorativa das atenuantes, ao contrário do que vem sendo concebido pela excelso Supremo Tribunal Federal.

Por fim, conforme demonstrar-se-á no ponto 4.2 desta obra monográfica, a interpretação teleológica e os fundamentos jurídicos salvaguardados pela Suprema Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça não encontram harmonia com os princípios constitucionais de proteção à liberdade, à isonomia, à proporcionalidade e à individualização da pena.

4.2 ANÁLISE SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A discussão em tela não restou circunscrita a seara infraconstitucional, mas alçou o STF por meio do Recurso Extraordinário número 597.270, haja vista que o debate não se encontra adstrito a mera aferição de adequação legal do artigo 65 do Código Penal. Envolve uma gama de princípios e garantias fundamentais inerentes a dignidade da pessoa humana, tais como a liberdade, legalidade, isonomia, individualização da pena e proporcionalidade.

Destarte, como a súmula foi erigida sob a égide da legislação constitucional derogada, é imprescindível aferir se seus contornos coadunam harmoniosamente com os Direitos Fundamentais e os ditames do Estado Democrático de Direito.

Uadi Lammêgo Bulos define direitos fundamentais como: "o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular,

⁵³ DELMANTO, Celso et al.. **Código Penal Comentado**. 9. ed.. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 281.

que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor condição econômica ou status social” e, ao final sintetiza: “Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”.⁵⁴ Da mesma forma, o autor conceitua o princípio do Estado Democrático de Direito:

Princípio do Estado Democrático de Direito (no *caput* do artigo 1º da CF)- reconhece a República Federativa do Brasil como uma ordem estatal justa, mantenedora das liberdades públicas e do regime democrático. A força e intensidade desse princípio projeta-se em todos os escaninhos da vida constitucional brasileira. Transmite a mensagem de que o *Estado de Direito* e *Democracia*, bem com *Democracia* e *Estado de Direito* não são ideias redundantes ou pleonásticas, porque inexistem dissociados. Como princípio fundamental, a voz *Estado Democrático de Direito* veicula a ideia de que o Brasil não é um *Estado de Polícia*, autoritário e aviso aos direitos e garantias fundamentais. Em suma, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, **porque assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia nem liberdades públicas.**⁵⁵

Neste diapasão, o cerne da problemática apresentada diz respeito ao seguinte quesito: A súmula construída sob o comando da Constituição derogada encontra guarita nos direitos Fundamentais assegurados pela Estado Democrático de Direito?.

Os defensores da compreensão preconizado pelo STF entendem que a atuação dos magistrados se encontra restrita aos valores preconizados pelo legislador. Neste sentido, reduzir a pena de modo a ultrapassar o mínimo implicaria na violação aos princípios da individualização da pena e da legalidade, bem como a usurpação da função legiferante pelo Poder Judiciário.

Ademais, as cortes brasileiras optaram por afastar a interpretação literal, em prol de uma hermenêutica teleológica, na qual as atenuantes sempre minoram, desde que a pena base não esteja no mínimo, ou seja na reprovação inferior do tipo.

Todavia, esta não é a melhor assimilação da matéria, pois a incidência do referido entendimento preconizado pelo STF não encontra amparo constitucional.

⁵⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva 2009. p. 350.

⁵⁵ Idem. Ibidem., p. 388-390.

Preliminarmente, conforme demonstrou-se no tópico 4.1, ao contrário do que advogam os defensores da cognição exercida pelos tribunais, a violação do princípio da reserva legal situa-se na não atenuação.

O artigo 65 do Código Penal dispõe que as circunstâncias atenuantes **SEMPRE** atenuam a pena, ou seja, estabelece norma cogente ordenando, de forma invariável, a sua observância. Assim, havendo hipótese autorizativa, esta se torna direito público subjetivo do condenado.

Entretanto, a súmula padece de evidente ilegalidade, pois condiciona a aplicabilidade do referido artigo aos marcos legais. Dessa forma, retira a sua eficácia normativa, em contrariedade ao comando esculpida no Código Penal.

Com relação à Hermenêutica ratificada pelo STF, o Min. Marco Aurélio no Recurso Extraordinário número 597.270 contra-argumentou a viabilidade do emprego da pena abaixo do mínimo legal, ao indagar que: **se admitindo a interpretação literal, culminaria na perigosa compreensão que as agravantes, da mesma forma, também poderiam ser aplicadas fora dos marcos legais.**

Neste sentido, o ministro ressalta existir um nexó lógico indissociável entre a admissão da redução com possibilidade de extrapolação do valor máximo.

Todavia, há entendimento doutrinário no sentido de que tanto a interpretação meramente literal, quanto a teleológica devem ser afastadas, em prol de uma concepção sistemática com a Carta Magna.

Luís Roberto Barroso clarifica a distinção entre estes dois tipos de interpretação:

2.3 interpretação sistemática

A ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia. A Constituição é responsável pela unidade do sistema, ao passo que a harmonia é proporcionada pela prevenção ou pela solução de conflitos normativos. Os diferentes ramos do Direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas. A Constituição, além de ser um subsistema normativo em si, é também fator de unidade do sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento. Como se explorará em detalhe mais adiante, interpretam-se todas as normas conforme a Constituição. A interpretação sistemática disputa com a teleológica a primazia no processo de aplicação do Direito. No tocante à harmonia, é certo que o Direito não tolera antinomias [...]

2.4 interpretação teleológica

O Direito não é um fim em si mesmo, e todas as formas devem ser instrumentais. **Isso significa que o Direito existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social. No direito constitucional positivo brasileiro existe norma expressa indicando as finalidades do Estado, cuja consecução deve figurar como vetor interpretativo de todo o sistema jurídico. De fato, colhe-se na letra expressa do art. 3o da Constituição⁵⁶:**

[...]

Como assinalado acima, não se devem sacrificar os fins às formas. Há autores, inclusive, que proclamam merecer o elemento teleológico preponderância na interpretação constitucional.

É bem de ver, no entanto, que a interpretação teleológica não pode servir para chancelar o utilitarismo, o pragmatismo e o consequencialismo quando isso importe em afronta aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.⁵⁷

Dessa forma, é necessário verificar se à luz de uma visão sistêmica da Carta Magna persiste o suposto nexos de lógico indissociável trazido à baila pelo Min. Marco Aurélio, ou seja, de acordo com a unidade do sistema constitucional como um todo, bem como os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento.

Para elucidar esta questão, deve-se adentrar no mérito da funcionalidade dos marcos penais.

Ocorre que os limites legais devem ser entendidos de formas distintas. O patamar máximo relaciona-se com a própria proteção do indivíduo frente ao poder sancionatório estatal. O Estado é o único legitimado para punir, todavia sua autoridade não é absoluta, posto que se restringe aos limites máximos preconizados pela norma. Essa conotação hermenêutica extrai-se da própria Constituição, uma vez que apenas houve a demarcação de referencial penal máximo no inciso XLVII do art. 5º da Carta Política brasileira.

A pena mínima, por sua vez, não possui a mesma natureza restritiva frente às arbitrariedades estatais, nem possui o condão de estabelecer parâmetros intransponíveis para a punição. Na verdade, apresenta-se como mero paradigma norteador da dosagem da reprimenda.

⁵⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed.. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 333-334. (grifo nosso).

Dessa maneira, a concretização da hermenêutica erigida pelo STF qualifica-se como analogia prejudicial ao réu, fato vedado pela legislação, pois inexistente vínculo de lógico inseparável entre a atenuação da pena abaixo do mínimo e a possibilidade de agravar a pena além do máximo, em razão das funcionalidades distintas dos marcos legais.

Desta forma, a súmula 231 do STJ não condiz com o princípio da reserva legal, porque além de produzir analogia prejudicial ao réu, condiciona a aplicabilidade de norma de incidência obrigatória, aos valores adstritos em lei.

Ademais, afirmar que extrapolar os limites previstos no preceito secundário implicaria na **violação do princípio da individualização da pena** e a consequente usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário não encontra guarita constitucional.

Este princípio é uma garantia fundamental, assegurada no art. 5º inciso XLVI da CF, segundo o qual, todo cidadão condenado deve receber uma pena personalíssima conforme os parâmetros legais estabelecidos em sociedade, ou seja, tem o escopo de eleger uma pena individualizada, justa e proporcional ao ato ilícito, de modo que seja suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime. Segundo Guilherme de Souza Nucci:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto.⁵⁸

No caso em tela, a impossibilidade de redução da pena fora dos parâmetros concebidos no preceito secundário da norma penal, veda a aplicação do referido princípio, **pois automatiza a sanção ao desprezar as circunstâncias subjetivas e objetivas do crime elencadas na segunda fase de dosimetria**. Há uma verdadeira supressão do direito público subjetivo do réu de ter a sua pena amenizada, bem como todas as consequências legais dessa diminuição.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13.ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 31-31.

Por fim, em apertada síntese, Lucas Carvalho Tenório de Albuquerque condensa de forma concatenada a violação latente do princípio da individualização da pena constante na súmula erigida pelo STJ:

Como é sabido, o legislador tem competência para atribuir um hiato de sanção de acordo com a gravidade abstrata do crime tipificado. Posteriormente, cabe ao magistrado, a partir do referencial legislativo, determinar a reprimenda balizado pelas especificidades subjetivas e objetivas do crime.

Repisa-se que não houve qualquer determinação legislativa no sentido de coibir a atenuação penal nos casos de fixação da pena basilar no mínimo previsto em abstrato. Dessa forma, não cabe ao STJ sumular um regramento, contrário a mens legis e que engessa a atividade judicial. Com efeito, a inobservância da atenuante acarreta a aplicação penal de modo incongruente, eis que não retrata a pena justa e individualizada. Ou seja, ocasiona-se a violação à garantia constitucional da individualização da pena em decorrência da não aplicação da atenuante, e não pelo transbordamento da margem mínima, como querem os defensores da tese sumular.

Em síntese, o princípio da individualização da pena afirma a necessidade de averiguação fática das circunstâncias subjetivas e objetivas do crime, com vistas a afastar a aplicação penal baseada em contornos automatizados. Quando impede a atenuação da pena, a Súmula 231 negligencia a subjetividade delitiva, impondo uma operacionalização mecanizada e impessoal da reprimenda. Portanto, a inconstitucionalidade da súmula é manifesta em relação aos preceitos inerentes à individualização da pena.⁵⁹

Desse modo, além de não retratar a pena personalíssima, justa, proporcional, suficiente e necessária para a reprovação e prevenção do crime, a aplicação da súmula afronta fundamentalmente direito e garantia constitucional prevista no art. 5º, XLVI, da CF.

Na mesma esteira, resta violado o princípio da proporcionalidade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já ressaltava, no seu artigo 8º, que a lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias.

Luiz Regis Prado conceitua o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito:

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, **graduável, entre fato praticado e**

⁵⁹ ALBUQUERQUE, Lucas Carvalho Tenório de. A possibilidade de fixação da pena intermediária aquém do mínimo legal: análise da súmula 231 do STJ. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://conteudo.juridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.55740>>. Acesso em: 07 out. 2018. (grifo nosso).

cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso. Esse princípio pode ser considerado como proporcionalidade *abstrata* (fase legislativa) e *concreta* (fase judicial): a primeira deve ser entendida como proporção entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena que lhe é cominada - dirige-se ao legislador; a segunda, como a necessidade de proporção - dirige-se ao legislador; a terceira, como a necessidade de proporção entre a gravidade do fato concreto praticado e a pena aplicada ao seu autor - dirige-se ao juiz.⁶⁰

Destarte, o castigo impelido ao condenado deve ser proporcional e adequado à lesão ao bem jurídico, sendo imprescindível prevenir quaisquer excessos por parte do poder estatal. Ao não graduar a sanção de acordo com as circunstâncias específicas do caso, além de sancionar em demasia, quebra-se o necessário equilíbrio entre o delito e a sanção, tornando esta desproporcional e inadequada ao caso concreto.

Da mesma forma, não foi observado o princípio da culpabilidade, que embora não esteja previsto expressamente na Constituição Federal da República, pode ser extraído a partir da leitura do texto constitucional, precipuamente com relação a observação do artigo quinto e o princípio da dignidade da pessoa humana:

A culpabilidade, em termos jurídicos-penais pode ser conceituada como a reprovação pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e ilícita em determinadas circunstâncias em que se podia atuar conforme as exigências do ordenamento jurídico.⁶¹

Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura/reprovabilidade sobre a conduta praticada pelo agente que poderia ter atuado em conformidade com o direito, entretanto preferiu agir contrariamente ao preconizado na norma. Somado ao princípio da isonomia, traduz-se que ao comportamento menos censurável deva ser cominado punição mais benevolente.

Todavia, a súmula, ao impedir a transposição do limite mínimo, gera um contrassenso fático, pois passa a tratar culpabilidades distintas da mesma forma.

Dado o exposto, ante a problematização apresentada, pode-se concluir que a incidência da Súmula 231 do STJ não tem seguido os excertos constitucionais e legais, pois inviabiliza o emprego de direitos inalienáveis do sentenciado, bem

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Pena Brasileiro**: parte geral e parte especial. 14. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p 120. (grifo nosso).

⁶¹ Idem. Ibidem., p. 110.

como a prerrogativa de convivência livre e digna, posto que inviabiliza a redução da pena a qual o réu faz jus, em clara violação ao seu direito à liberdade.

Desse modo, as garantias fundamentais do cidadão e conseqüentemente o princípio da dignidade da pessoa humana, valores supremos do nosso Estado Democrático de Direito não se concretizam frente a incidência sumular, haja vista a desvirtuação da proteção à liberdade, à isonomia, à proporcionalidade, à culpabilidade e à individualização da pena. Assim, estes princípios constitucionais só serão concretizados com a patente decretação de inconstitucionalidade da súmula apresentada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho monográfico, verificou-se que, com a reforma da parte geral em 1984, o Código Penal em seu artigo sessenta e oito salvaguardou o modelo trifásico preconizado por Nelson Hungria, com vistas a assegurar ao sentenciado um procedimento de individualização da pena justo, necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, bem como o direito ao contraditório, à ampla defesa e à pena personalíssima.

Com a modificação da metodologia, o Superior Tribunal de Justiça, visando harmonizar a ordem infraconstitucional, editou a súmula 231, na qual limitou a atuação da segunda fase de dosimetria da pena, aos valores adstritos nos marcos legais. Dessa forma, a corte afastou a imperatividade resultante de uma interpretação literal e priorizou uma hermenêutica teleológica.

Urge ressaltar que por se tratar de matéria constitucional (relaciona-se com uma gama de princípios destacados no texto da Carta Magna, a exemplo da proteção à liberdade, à isonomia, à proporcionalidade, à culpabilidade e à individualização da pena) alçou o âmbito do Supremo Tribunal Federal o qual ratificou a concepção sumulada.

Os fundamentos inscritos para este entendimento estão consubstanciados no Recurso Especial número 146.056/RS, onde a corte superior de justiça aduziu que:

1) anuir a aplicação das atenuantes de modo a ultrapassar as margens preconizadas no preceito secundário da pena implicaria inadvertidamente em esvair-se o significado do preceito secundário da pena e dos dispositivos constantes nos artigos 59, 67 e 68 do Código Penal;

2) a ausência de valores prefixados em lei proporcionaria uma indeterminação incompatível com o princípio da reserva legal e confere à discricionariedade do magistrado uma gama de poderes incompatíveis com o exercício de sua função. Ademais, os julgadores suscitaram a possibilidade de surgirem desvios de finalidade da sanção, a exemplo da aparição de assombrações jurídicas, como a pena zero ou mesmo negativa;

3) a ausência de valores padronizados implicaria no tratamento diferenciado de agentes. Dessa forma, o apenados estaria à mercê do alvedrio do magistrado;

4) consentir a interpretação literal do termo “sempre atenuam” implica necessariamente em autorizar a aplicação indistinta das agravantes de forma a elevar a pena acima do máximo.

Todavia, diante do exposto nesse trabalho, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro admite à redução da pena abaixo do mínimo legal, por intermédio da incidência de circunstância atenuante

Isso ocorre porque, conforme exposto, desprezar a aplicação da mesma, nos moldes preconizados pelas cortes brasileiras, automatiza a dosimetria da sanção, retira do acusado o direito a uma pena individualizada, personalíssima, concebida nos limites de sua culpabilidade, justa e proporcional ao mal impellido.

Ademais, nega imperatividade de norma cogente, pautando-se na errônea premissa de que a atuação do Poder judiciário inadvertidamente culminará no cerceamento de direitos ou no afloramento de sentenças esdrúxulas, quando é cediço que o exercício do magistério deve ser sempre fundamentado, em critérios idôneos, visando proteger os princípios constitucionalmente consagrados

Dessa forma, a palavra “sempre”, constante nos artigos 61 e 65 do Código Penal, utilizada para tratar da aplicação das agravantes e atenuantes não deve ser interpretada isoladamente, mas de maneira sistêmica, ou seja, de acordo com a unidade do ordenamento constitucional como um todo, bem como os valores e fins que devem ser observados e promovidos visando assegurar a harmonia necessária.

Dessa concepção, depreendeu-se que não há um nexo lógico e indissociável, conforme fora suscitado pelos tribunais, pois os limites legais devem ser entendidos de formas distintas. Ao passo que patamar máximo encontra-se relacionado com a própria proteção do indivíduo frente à limitação do poder sancionatório estatal, a pena mínima não possui a mesma natureza restritiva, relacionando-se como mero paradigma norteador da dosagem da reprimenda.

Nestes termos, embora a súmula seja utilizada como argumento de autoridade para reiterar a obrigatoriedade de aplicação do entendimento preponderante nos tribunais, por não estar embasada em elementos pragmáticos e em consonância com o direito brasileiro, conclui-se que atenuação da pena abaixo do mínimo legal é um direito público subjetivo do réu o qual foi tolhido pela interpretação concebida pelo Poder Judiciário.

Neste diapasão, apesar dos obstáculos erigidos pelo verbete sumular e pela aplicação do artigo 21 §1º, do Regimento Interno do STF, - os quais autorizam o relator a negar procedimento a demanda cujo pedido pugne pela fixação da pena além dos limites adstritos pelo preceito secundário da norma, - a matéria deverá ser novamente enfrentada pelo Pretório Excelso, que como o guardião da Constituição, deve zelar por um direito *garantista* e protetor dos princípios elencados na Magna Carta.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Lucas Carvalho Tenório de. A possibilidade de fixação da pena intermediária aquém do mínimo legal: análise da súmula 231 do STJ. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/index.php?artigos&ver=2.55740>>. Acesso em: 07 out. 2018.

ALONSO, Aragonese. Instituciones de Derecho Procesal Penal. In: LOPES JR, Aury: **Direito Processual Penal**. 13. ed.. São Paulo: Saraiva, 2016..

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 1. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9^o. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed.. São Paulo: Saraiva, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário nº 25043. Agravantes: Marcelo Renato Soares Vaz. Agravado Ministério Público Federa. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 09/04/2008 .**JusBrasil**, Brasília, 2008. p. 18-19. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2663001>>. Acesso em: 21 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 146.056-RS. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ:10/11/1997 .**JusBrasil**, Brasília, 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 15.691. Relator: Vicente Cernicchiaro. DJ: 03/05/1993 .**JusBrasil**, Brasília, 1993. (grifo nosso). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 7.287- PR (91.4812). Relator: Willian Patterson. DJ: 06/05/1991 In: _____. Súmula n. 231. **JusBrasil**, Brasília, 1991. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 597.270. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 26/03/2009. **JusBrasil**, Brasília. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+597270%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+597270%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/a6oa2l2>>. Acesso em: 19 out. 2018.

BRASIL. TRF – 2o.. Apelação Criminal nº 2009.51.01.804427-0, Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargadora Federal Liliane Roriz. **JusBrasil**, LOCAL, ANO. (Disponível em: <<https://trf2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8293262/apelacao-criminal-acr-200951018044270-rj20095101804427-0>>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRAUN, Raquel Paioli. A evolução histórica do sistema de aplicação da pena. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-do-sistema-de-aplicacao-da-pena,52721.html>>. Acesso em: 15 out. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev e atual.. São Paulo: Saraiva 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. Salvador: JusPODIVM, 2013

DELMANTO, Celso et al.. **Código Penal Comentado**. 9. ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da prisão. 42^o. ed. Rio de Janeiro: Petrópolis, 2014. Tradução de Raquel Ramalhete.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva [et al.]. Da Aplicação da Pena. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação**: Doutrina e Jurisprudência. 8. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, Alberto Silva [et. al.]. **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial**: Parte Geral. Prefácio Paulo José da Costa Jr.. vol. 1, tomo 1, 6.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1, 17. ed.. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. **Manual de Sentença Criminal**. João Pessoa: Edição do Autor, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 6. ed.. Salvador: Juspodivm, 2018.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**: Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Disponível em:

<<https://www.passeidireto.com/arquivo/21764768/nelson-hungria---comentarios-ao-codigo-penal---volume-ii>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.. **Manual de Direito Penal**. Vol. 1. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: Introdução e Parte Geral**. Vol. 1. 31. Ed. Rev. e atual por Alberto José Q. T. de Carmargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PÊCEGO, Antonio José Franco de Souza. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça (Stj) Revisitada À Luz de um Direito Penal Garantista. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 7, n. 13, p. 261-276, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/60>>. Acesso em: 10 out. 2018.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Pena Brasileiro: parte geral e parte especial**. 14. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas: Aspectos Penais e Processuais da Lei número 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014.