

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

BARTIRA MACEDO MIRANDA SANTOS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus
Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-098-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal e Constituição por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, em Belo Horizonte/MG. Os textos, ecléticos que são, trazem contornos críticos e modernos acerca da pena e das categorias dogmáticas do crime e apresentam, à luz da realidade, propostas transformistas para uma maior e melhor adequação do direito penal às demandas sociais.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal, como espécie de controle social de caráter formal e residual, carece de transformações legislativas e, sobretudo, hermenêuticas, que tragam maior legitimidade à imposição de sanções mais adequadas e humanas, segundo o paradigma constitucional presente no título do próprio Grupo de Trabalho.

Mas não é só, pois a leitura dos textos traz a boa perspectiva de que os autores estão atentos não só à violência que se apresenta ao direito penal, mas também àquela que ele mesmo proporciona com a imposição de penas inadequadas e desproporcionais, o que, em âmbito prognóstico, deverá contribuir para práticas que venham a construir um direito penal mais condizente aos reclamos sociais e à própria Constituição. Afinal, a sociedade hodierna, complexa e plural, carece de novas e mais adequadas práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições.

Que venham os bons frutos do livro que ora se apresenta.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

BARTIRA MACEDO DE MIRANDA SANTOS

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

SÚMULA 231 DO STJ REVISITADA SOB UM ENFOQUE PENAL GARANTISTA E DEMOCRÁTICO

SUMMARY OF STJ 231 REVISITED IN AN APPROACH GARANTISTA CRIMINAL AND DEMOCRATIC

Antonio José Franco de Souza Pêcego

Resumo

Em 1999 o Superior Tribunal de Justiça firmou o enunciado na Súmula n. 231 de que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir a pena aquém do mínimo legal, o que foi acolhido posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal sob o fundamento de que esse entendimento jurisprudencial já decorria desde a década de 70 do século passado. Entretanto, com a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984 que alterou a redação do artigo 48 e a consagração constitucional do princípio da individualização da pena como garantidor do direito à liberdade e limitador do direito estatal de punir, aliada a dicção do dispositivo legal constante das circunstâncias legais em vigor, impõe-se uma releitura dessa problemática de forma a se buscar uma melhor resposta para o objeto de pesquisa que se amolde a um direito penal democrático e garantista.

Palavras-chave: Atenuante, Mínimo legal, Violação, Possibilidade

Abstract/Resumen/Résumé

In 1999 the Superior Court signed the statement in the Precedent. 231 that the incidence of mitigating circumstance can not lead to punishment short of the legal minimum, which was later upheld by the Supreme Court on the grounds that this jurisprudential understanding already existed since the 70s of last century. However, with the reform of the General Part of the Penal Code in 1984 which amended the wording of Article 48 and the constitutional establishment of a principle of individualization of punishment as guarantor of the right to liberty and limiting state law to punish, combined with diction to the legal provision constant legal circumstances in effect, it must be a re-reading of this problem of how to get a better response to the search object that amolde to a democratic and garantista criminal law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Mitigating, Legal minimum, Violation, Possibility

1. Considerações iniciais

Há tempos essa questão da incidência da Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça nos assombra, embora outrora o senso comum jurídico tivesse nos dominado e não refletíamos adequadamente sobre a sua causa e seus efeitos, estes entendidos como aqueles contrários ao que dispõe expressamente a legislação penal, contudo depois de Cezar Roberto Bitencourt¹ ter abordado bem a questão em sua obra e em ensaio no Boletim do IBCCRIM², passamos a sentir a necessidade de revisitar academicamente a questão por lidar diariamente, na prática, com a sua aplicação em sentenças criminais.

A aplicação da pena - questão que sempre teve atenção especial da doutrina e da jurisprudência por estar umbilicalmente ligada ao direito à liberdade - com a Reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei n. 7.209/1984) passou, como se sabe, a adotar o critério trifásico de Nelson Hungria na fixação da pena (CP; art. 68), sendo que tanto a Constituição da República de 1967, com a emenda constitucional de 1969³, e a atual Constituição de 1988⁴ já preconizavam que à lei caberia individualizar a pena.

Como centro das discussões, durante longo tempo, nesse campo, esteve a aplicação judicial da pena aquém do mínimo legal quando das atenuantes e não das causas de diminuição da pena, sendo que o Superior Tribunal de Justiça, em 22/09/1999, por meio de sua Terceira Seção, com base em seis julgados proferidos pelas 5ª e 6ª Turmas no período de 1991 a 1997, enunciou a Súmula n. 231 (“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”).⁵

Entretanto, passados 16 anos da edição do enunciado contido na Súmula n. 231 do STJ, frente ao postulado constitucional da individualização da pena que visa garantir o direito à liberdade e limitar o poder de punir na aplicação da pena, necessário se faz repensar sobre o

1 **Tratado de Direito Penal:** parte geral, 20. ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 784-787.

2 **Limites da pena-base e a equivocada Súmula (231) do STJ.** Boletim nº 262 do IBCCRIM – Setembro/2014.

3 Art. 153, §13º, 2ª parte.

4 Art. 5º, XLVI.

5 DJ de 15/10/1999, p. 76.

senso jurídico comum que fomenta a manutenção cega de sua aplicação, como se fosse um dogma.

Para exercermos um senso jurídico crítico que justifique a sua revisitação, como em outras súmulas já ocorreram ao longo do tempo, necessário se faz, em face das implicações que a aplicação desta súmula ocasiona, utilizarmos nesta pequena pesquisa o raciocínio *hipotético-dedutivo* como principal, trabalhando com o procedimento racional que transita do geral para o particular, assim como com o procedimento experimental como sua condição fundante, modelo metodológico atribuído a Karl Popper que o desenvolveu nas suas obras *A lógica da pesquisa científica* (1934) e *Conjecturas e refutações* (1963).

Como auxiliar, iremos utilizar do método histórico-evolutivo para que possamos promover o acompanhamento da evolução do nosso objeto de pesquisa através do tempo, sob pena de se continuar negando vigência ao que preceitua o art. 65 do CP com base no fundamento de que se deve desenvolver uma exegese teleológica e não literal do referido dispositivo, como sustentou o Min. Felix Fischer (Relator) em seu voto proferido no RE 146.056-RS (97.60498-5), um dos julgados que foi levado em consideração pela 3ª Seção para o enunciado na Súmula n. 231.

2. A circunstância atenuante na legislação brasileira

Desde o Código Criminal do Império (Lei 16 de dezembro de 1830) as circunstâncias atenuantes têm previsão legal (art. 18), sendo que nesse tempo, ao final do processo de aplicação da pena, já se previa a vinculação judicial às penas mínimas e máximas previstas pelo legislador, mas havia a exceção que ficava ao arbítrio judicial, tanto para ir além como ficar aquém, o que com certeza deu azo a inúmeras arbitrariedades.⁶

Seguindo essa linha, também o Código Penal de 1890 (Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890) previu as circunstâncias atenuantes (art. 42) e a hipótese, ao final da fixação da pena de que nenhum crime poderia ser punido com penas aquém ou além das previstas legalmente, salvo arbítrio judicial.⁷

6 Art. 33. Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquellas, que estiverem decretadas para punir o crime no gráo maximo, médio, ou minimo, salvo o caso, em que aos Juizos se permittir arbitrio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 12 ago 2015.

7 Art. 61. Nenhum crime será punido com penas superiores ou inferiores ás 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 arbitrio. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso

Portanto, como salientado, tais previsões legais não faziam menção à fase intermediária de aplicação das circunstâncias atenuantes, mas sim dão indicativo de quando de sua fixação judicial final, o que efetivamente não se aplica ao que foi preceituado no Código de 1940.

Nessa linha, assim se comportou em parte o art. 48 do CP do Código Penal de 1940 (Decreto n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940), todavia nesse caso, o legislador já se mostrou mais incisivo num primeiro momento ao se utilizar pela primeira vez do advérbio *sempre* e, concomitantemente, cauteloso num segundo instante - certamente em virtude das eventuais arbitrariedades judiciais praticadas no passado - ao retirar do arbítrio judicial a possibilidade de que a pena - agora desde quando da fase intermediária da aplicação das atenuantes - ficasse aquém ou além do mínimo legal, ao dispor em seu parágrafo único:

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)

Entretanto, esse aparente paradoxo entre o *sempre* x *nem sempre* foi corrigido pela tão esperada Reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei n. 7209/1984) que - inspirado o legislador pelo processo democrático em curso - nos surpreendeu com uma posição garantista de vanguarda ao suprimir as limitações do código anterior e não mais criar obstáculos à pena fixada judicialmente, no caso, nesta fase da aplicação de uma das atenuantes previstas no seu art. 65, permitindo, portanto, que ficasse aquém do mínimo legal, ciente todos nós que a lei não tem palavras inúteis.

Essa *mens legis* se pode extrair de uma interpretação sistemática da Reforma da Parte Geral Código Penal (Lei n. 7209/1984) em que se verifica que o legislador agregou valor a esse perfil mais democrático e garantista que já estava em desenvolvimento, inovando ao introduzir o art. 66 que passou a permitir o reconhecimento de *circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, ainda que não prevista em lei.*

Essa atuação legislativa demonstrou a necessidade, quando da aplicação da pena, de se buscar a correta medida de culpabilidade, como juízo de censurabilidade, e de limitação ao

poder estatal de punir, tanto que desde a fixação da pena-base do art. 59 do CP o legislador demonstra uma clara preocupação com o respeito ao princípio da proporcionalidade da pena a ser fixada judicialmente ao exigir que o juiz fixe a pena conforme seja *necessário e suficiente* para a reprovação e prevenção do crime.

Assim, não se pode desprezar a vontade do legislador que vai ao encontro das melhores aspirações democráticas e garantistas sem incorrer no risco de se ignorar, dentre outras, a histórica circunstância atenuante da menoridade penal, e tornar o critério trifásico de aplicação da pena de Nelson Hungria uma falácia.

Com efeito, pode-se argumentar que com isso há o retorno da possibilidade de arbitrariedades judiciais e, com isso, se maculou o *princípio do não retrocesso*, o que não deixa de ser um argumento forte em face de sua possível ocorrência, mas o mesmo não se sustenta por não se tornar um forte argumento que gere uma validade dedutiva com força persuasiva racional.

Para uma melhor compreensão da ocorrência de mácula ou não a esse princípio, há que se contra argumentar que indubitavelmente é um *fato* que o direito penal deve evoluir com a sociedade e nesse contexto o magistrado como ator integrante de uma instituição social que tem na justiça a sua virtude primeira, e como *verdade*, não mais poderia, não pode ou deve ser comparado em plena democracia vigente àquele que atuou do período do império até a ditadura de Vargas que produziu o código de 1940 com inspirações fascistas de Rocco, bem como que não há obstáculo legal, *logo* a pena fixada judicialmente, em qualquer das suas fases, exceto a referente àquela que fixa a pena-base, pode ficar aquém do mínimo legal, presente circunstância atenuante.

Embora a Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 tenha ocorrido ainda num período ditatorial que assolava todos os brasileiros há décadas, é certo que já caminhávamos a passos largos para a democratização que ocorreu quatro anos depois com a Constituição da República de 1988 e, com ela, a concretização necessária de um direito penal e processual penal constitucional garantista e democrático.

Ora, em sendo assim, o que aparenta dar validade ao argumento de mácula ao *princípio do não retrocesso*, não se solidifica. Em contra argumentação se constata a inexistência desse *fato* porque se sustenta na *inverdade* de que, a pena, quando da aplicação de uma atenuante, não pode ficar aquém do mínimo legal, *logo* esse é um argumento inválido.

A partir do instante que temos o direito à liberdade como fundamental, esta deve ser a regra, a verdade a ser concretizada na medida em que passou a vigorar constitucionalmente. Contrariamente a um passado recente, o princípio da não-culpabilidade tornou, com isso, a prisão à exceção em todas as suas medidas de espaço e tempo num processo penal contemporâneo e constitucional.

A racionalidade e humanidade das penas devem ser concretizadas com ponderação e razoabilidade na correta individualização necessária da pena, em respeito aos princípios da legalidade e isonomia que darão sustentação ao devido processo legal. Entendimento em contrário dá azo a um paradoxo insolúvel ou de difícil solução em qualquer sistema democrático e garantista de penal e processo penal, viabilizando a tirania judicial.

Violar ou não reconhecer os direitos e garantias fundamentais à pessoa humana, é negar o *direito a ter direitos* na feliz síntese profunda da definição de cidadania atribuída a Hannah Arendt; vale dizer, esse atuar é negar o pleno exercício e concretização de uma cidadania moderna em um Estado Democrático de Direito e, em consequência, desprezar que se deve respeitar, igualmente para não só se tutelar, a dignidade da pessoa humana, dois dos grandes princípios fundamentais da nossa democracia previstos na constituição.

Não pode o judiciário, como garantidor das liberdades públicas e dos direitos e garantias fundamentais, deixar de fazer observância a esta sua missão democrática e garantista para ser *servo* de um sistema punitivista nefasto que viola ou busca violar constantemente esses direitos e garantias, alimentando uma jurisprudência retrógada e antidemocrática.

Igualmente, não pode a doutrina penal fechar os olhos a essa realidade e/ou se render aos interesses comerciais privados que alimentam o sistema hegemônico neoliberal em que estamos inseridos. Há de se manter a responsabilidade de doutrinar com seriedade e cientificidade as questões que lhe são afetas, reclamando, os dias atuais, um olhar cada vez mais crítico e interdisciplinar de todo penalista para uma melhor compreensão do texto em face do contexto histórico em que estamos inseridos ao longo de nossa evolução e existência.

É pacífico na doutrina e jurisprudência, que o art. 65 do Código Penal (Lei n. 7209/1984) foi recepcionado pelo atual texto constitucional vigente, no que, sustentamos ser uma argumentação válida e sólida aquela decorrente de uma interpretação sistemática do texto legal, onde se constata o *fato* de que o advérbio *sempre* transforma esse dispositivo em uma norma cogente, assim como uma *verdade* que a individualização da pena em seus limites

legais, gera, no caso, a vinculação do magistrado à lei, *logo* presente a circunstância legal da atenuante, deve-se, obrigatoriamente, *atenuar a pena* na inexistência de qualquer obstáculo legal.

Em sendo assim, basta à parte da doutrina penal e à jurisprudência concretizar o referido dispositivo legal, inserindo-o dentro desse contexto garantista em que se respeita e se busca materializar o postulado da individualização da pena que estrutura o dever de realiza-lo nas esferas inerentes.

3. Fundamento principal que deu origem à referida súmula

Compulsando os referidos julgados que deram origem ao citado enunciado, verificamos que a preocupação dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça centrava-se na possibilidade da pena na segunda fase de sua aplicação ficar aquém do mínimo legal, dentre os quais, cito o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro⁸, para quem, corretamente, não há dúvida que causa especial de diminuição da pena não se confunde com atenuante, assim como que “a primeira reduz a pena *in abstracto*. A última não tem esse efeito”, no que ousamos discordar, neste particular, da parte final de sua afirmativa porque pode também ter esse efeito como iremos expor adiante.

Em outro acórdão, agora como Vogal, o Min. Vicente Cernicchiaro⁹ ao iniciar seu voto expressa com precisão o seu posicionamento que é acolhido pelos seus pares:

Sr. Presidente, a Constituição consagra o princípio da individualização da pena, que se desenvolve em três etapas: cominação, feita pelo legislador; aplicação, promovida pelo Juiz, dentre os limites da cominação; e, por fim, a execução, isto é, o cumprimento, regulada pela Lei n. 7.210/1984. O princípio da individualização e garantia para o réu e limite para o poder de punir. A tripartição visa a disciplinar a pena, a mais severa das sanções jurídicas. Em face dessas considerações, *data venia*, não é possível, em se aplicando uma atenuante, ultrapassar-se, para menos, os limites da cominação. Três são as circunstâncias que podem repercutir na pena: a qualificadora, a causa especial de aumento ou diminuição de pena; a agravante e a atenuante. Em se tratando de atenuante, o *quantum* da oscilação é relativa à pena base, trabalho exclusivamente do magistrado, jungido, porém aos limites da cominação legal. Não pode ultrapassar para mais ou beneficiar para menos.

Entendemos a preocupação expressada, uma vez que enquanto o legislador impõe limites expressos ao magistrado na aplicação da pena quando das majorantes e minorantes, o

8 STJ-REsp n. 32.344-PR. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, v.u., j. 06/04/1993.

9 STJ-REsp n. 15.691-PR. Rel. Desig. Min. Vicente Cernicchiaro, por maioria, j. 01/12/1992.

mesmo não acontece quando das circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) que deixa ao prudente arbítrio judicial o *quantum* a ser aplicado. Enquanto dificilmente o máximo a ser agravado, levando-se em consideração o percentual de 2/3 como máximo, na esteira das majorantes, terá o condão de ir além da pena máxima em abstrato, o mesmo não se pode dizer com relação às atenuantes nesta fase intermediária da fixação da pena, podendo-se se chegar até mesmo a penas negativas ao final fixadas.

Entretanto, revisitando a questão, necessário se faz uma análise ampla, geral e irrestrita do objeto na busca de uma melhor solução ou adequação dessa problemática que, quer queiramos ou não, para nós afronta o postulado da individualização da pena, até porque *até chegarmos a uma pena definitiva todas as que a antecede são intermediárias ou abstratas*.

Assim, pode também ser antecedente aquela que é fixada quando das minorantes e majorantes, mas ainda há que se aplicar e fixar eventualmente a devida em decorrência da existência de concurso de crimes, daí podermos afirmar validamente que em qualquer fase da aplicação da pena a mesma pode ser abstrata num primeiro momento para, logo em seguida, se tornar concreta.

4. Princípio da individualização da pena e as circunstâncias legais

A individualização da pena, princípio constitucional penal, para nós um verdadeiro postulado constitucional penal, que integra os direitos e garantias fundamentais é de tal relevância que reclama uma rápida consideração pelas suas implicações diretas na esfera judicial que se distingue das demais.

No âmbito legislativo o legislador infraconstitucional faz observância a esse princípio quando estipula a sanção mínima e máxima devida a cada tipo penal, ou seja, em virtude do bem jurídico tutelado criminalmente e sua maior ou menor relevância individual e social, individualiza a pena que deve ser considerada judicialmente quando de sua aplicação, respeitando-se os limites com proporcionalidade e razoabilidade diante do caso concreto em que o direito a liberdade está em jogo.

Portanto é válido e sólido o argumento de que é de conhecimento de todos que é o legislador que fixa o mínimo e o máximo legal da pena em abstrato de certo tipo legal, mas que é o juiz que fixa a pena em concreto ao individualizá-la.

Assim, como não cabe àquele extrapolar as suas funções e adentrar pelo campo da individualização judicial, como fez quando impôs a este fixar o regime de cumprimento da pena em fechado, integralmente ou não, como única opção para os crimes hediondos, não pode o juiz desrespeitar a individualização da pena fixada pelo legislador, deixando de se ater à pena mínima e máxima cominada na norma diante do caso concreto quando da fixação da pena-base.

Sobre essa ocorrência assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal¹⁰ no precedente representativo:

A Constituição Federal, ao criar a figura do crime hediondo, assim dispôs no art. 5º, XLIII: (...) Não fez menção nenhuma a vedação de progressão de regime, como, aliás - é bom lembrar -, tampouco receitou tratamento penal stricto sensu (sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução. (...) Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica." (HC 82959, Voto do Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 23.2.2006, DJ de 1.9.2006)

Tal pronunciamento acima nos traz o traçado desse princípio a ser observado e suas implicações, em especial, na esfera judicial, asseverando Paulo Busato que:

É corolário do princípio da culpabilidade o direito do indivíduo a que o Estado se pronuncie a respeito da pena a que ele faz jus. Sabidamente, o princípio de culpabilidade representa a dimensão de *democracia* do Estado social e democrático de Direito, assim, em qualquer Estado digno de ser chamado de democrático a pena que corresponde ao autor de um delito deve ser individualizada, ou seja, deve ser fixada segundo características objetivas e subjetivas que permitam oferecer uma resposta pessoal como consequência da prática delitiva. Isso porque um Estado democrático é o que respeita as individualidades das pessoas e o que lhes reconhece os direitos fundamentais a partir da individualidade como ser humano.¹¹

5. A aplicação das circunstâncias atenuantes na doutrina

Parte da doutrina penal ao tratar da questão nada aborda sobre a incidência desse enunciado sumulado¹², outra, em grande parte, é favorável a sua aplicação para que a redução não fique aquém do mínimo legal, com posições nesse sentido até mesmo antes de sumulada a

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal: súmulas na jurisprudência. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 15 ago 2015.

11 **Direito Penal:** Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 870.

questão¹³, sendo que uma minoria qualificada é favorável a não aplicação da Súmula 231 do STJ¹⁴.

Heleno Cláudio Fragoso logo após a Lei n. 7209/84 que tratou da Reforma da Parte Geral do Código Penal, já consignava em sua conceituada obra que “as circunstâncias legais atenuantes são de aplicação obrigatória. Elas atuam diminuindo a reprovabilidade da ação e pois, a culpabilidade. Não pode, porém, a pena ser diminuída abaixo do mínimo da escala legal.”¹⁵

Particularmente entendemos que há ausência de argumento válido para essa colocação feita à época por esse penalista que se limita a fazer uma afirmação. Se *a aplicação é obrigatória* como expressa corretamente o autor, nos termos do que dispõe o art. 65 do CP, indaga-se por que razão não poderia ser, na sua incidência, diminuída aquém do mínimo legal já que não há qualquer obstáculo legal. Em quais premissas se valeu para essa afirmação?

Posteriormente, foram surgindo fundamentos nessa linha de Heleno Cláudio Fragoso, de que

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.¹⁶

Esse argumento, para nós não se sustenta diante da fragilidade hermenêutica que anuncia e que abaixo iremos enfrentar.

12 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004. PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º ao 120. 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2005.

13 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: a nova parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2012. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral (arts. 1º a 120). 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, v. 1.

14 BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 20. ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

15 Op. cit., p. 355.

16 MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral (arts. 1º a 120). 6.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 641, v. 1.

Paulo Busato¹⁷ enfrenta com argumentos contrários àqueles que são favoráveis a não aplicação da Súmula 231, como Juarez Cirino dos Santos e Gilberto Ferreira que cita, demonstrando que a preocupação generalizada é de que os limites mínimos e máximos não sejam extrapolados, afinal “embora as circunstâncias obriguem o juiz a alterar a pena, não há *quantum* previamente delimitado. Assim, caso outra fosse a interpretação, restaria a fixação da pena colocada completamente à mercê do juiz para uma redução até uma pena nula ou um aumento até uma pena ilimitada.

Correta a preocupação, mas as premissas do argumento, para nós, ainda que válidas, não são sólidas, se lastreiam em uma *presunção* do que uma atuação judicial possa acarretar, ou seja, não apresenta uma força persuasiva racional.

É certo que é *fato* de que a norma penal em apreço tem uma natureza cogente, e que assim sendo, é *verdade* que o magistrado está vinculado ao texto legal, não podendo se arvorar em legislador positivo para criar norma inexistente para o que entende ser correto, logo ele, presente qualquer atenuante, há de *sempre atenuar a pena*, constituindo-se este argumento, sim, com inegável força persuasiva racional.

Se a norma *obriga o juiz a alterar a pena* que já foi fixada anteriormente respeitando-se a individualização dada pelo legislador, não lhe cabe atuar *contra legem* e desenvolver uma hermenêutica jurídica destoante da necessária à individualidade a ser considerada quando da aplicação da pena na fase seguinte, até porque para toda decisão judicial há de se ter o recurso processual devido como remédio de eventual injustiça praticada e, em se assim agindo, se estará atendendo em toda a sua amplitude o respeito à individualização da pena no âmbito legislativo e judicial.

No mesmo sentido, Rogério Greco¹⁸ pontua com ajuste sobre configurar uma interpretação *contra legem* negar vigência ao preceituado no art. 65 do CP, por que esse dispositivo

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

17 Op. cit., p. 888.

18 Op. cit, p. 573.

Com efeito, é fato incontroverso que tanto as atenuantes (CP; art. 65) como as agravantes (CP; art. 61) se aplicam na segunda fase da aplicação da pena após ter sido fixada a pena-base nos termos do art. 59 do CP, portanto, de plano podemos observar que ao se fixar esta o Juiz iniciou inegavelmente a *individualização da pena* no caso concreto, respeitando a pena em abstrato dentro do mínimo e máximo legal, ou seja, respeitando aquela feita anteriormente pelo legislador.

Ora, o temido desrespeito judicial só poderá se dar quando ao fixar a pena-base do art. 59 do CP (circunstâncias judiciais) não atentar o magistrado para os limites legais impostos pelo legislador à sanção penal pertinente ao tipo legal, sendo que só nesta hipótese, não naquela que Cleber Masson¹⁹ anuncia, há de se observar e respeitar a estrutura do tipo penal no que tange ao seu preceito secundário.

Em não agindo assim, estará o magistrado apenas exercendo a sua obrigação judicial de aplicar à pena, individualizando-a no caso concreto nas fases seguintes em que considera a presença ou não das circunstâncias legais, minorantes, majorantes e se há concurso de crimes.

A pena pode ser fixada no mínimo legal, mas passa a ser considerada, automaticamente, como aquela fixada judicialmente; vale dizer, não há mais que se falar na fase seguinte da aplicação da pena-base que a incidência de eventual atenuante vai levar a pena aquém do mínimo legal, mas sim do mínimo judicialmente aplicado porque ao fixar a pena-base, repita-se, o Juiz já respeitou, obrigatoriamente, a sanção penal individualizada pelo legislador.

Por sua vez, a pena-base pode se tornar definitiva quando não há elementos para se adentrar nas fases seguintes, ou mesmo na chamada fase intermediária quando não há minorantes, agravantes ou concurso de crimes a se considerar, ou seja, ela pode ser definitiva em qualquer fase da sua aplicação, desde que não haja o que considerar para avançar no critério trifásico de aplicação da pena, o que equivale dizer que aquela que num primeiro momento é provisória ou intermediária, no momento seguinte já pode se tornar definitiva.

Nessa linha, seria equivocado igualmente ao argumento que refuta a pena aquém do mínimo legal quando da presença de circunstância (s) atenuante (s), aquele que autoriza levá-la abaixo do mínimo legal quando da presença de uma causa de diminuição da pena em havendo ainda uma fase final a ser considerada em virtude de existir concurso de crimes ainda

¹⁹ Op. cit., p. 641.

a ser aplicado, apenas baseado na premissa que, nesta hipótese, o legislador fixou percentuais que devem ser considerados, o que equivale dizer que o argumento da vedação contida na Súmula n. 231 do STJ não se sustenta.

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 igualmente 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.

Como bem observado por Cezar Roberto Bitencourt²⁰ que compartilha do entendimento de Carlos Canibal que o art. 65 do Código Penal é uma norma cogente porque *sempre atenuam a pena* quando presentes:

A previsão legal, definitivamente, não deixa qualquer dúvida sobre sua *obrigatoriedade*, e eventual interpretação diversa viola não apenas o *princípio da individualização da pena* (tanto no plano legislativo quanto judicial) como também o *princípio da legalidade estrita*.

Destarte, para nós não é uma interpretação teleológica ou literal que se deve fazer sobre a aplicação ou não das atenuantes, mas sim sistemática se partindo da Constituição da República de 1988 para se chegar ao dispositivo penal em comento, sob pena de eventualmente se tornar uma falácia se considerar a menoridade penal em benefício da menor culpabilidade do (a) acusado (a) (s) e, dentre outras, a confissão judicial do réu quando do interrogatório judicial.

Se as atenuantes se fazem presentes e não *atenuam sempre* - nos termos da norma cogente do art. 65 do CP - a pena-base que foi fixada judicialmente no mínimo na fase anterior da aplicação da pena, não se estará materializando o postulado constitucional da individualização da pena, direito fundamental de todo réu e sua garantia fundamental de que a pena será aplicada judicialmente nos exatos termos da lei.

²⁰ Op. cit., 2014, p. 785.

Em que pese o Supremo Tribunal Federal²¹ ter à unanimidade (nove votos) em plenário, por meio do Recurso Extraordinário 597.270, pacificado jurisprudência de que a pena não pode ficar aquém do mínimo legal quando da aplicação de atenuantes, ratificando por via oblíqua o enunciado da Súmula n. 231 do STJ, nada obsta que essa questão seja revisitada, muito pelo contrário, antes se recomenda para a mais adequada evolução do direito.

O Relator Min. César Peluso sustentou que desde a década de 70 o Supremo tinha jurisprudência consolidada nesse sentido, mas certamente estava com base na redação antiga do art. 48 do CP anterior à Lei n. 7209/1984 que vedava, como já apontado acima, esse expediente em seu parágrafo único.

Entretanto é fato que essa disposição legal não mais se aplica por estar revogada, assim como que a sociedade evolui e o direito penal deve acompanhar essa evolução, principalmente a partir de 05 de outubro de 1988 em que passamos a viver em um Estado Democrático de Direito pautado pela inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais, que tem como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

5. Considerações finais

O fato de estar consolidado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal que a aplicação da atenuante, quando da fixação da pena, não pode levar esta aquém do mínimo legal, não obsta que academicamente e judicialmente a questão continue a ser debatida e, se for o caso, criticada de forma a fomentar uma revisão mais atual; afinal, o que dá base à jurisprudência é os julgados repetidos no mesmo sentido, estes que apreciam o caso concreto para dizer o direito, mas antes, aquele que decide, necessariamente tem que ter assimilado o que é doutrinado nos diversos ramos do direito visando fazer a melhor adequação da teoria à prática.

Novos ares sopram pós 1988 na seara penal e processual penal que fazem esses direitos se tornarem democráticos e garantistas nos termos do preconizado na Constituição da República, principalmente quando se tem conhecimento real da condição humana daquele que é submetido ao sistema prisional que não ressocializa, mas sim só o estigmatiza cruelmente tornando-o um eterno invisível excluído do convívio social por pertencer a uma minoria

²¹ IBCCRIM. **Notícias:** Impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13277-Impossibilidade-de-fixao-da-pena-abaixo-do-mnimo-legal>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

denominada improdutiva que não interessa ao modelo vigente de uma globalização hegemônica neoliberal.

As atenuantes, assim como as agravantes, minorantes e majorantes existem para serem aplicadas quando da individualização judicial da pena, essa é a vontade expressa do legislador, não se podendo obstar a sua concretização com base em interpretação desenvolvida no passado como se fosse um dogma quando não se harmoniza mais com os tempos atuais, reclamando a imediata revogação da Súmula n. 231 do STJ em virtude das novas diretrizes penais democráticas.

REFERÊNCIAS:

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral, 20. ed., rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Limites da pena-base e a equivocada Súmula (231) do STJ.** Boletim nº 262 do IBCCRIM – Setembro/2014.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. Código Criminal do Império. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 12 ago 2015.

_____. Código Penal de 1890. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 12 ago 2015.

_____. Código Penal de 1940. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 ago 2015.

_____. Lei n. 7209, de 11 de julho de 1984. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 12 ago 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 15.691-PR, rel. Ministro Vicene Cernicchiaro, por maioria, j. 01/12/1992. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 10 ago 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 32.344-PR, rel. Ministro Vicente Cernicchiaro, v.u., j. 06/04/1993. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula231.pdf>. Acesso em: 10 ago 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal: súmulas na jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 15 ago 2015.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 2012.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(RE) PENSANDO A PESQUISA JURÍDICA: Teoria e Prática**. 4. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 16. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral** (arts. 1º a 120). 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

IBCCRIM. **Notícias: Impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13277-Impossibilidade-de-fixao-da-pena-abaixo-do-mnimo-legal>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

PERELMAN, Chaïn; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. GALVÃO, Maria Ermantina de Almeida Prado (Trad.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral – arts. 1º ao 120. 5. ed. rev. São Paulo: RT, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5. ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2004.